

DEBATES SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

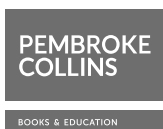
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR, CLARISSA BOTTEGA,
MARIANA GOMES DE OLIVEIRA, MAURICIO PIRES GUEDES

DEBATES SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021

Arthur Bezerra de Souza Junior, Clarissa Bottega, Mariana Gomes de Oliveira,
Mauricio Pires Guedes (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi

EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins

PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes

DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D286

Debates sobre direito constitucional / Arthur Bezerra de Souza Junior, Clarissa Bottega, Mariana Gomes de Oliveira e Mauricio Pires Guedes (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

728 p.

ISBN 978-65-89891-32-1

1. Direito Constitucional e administrativo. 2. Direitos civis. 3. Constitucionalismo. I. Souza Junior, Arthur Bezerra de (org.). II. Bottega, Clarissa (org.). III. Oliveira, Mariana Gomes de (org.). IV. Guedes, Mauricio Pires (org.).

CDD 342

SUMÁRIO

ARTIGOS - DIREITO CONSTITUCIONAL.....	17
O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ENTRE A PONDERAÇÃO E O CERCEAMENTO.....	19
<i>Matheus Teodoro</i>	
A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ELITISTA: DE QUEM DEVE SER A ÚLTIMA PALAVRA?.....	34
<i>Matheus Teodoro</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	52
<i>Ênio Chrystian Goulart de Oliveira</i>	
O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO LEGITIMIDADE DE UM ESTADO TOTALITÁRIO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE CARL SCHMITT.....	64
<i>Raniella Ferreira Leal</i>	
<i>Emanuel José Lopes Pepino</i>	
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS: INOVAÇÃO A SERVIÇO DA DEMOCRACIA OU ALTERNATIVA TEMPORÁRIA À COVID-19?.....	80
<i>Carlos Eduardo de Araujo</i>	
OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A DIMENSÃO SOBRE A DITADURA MILITAR NO BRASIL.....	97
<i>Martonio Mont'Alverne Barreto Lima</i>	
<i>Sílvio Góis Correia Neto</i>	
OS CONFLITOS ENTRE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO E O PAPEL DOS DIREITOS SOCIAIS....	109
<i>João Alexandre Menegassi</i>	

A OBSTINAÇÃO DOS PODERES PELA PRERROGATIVA DE LEGISLAR.....	127
<i>Ronaldo Spricigo</i>	
A INFLUÊNCIA DA CAMBRIDGE ANALYTICA E DAS MICROPROPAGANDAS NAS ELEIÇÕES DE 2018 NO BRASIL: UM ATAQUE DIRETO À DEMOCRACIA E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS.....	140
<i>Júlia Maria Ramalho Lisboa</i>	
<i>Letícia Giannini Alves de Lima</i>	
<i>Mariana Linja Roque Aquino</i>	
<i>Tatiana Roberta de Souza</i>	
O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO E A SUA GARANTIA: A CONDIÇÃO DO TRAVESTI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	159
<i>Milena Thais Kekhoff Utzig</i>	
O STF E A ADI Nº 4.439/DF: REFLEXÃO SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL.....	178
<i>Albino Gabriel Turbay Junior</i>	
<i>José Bruno Martins Leão</i>	
A MODERNIDADE LÍQUIDA E O CONSTITUCIONALISMO ALÉM DO ESTADO SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE PÓS-MODERNA.....	197
<i>Jamile Gonçalves Calissi</i>	
<i>Renato Zanolla Montefusco</i>	
REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSTANTES NA “CASE LAW COMPILATION – COVID-19” À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	215
<i>Diogo Santos da Nóbrega</i>	
DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA AOS NASCIDOS EM TEMPOS LÍQUIDOS SOB A ÓTICA DE BAUMAN	228
<i>Jamile Gonçalves Calissi</i>	
<i>Renato Zanolla Montefusco</i>	
IMPEACHMENT, RECALL E VOTO DE DESCONFIANÇA: UMA ALTERNATIVA AO CONTROLE POLÍTICO BRASILEIRO.....	246
<i>Carlos Henrique Perini Miranda</i>	

O STF E A ADPF Nº 672/DF: UMA ANÁLISE DE UM IMPORTANTE JULGADO DA SUPREMA CORTE NO CENÁRIO PANDÊMICO DO COVID-19.....	259
<i>José Bruno Martins Leão</i>	
O USO DO SISTEMA BINÁRIO NA SEGURIDADE SOCIAL DO BRASIL: OS ENTRAVES DA SUA APLICAÇÃO PARA A APOSENTADORIA DE PESSOAS TRANSEXUAIS.....	277
<i>Humberto Willams de Souza Albuquerque</i>	
DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS E PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....	294
<i>Maria Neurilane Viana Nogueira</i>	
<i>Adalberto Benevides Magalhães Neto</i>	
<i>Ana Luísa do Valle Pinheiro Bastos</i>	
<i>Jéssica Viana Nogueira Ivo</i>	
A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	312
<i>Pedro Parolin Teixeira</i>	
<i>Edeilson Ribeiro Bona</i>	
ARTIGOS – DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	331
DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E DIFUSOS: UM BREVE ESTUDO DO BRASIL E ESPANHA.....	333
<i>Benigno Núñez Novo</i>	
DIREITOS HUMANOS: ANALISANDO O PENSAMENTO DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO E SUELY ROLNIK.....	350
<i>Túlio Almeida Rocha Pires</i>	
<i>Ana Lúvia Pereira</i>	
A TRANSFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO EM ESPETÁCULO DA VIOLÊNCIA ATRAVÉS DO JORNALISMO POLICIAL.....	362
<i>Pamela Eduarda Zanoni</i>	
RESPEITO AO LUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NO CONTEXTO DA ORFANDADE SEGUIDA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO DE OUTROS DIREITOS INERENTES AO SER HUMANO.....	378
<i>Maria Clara Chaves Assunção</i>	

AO SABOR DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA AO BOJO DA ÓPTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA ÉTICA MÉDICA.....	393
<i>Nathália Dos Santos Pires</i>	
<i>Fabiana Barcelos da Silva Cardoso</i>	
AS ARMAS DA GUERRA CULTURAL DA NOVA DIREITA: DESUMANIZAÇÃO E DESINFORMAÇÃO.....	410
<i>Paulo Alves de Santana Neto</i>	
DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) 13.709 / 2018: BREVES REFLEXÕES	426
<i>Rosilda da Silva Souza Bonfim</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL À LUZ DA TEORIA SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA.....	438
<i>George Hilton Lemos Neves</i>	
INFORMAR, EXPRESSAR, VIOLAR, ESQUECER: A LINHA TÊNUE ENTRE A LIBERDADES DE IMPRENSA E INFORMAÇÃO EM FACE DO DIREITO DE ESQUECIMENTO E DE SER DEIXADO EM PAZ.....	454
<i>Celso Ícaro da Paixão Bezerra de Oliveira</i>	
A VULNERABILIDADE SOCIAL DAS CRIANÇAS INSTITUCIONALIZADAS NO QUE TANGE À SAÚDE MENTAL.....	466
<i>Alyssa Dos Reis Calasãs Pereira</i>	
<i>Roberta Galdino Souza</i>	
A CENSURA FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O MEIO DE MANUTENÇÃO DA DITADURA MILITAR NO BRASIL...	484
<i>Juliana Sobreira Quintino dos Santos</i>	
<i>Wolney Nascimento de Oliveira</i>	
A LEI DO FEMINICÍDIO E SEU IMPACTO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	498
<i>Eveline Lima de Castro</i>	
<i>Letícia Neves Souza</i>	
<i>Raquel Figueiredo Barretto</i>	
<i>Daiany Sousa Vieira</i>	

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UMA NOVA VISÃO ACERCA DO DIREITO À PRIVACIDADE.....	510
<i>Alan Mota Calegari</i>	
<i>Isaque Paulo Rodrigues da Silva Julio</i>	
<i>Israel Jhonata Rodrigues da Silva Julio</i>	
<i>Larissa Moura Peres</i>	
CRISE DO COVID-19 E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS: TENSIONAMENTOS E REGULACÕES À LUZ DO DIREITO À VIDA.....	527
<i>Vinícius Dias Alves</i>	
O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: LIMITES QUE ATINGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.	546
<i>Paula Lausi Rodrigues</i>	
<i>Fabia dos Santos Sacco</i>	
AS DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA.....	561
<i>Luíza Salomão Avelar</i>	
O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	576
<i>Mariana Azerêdo Rodrigues de Almeida</i>	
ARTIGOS – DIREITOS SOCIAIS.....	593
MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS, POLÍTICAS PÚBLICAS E GARANTIAS PROCESSUAIS: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA PARA OS DIREITOS HUMANOS.....	595
<i>Thalita Kelle Pires Beserra</i>	
<i>Ricardo Ovidio de Oliveira Lima</i>	
O ACESSO A DIREITOS BÁSICOS NA VELHICE: OS IMPASSES ECONÓMICOS, FAMILIARES E SOCIAIS EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA	607
<i>Maria Clara Thomazini</i>	
POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À MORADIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.....	621
<i>Tiago Fernando Guedes de Carvalho</i>	

OS ENTREGADORES POR APLICATIVO: UM DIÁLOGO COM A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.....	632
<i>Kevin Alves Nazareth Gusmão</i>	
<i>Helberty Vinícios Coelho</i>	
<i>Arthur Bridges Venturini</i>	

RESUMOS.....651

A DECISÃO DO STF NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIS) 6586 E 6587, COMO MECANISMO DE COMBATE AO NEGACIONISMO E A REVOLTA DA VACINA NO SÉCULO XXI.....	653
<i>Gabriel dos Santos Rocha da Costa Godinho Gomes de Carvalho</i>	

ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À DESCRIMINALIZAÇÃO, PELO STF, DO ABORTO ATÉ A 12ª SEMANA.....	657
<i>Flávia Emanuele Fagundes Rocha</i>	

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES COMUNS CONEXOS AOS ELEITORAIS: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NO INQ. 4.435/DF?	663
<i>Marcus Vinícius Nogueira Rebouças</i>	

UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL DA LEI Nº. 11.340/2006.....	667
<i>Carlos Fabricio Sustakowski</i>	

CENTROS DE REFERÊNCIA EM SAÚDE DO TRABALHADOR: SUA LEGITIMAÇÃO JURÍDICA.....	672
<i>Claudia Lima Monteiro</i>	

A DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DA DEFENSORIA PÚBLICA.....	675
<i>Francisco Alves da Cunha Horta Filho</i>	

O DIREITO SISTÊMICO E A TRANSFORMAÇÃO DOS CONFLITOS COMO EFETIVAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	679
<i>Lilian Cristina Pinheiro Goto</i>	

BASES HISTÓRICAS E PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DA MEDIAÇÃO: A AUTOCOMPOSIÇÃO E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO.....	683
<i>Lilian Cristina Pinheiro Goto</i>	

DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS: ESTUDO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E REGIONAIS BRASILEIROS.....	687
<i>Giovana Agútoli Pereira</i> <i>Ana Beatriz Guimarães Passos</i>	
A EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INTERNACIONAL À CIDADANIA.....	693
<i>Giselle Silva Farinhas</i>	
A VIOLAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO CASO PALESTINA.....	697
<i>Caroline Sami Fares</i> <i>Marina Custódio Maciel da Silva</i>	
O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À RECUSA DE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ EM REALIZAR TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS.....	702
<i>Ana Paula Santana Contu</i>	
RETROCESSO NOS MECANISMOS DE COMBATE À TORTURA NO MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS NA GESTÃO BOLSONARO.....	706
<i>Enéas Cardoso Neto</i>	
RACISMO AMBIENTAL: OS CONFLITOS ENTRE O SISTEMA CAPITALISTA E OS IDEAIS DE JUSTIÇA AMBIENTAL NO TERRITÓRIO BRASILEIRO.....	712
<i>Diuster de Franceschi Gariboti</i>	
DIREITOS SOCIAIS E O DEVER DO ESTADO PARA SUA EFETIVAÇÃO.....	717
<i>Diogo Vêras Hardy Madeira</i> <i>Leandra Lima Silva</i>	
DISCUSSÕES SOBRE VULNERABILIDADES E CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA CRISE DO COVID-19.....	721
<i>Lorene Souza Vieira</i> <i>Felipe Souza Vieira</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glauucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil

Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes, através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o Direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e da produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão digital aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio CAED-Jus de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor, durante o evento, no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do Direito em nível nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, dos Estados Unidos, da Colômbia, da Argentina, de Portugal, do Reino Unido, da Itália e da Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2021)**, que ocorreu nos dias de 28 a 30 de julho de 2021 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 53 universidades e 25 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS - DIREITO CONSTITUCIONAL

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ENTRE A PONDERAÇÃO E O CERCEAMENTO

Matheus Teodoro¹

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos direitos fundamentais os quais compõem o rol referente aos direitos humanos, a liberdade de expressão, irrefragavelmente, ocupa elevada posição.

Isso porque tal aspecto é pré-requisito fundamental tanto para o desenvolvimento do próprio ser humano quanto para o convívio social, e reflete na construção, manutenção e aperfeiçoamento do Estado e da interação entre os governados. Influencia, ainda, no desenvolvimento da cultura em si, aqui entendidos como os diversos ramos de atividades intelectuais.

Foi conquistado através de estrênuo esforço social, a fim de limitar os abusos e a irresponsabilidade no manejo do poder estatal pelo absolutismo no passado, assim como no afã de manter intacta essa liberdade crucial que, não raramente, vê-se ameaçada por movimentos autoritários e ações antidemocráticas afins. Ainda neste contexto, é majoritário o entendimento doutrinário que firma a isonomia entre os direitos fundamentais,

1 Advogado. Graduado em Direito pela FAFIT – Faculdades Integradas de Itararé. Pós-graduado em Advocacia Cível, pela Escola Brasileira de Direito. Pós-graduando em Direito Público Aplicado, pela Escola Brasileira de Direito e Direito e Processo Previdenciário, pela Damásio Educacional.

de modo que deve haver ponderação entre a liberdade de expressão e os demais direitos de mesma grandeza, como a intimidade, a honra, entre outros.

Assim sendo, surge uma questão importante e problemática, em especial no estado contemporâneo das coisas: a tolerância com a liberdade de expressão deve ser restringida ou alargada ante o ajustamento com outros direitos fundamentais?

1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

O direito à liberdade de expressão figura entre os mais relevantes direitos fundamentais que um cidadão pode possuir quando inserido em sociedade. Representa um dos sustentáculos de um regime democrático, considerando que, para este, é elementar a participação popular, além de ser, indiscutivelmente, livre.

Como ensina Schreiber, a liberdade de expressão remonta à Grécia Antiga, especialmente nos debates realizados em praças públicas, como em Atenas, sendo “elemento central da cultura política grega.” (MORAES *et al.*, 2018, p. 65).

Agra (2018, p. 224) assevera que a liberdade de expressão “se mostra essencial para que a população possa se manifestar, formar sua opinião e se posicionar nas decisões políticas tomadas pela sociedade.”

Ainda, o direito de se exprimir livremente é indispensável para o desenvolvimento da própria personalidade humana, tendo em vista que o ser humano é um animal gregário, assim como ensina Martins (2021, p. 800): **“é corolário da dignidade da pessoa humana [...] e da cidadania.”**

Mendes e Branco (2015, p. 264) assentam que a liberdade de expressão é fundamental tanto para o desenvolvimento humano, estando atrelada **à dignidade da pessoa humana, quanto para a preservação do sistema democrático.**

Silva (2005, p. 243) considera este direito como verdadeira “liberdade de comunicação”, posto que a Constituição Federal garante amplo conjunto de direitos, permitindo a livre criação e manifestação de pensamento, bem como sua publicização e difusão. “É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do artigo **5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição**” (SILVA, 2005, p. 243).

Martins (2021, p. 837) aduz que, consecutório à liberdade de expressão, encontram-se os direitos à liberdade “intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Assim sendo, **é possível** considerar que o direito à liberdade de expressão, compreendido em sentido *lato*, assegura a exteriorização de ideias, informações, julgamentos, críticas, comentários ou convicções das mais diversas formas, possuindo caráter amplíssimo, o qual abrange os meios escritos ou falados, gestos, expressões corporais, entre outros, como apontam Masson (2016, p. 239), Tavares (2016, p. 480) e Motta Filho (2016, p. 230).

Portanto, delineada a extrema importância do direito fundamental em comento, é corolário lógico que a Constituição Federal garantiria sua eficácia material, buscando reforçar e enraizar esse ideário no senso coletivo, uma vez que sua aferição na norma, por si só, não garante efetividade, como ensinam Agra (2018, p. 224–225) e Mendes e Branco (2015, p. 273):

Sua incorporação constitucional não significa sua concretização, haja vista que há sociedades em que ela não está agasalhada na Constituição, mas, felizmente, incorporada no imaginário popular e protegido seu exercício. Exemplo se configura na maioria dos países africanos e em alguns países do Leste Europeu em que existe a proteção constitucional, contudo, sem encontrar amparo na realidade. Como contraponto, pode-se mencionar a Inglaterra e a Austrália, países nos quais, mesmo sem ser protegida em textos escritos, a liberdade de expressão encontra resguardo na realidade social. (AGRA, 2018, p. 224–225).

Em reação à errática história da liberdade de expressão no Brasil, a Constituição Cidadã, no intento de garantir uma ampla circulação de informações e convicções de forma livre e destemida, assentou que não se sujeitará “a qualquer tipo de censura ou licença prévia. (CF, art. 52, IX)” (BULOS, 2014, p. 579).

Como ressalta Moraes *et al.* (2018, p. 65), a política nacional já vivenciou momentos de extrema repressão, como nota-se no Estado Novo e na Ditadura Militar, ressaltando a necessidade incisiva de defesa deste direito, o que reflete o “intenso temor que qualquer tipo de limitação ao seu exercício ainda desperta na doutrina nacional.”.

Ainda neste contexto, cumpre apontar o que destaca Motta Filho (2016, p. 230), ao afirmar que a censura incute a ideia de que o censor possui superioridade intelectual, de modo que saiba o que “é ou não é bom, belo, ruim ou danoso.”. De fato, essa pretensa superioridade explicita um germe autoritário, uma vez que o povo deve ser tutelado sob a ótica do censor, concernente ao que é ou não é cultura. Isso afasta-se do viés democrático.

Nada obstante, embora a liberdade de expressão seja uma virtude democrática, não se encontra acobertada pelo manto do absoluto, como todo direito, de modo que deverá conviver com outros direitos que lhe contrapõem e possuem elevada importância para a norma constitucional e convívio social.

Nas palavras de Martins (2021, p. 801), eventuais abusos do direito podem configurar crimes como “a ameaça (art. 147, CP), calúnia, injúria ou difamação (arts. 138 e seguintes do CP), apologia ao crime ou criminoso (art. 287, do CP), racismo (art. 20, da Lei n. 7.716/89) etc.”.

Moraes *et al.* (2018, p. 61), sustenta que a liberdade de expressão é direito relevante, “mas não pode estar acima dos outros direitos, tampouco do dever social para com a ética, a verdade e a honestidade”. Desta feita, existem ferramentas constitucionais para que sejam evitados ou combatidos eventuais abusos do direito à liberdade de expressão, como o direito de resposta, a vedação ao anonimato e a responsabilização civil e penal, englobando possível indenização por danos materiais, morais e à imagem, nos termos do artigo 5º, incisos IV e V, da Constituição Federal.

Como ressaltam Paulo e Alexandrino (2017, p. 125), a vedação ao anonimato tem o condão de identificar e responsabilizar quem cause prejuízos à terceiros “[...] em decorrência da expressão de juízos ou opiniões ofensivos, levianos, caluniosos, difamatórios etc. Com a vedação ao anonimato, busca-se impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento.”.

Postas estas posições, fica evidenciado que o direito à liberdade de expressão não pode superar, *a priori*, outros direitos e garantias fundamentais, não sendo possível, de antemão e tão somente no campo teórico, assentar qual o melhor direito. Portanto, imprescindível o exercício das prerrogativas da judicatura a fim de ponderar o equilíbrio desta difícil equação, observadas as especificidades da lide concreta.

Aliado a isto, tem-se que o direito à liberdade de expressão sofre ataques de duas frentes, quais sejam, a institucional, quando a tentativa de supressão tem origem em algum braço do Estado, especialmente para acúmulo e manutenção de poder e, de outro lado, orgânico, quando cidadãos forçam um conflito de direitos a fim de perceberem indenizações sob alegadas violações às suas garantias fundamentais ou pretendendo silenciar seus opositores.

Neste ponto reforça-se a questão primordial do estudo em análise, a saber, a liberdade de expressão merece maior ou menor tolerância ante aos outros direitos, considerando o contexto social contemporâneo?

2. DAS TEORIAS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Posta a primordialidade do direito à liberdade de expressão, tanto para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo quanto para a manutenção e aprimoramento da democracia, é seguro afirmar que o exercício do direito à liberdade de expressão deve ser o mais amplo possível.

Na esteira do que preleciona Martins (2021, p. 802-807), existem dois grandes blocos teóricos os quais se debruçam sobre a liberdade de expressão, sendo representados pelo modelo norte-americano e pelo alemão. O modelo norte-americano entende que a liberdade de expressão é direito fundamental amplíssimo, como reflexo da Primeira Emenda à Constituição, adotando-se a “Teoria do Mercado Livre de Ideias”.

Segundo a mencionada teoria, as ideias deveriam ser difundidas livremente, de modo que o próprio mercado de ideias, aproximando-se ao ideário do mercado econômico, selecionaria as boas ideias e eliminaria as inferiores através de um “discurso livre e transparente” (MARTINS, 2021, p. 802).

Essa teoria também aparece, eventualmente, na jurisprudência brasileira, como pode ser notado na ADPF 187, a qual observou a constitucionalidade da “marcha da maconha” e entendeu que a livre circulação de ideias, gerando debates filosóficos, “amplia o esclarecimento público e as chances do atingimento da verdade decorrente da competição da ideia no livre mercado de pensamento. (ADPF 187/DF, Plenário, 15-6-2011)” (MARTINS, 2021, p. 803).

Entretanto, como pontua Martins (2021, p. 804), o Supremo Tribunal Federal, por vezes, utiliza-se dessa teoria de forma diversa do sentido original, posto que a assenta como uma forma de evitar a hegemonização de uma determinada ideia, ou seja, “de um ‘necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil’ (Emb. Decl. No ARE 891.648/SP, 2ª Turma, j. 15-9-2015, rel. Celso de Mello)”. Porém, o sentido da teoria matriz não é garantir a convivência pacífica entre todas as ideias, mas sim permitir que o livre mercado de ideias selecione as que são superiores, mais aceitas socialmente, ou seja, trata-se de fato de um mercado e não de um “museu de ideias”.

Nada obstante, embora sob esta teoria a liberdade de expressão seja amplíssima, não é ilimitada, não protegendo discursos que impliquem em dano ou perturbação à paz social, referindo-se àqueles os quais produzam um perigo iminente de um mal grave, muito superior ao mero aborrecimento. De modo símile, não se encontram abarcados os crimes contra a honra, como calúnia e difamação, pornografia infantil, entre outros (MARTINS, 2021, p. 805).

De outro vértice, tem-se o modelo alemão, adotado pelo Brasil, em que a liberdade de expressão ainda mantém seu caráter relevante, porém não se sobressai aos demais direitos fundamentais, “[...] motivo pelo qual, havendo um conflito com qualquer outro direito fundamental, deverá um intérprete fazer um juízo de ponderação.” (MARTINS, 2021, p. 807).

Desta forma, no direito alemão há grande preocupação com a propagação do discurso de ódio, de modo que a liberdade de expressão deve respeito à dignidade da pessoa humana, princípio máximo em seu arcabouço jurídico. No Brasil, similarmente, é possível notar diversos limites ao livre expressar de ideias, como por exemplo “[...] o crime de racismo (Lei n. 7.716/89), os crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do Código Penal), incitação ao crime (art. 286 do Código Penal), apologia ao crime ou criminoso (art. 287 do Código Penal) etc.” (MARTINS, 2021, p. 808).

Isso posto, fica evidente que o ordenamento jurídico pátrio não tolera discursos de ódio, *fake news*, crimes contra a honra, incitação ao crime, dentre tantos outros comportamentos considerados indesejáveis para o pacífico convívio em sociedade.

Entretanto, não se pode olvidar o histórico autoritário na política nacional, de restrição à liberdade de expressão, de modo que o apego a esse

direito individual não se encontra fortemente enraizado no imaginário popular, tampouco no trato com a *res publica*, não sendo incomum tentativas de silenciamento do interlocutor de ideias opostas por atos institucionais, como também na relação entre particulares, como já mencionado.

Portanto, ainda que indiscutível a necessidade de vedar-se os comportamentos retromencionados, exsurge o questionamento sobre a ponderação que deve ser feita na análise dos eventuais conflitos de direitos, especialmente no que diz respeito ao discurso de ódio.

3. O DISCURSO DE ÓDIO E OS CERCEAMENTOS (I) LEGAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como já restou exposto, a Constituição Federal adotou a teoria alemã sobre a liberdade de expressão, fortalecendo o ideário de que este direito é fundamental e, portanto, deve ser amplamente protegido. Contudo, não possui caráter absoluto, havendo necessidade de ponderar-se sobre qual direito deve prevalecer quando em um embate entre direitos de mesma grandeza.

Dito isso, é necessário que seja realizada uma observação quanto a realidade fática no contexto social contemporâneo. É de notório conhecimento que vivenciamos um período de acirramento nos debates sociais, sejam políticos, filosóficos ou religiosos, de modo que se faz presente a chamada “cultura do cancelamento”, ou seja, grupos sociais que se antagonizam buscam verdadeiro ostracismo social de interlocutores que expressem discursos diferentes dos aceitos dentro de sua estrutura interna.

Comumente, esses ataques acontecem em nome do combate ao discurso de ódio, no intento de legitimizar os movimentos os quais, em grande medida, tem intenções políticas próprias e reverberam em outros campos sociais, como o econômico, ou mesmo na aceitação no convívio social.

Na esteira do que já restou exposto, é certo que para o entendimento constitucional pátrio não há “[...] precedência preestabelecida entre os diversos princípios (que ensejam direitos), o que, em parte, equivale a afirmar que não se admite nenhum direito absoluto.” (TAVARES, 2016, p. 486-487).

Nesse ponto, é imperioso fazer distinção entre a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação. Enquanto a primeira concerne à expressão de um pensamento, uma convicção, uma crença do interlocutor, a liberdade de comunicação tem o objetivo de informar, de trazer notícias e fatos à sociedade. Assim sendo, “A primeira, teoricamente, teria um cunho marcadamente subjetivo, enquanto a segunda, um cunho objetivo.” (AGRA, 2018, p. 225).

Portanto, a expressão de pensamento suporta maior tolerância quanto à sua exteriorização, precipuamente por seu caráter subjetivo, ou seja, é a visão de mundo do interlocutor sendo exposta, não havendo necessária colação com a realidade. De outro lado, a liberdade de comunicação tem o dever de informar, apresentar notícias verídicas e fatos sociais, não prestando-se para divagar sobre crenças pessoais. Esta diferenciação deve ficar clara quando no momento da exteriorização, o que permite que o receptor da mensagem perceba quando se trata de um discurso subjetivo e quando se refere a uma notícia.

Nas palavras de Schreiber, “[...] a liberdade de informação [...] caracteriza-se como direito de receber, acessar e difundir informações, sendo relevante, nesse aspecto, o caráter de veracidade objetiva da informação transmitida.” (MORAES *et al.*, 2018, p. 65).

Conforme afirma Bulos (2014, p. 580), é dever do Estado assegurar um mínimo de moralidade no exercício da liberdade de comunicação, “[...] proibindo a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas e difamantes.”. Nestes termos, cumpridos os requisitos constitucionais, não pode haver limitação na comunicação, sendo antidemocrático, por exemplo, a restrição de críticas realizadas em desacordo com as crenças particulares dos detentores do poder.

Isso posto, diferenciadas as liberdades de expressão e de informação, é importante que o conceito de discurso de ódio seja bem delimitado para não possibilitar sua utilização como forma de silenciar interlocutores que se opõem a determinadas ideias difundidas pelos mais diversos seguimentos sociais.

Consoante, Mendes e Branco (2015, p. 272-273) afirmam que a jurisprudência norte-americana apontou como um claro limite à liberdade de expressão as palavras que incitem ações agressivas, as denominadas *fi-*

ghting words, ou seja, são discursos que não buscam “pautas de persuasão”, mas sim o incentivo à agressividade, à violência, à prática de crimes.

Porém, é imprescindível que se tenha em mente que discursos meramente desagradáveis, palavras duras e debates acirrados não representam discurso de ódio, de modo que não devem receber reprimenda legal. Sobre isso, Mendes e Branco aduzem:

Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado da Constituição, essa perspectiva não existe (MENDES; BRANCO, 2015, p. 273).

Martins (2021, p. 811) assenta que o discurso de ódio se refere ao discurso que incentiva a violência, o ódio ou a discriminação contra pessoas “em virtude da raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, religião, ou outro fator de discriminação.”. Contudo, é preciso separar o “discurso preconceituoso do discurso de ódio”.

O iminente doutrinador — Supremo Tribunal Federal — na ADO 26, referente à criminalização da homofobia, assentou que não ferem a Constituição os discursos “preconceituosos” de teor religioso, ou seja, é tolerável o discurso que ensine a seus seguidores os preceitos de sua religião, em espaço público ou privado, de modo coletivo ou singular, desde que não se configurem como discursos de ódio, não podendo, assim, incitar a “discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.” (MARTINS, 2021, p. 811-812).

Ademais, para além do conteúdo do discurso, é basilar que seja analisado o contexto em que é proferido, de modo que não se tenha uma observação alheia ao conjunto fático concernente à conotação da mensagem.

Como Mendes e Branco (2015, p. 273) sustentam, “há de se atentar, igualmente, para o contexto em que o discurso é proferido”, exemplifi-

cando que o Supremo Tribunal Federal entende que “declarações inadmissíveis em outras situações tendem a ser toleradas ‘no contexto político em que a linguagem contundente se insere no próprio fervor da refrega eleitoral.’”, a título de exemplo.

Questão interessante repousa sobre a liberdade de expressão referente à liberdade artística, por exemplo. Esta liberdade é garantida no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal. Nossa Carta Magna estabelece que a liberdade artística, assim como a intelectual, a científica e a comunicacional, é livre, independente de censura ou licença. Portanto, é permitida a exibição e a elaboração de “qualquer peça de teatro, filme, música, poesia etc.” (MARTINS, 2021, p. 838). Entretanto, embora seja um direito amplo, não é absoluto. Na esteira do que já foi explicitado neste estudo, admitindo-se controles “não sobre o trabalho em si [...] mas sobre os requisitos formais concernentes à criação de pessoas jurídicas em determinadas áreas de produção artística, intelectual, científica ou comunicação.” (MOTTA FILHO, 2016, p. 231).

De forma similar, é plenamente possível a regulação de exposições artísticas, devendo o Poder Público informar sobre sua natureza, as faixas etárias não indicadas, e os locais e horários nos quais sua exibição não se mostra adequada, termos presentes no artigo 220, inciso 3º, capítulo I, da Constituição Federal.

Na senda de Martins (2021, p. 845), essa disposição constitucional é razoável, pois não se trata de censura, mas sim de parâmetros para o exercício do direito a fim de proteger a “infância e a juventude, que, nos termos do artigo 227, têm prioridade absoluta.”. Fernandes (2017, p. 432) corrobora esta posição, sustentando que “não configura e nem pode se configurar como censura (que é vedada em nosso ordenamento).”.

Fernandes (2017, p. 431) rememora que é de competência do Legislativo federal estabelecer meios garantidores à sociedade para que se insurja diante de programações de rádios e televisão que não observem o disposto no artigo 221, da Constituição Federal, ou seja, que deem preferência à programas educativos, artísticos, culturais e informativos, promoção da cultura nacional e regional, respeito à valores éticos e sociais da pessoa e da família, entre outros.

É comum ver movimentações de parcelas da sociedade em face de apresentações artísticas, em especial nas de teor humorístico, por exem-

plo, sob a alegação de ofensas a direitos e imposição de prejuízos morais, restando ao Judiciário ponderar sobre os conflitos uma vez que não há regra preestabelecida para resolução do embate entre direitos fundamentais.

Contudo, deve-se terem pauta que não há consenso legal sobre o que é arte e o que é contrário aos bons costumes, tampouco é seguro afirmar que deveria haver. Segundo Martins (2021, p. 839), a liberdade artística é dilatada, podendo “chocar, assustar ou ser de péssimo gosto”, o que não dá direito ao Judiciário de condená-la por estes motivos, sendo isto possível, apenas, no caso de afronta inequívoca diante de “outros direitos fundamentais.”).

Com isto disposto, delinea-se uma importantíssima cautela na ponderação dos direitos em geral, porém de maior intensidade quando o direito em conflito se apresenta na liberdade de expressão.

Como já dito anteriormente, nossa história política está repleta de supressões da liberdade de expressão, afastando do senso comum a devida importância deste direito, o que gera, com frequência, o desejo em grupos sociais de silenciar seus opositores apenas pelo fato de os últimos não concordarem com as ideias por eles defendidas. Isto é uma das facetas mais antidemocráticas em um convívio coletivo.

Como destaca Martins (2021, p. 839), “de maneira muito parcimoniosa” alegados abusos deste direito poderão ser analisados pelo Judiciário, sempre *a posteriori* e com irrefragável violação a outros direitos fundamentais.

Este trato cuidadoso para com o direito à liberdade de expressão deve acontecer tanto em virtude do Estado quanto entre os próprios cidadãos. Em relação ao Estado, é necessário haver ainda maior tolerância com o direito de opinião, posto que os maiores prejuízos, *grosso modo*, seriam advindos de ações estatais que coibissem discricionariamente as opiniões que lhe fossem contrárias.

Neste sentido entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao sustentar que o direito à liberdade de imprensa garante ao jornalista o direito de “expressar críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado.” (ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, j. 30.04.2009, Dje 06.11.2009).

De fato, como Silva Neto (2006, p. 544) afirma, o direito à liberdade de expressão deve ser exercido sem temor de represália, destacando que

“seria de duvidosa eficácia o direito individual se consequências negativas sobreviessem a opinião manifestada”, não excluindo a possibilidade de controle judicial de eventuais excessos.

Vale repisar que o direito à opinião e à expressão são os pilares da democracia, uma vez que “é certo que ali onde não houver viabilidade de opiniões em confronto não há reverência ao regime democrático.” (SILVA NETO, 2006, p. 545).

Em relação à lide que verse sobre a liberdade de expressão entre pessoas, de modo similar, também carece de grande cautela na hermenêutica do impasse de direitos, a fim de verificar se, de fato, há violação ou se é pretendida a coação de opositores políticos, filosóficos ou religiosos.

Vê-se que mesmo no modelo estadunidense de liberdade de expressão, onde o mesmo possui certa prevalência sobre os outros direitos, não são tolerados discursos de ódio e demais manifestações que possuam a mesma essência prejudicial. Assim sendo, ainda que no arcabouço jurídico pátrio fosse alargada a prerrogativa deste direito fundamental, não significaria dizer que tolerar-se-ia o intolerável.

É certo que somente há desenvolvimento social onde há também liberdade de pensar e se expressar, tocando tanto a dignidade da pessoa humana — tutelada pelo artigo 1º, capítulo III, da Constituição Federal —, como também viabilizando o desenvolvimento artístico e cultural (MORAES, *et al.*, 2018, p. 65).

Desta feita, se desbalanceada a visão protecionista de outros direitos em detrimento da liberdade de expressão, é indubitável que a produção cultural desaguará na extinção, em *ultima ratio*. Diversas produções literárias e musicais, por exemplo, demonstram caráter ácido, tecendo críticas pesadas sobre temas delicados como filosofias políticas e religião, de modo que se não fosse preconizado o direito à liberdade de expressão, certamente não o teríamos neste momento.

Algo próximo ocorre no próprio desenvolvimento social, considerando que o descontentamento, a crítica dura, e por vezes até as manifestações exaltadas são os propulsores de mudanças sociais. Como declara o professor Flávio Martins:

Não podemos, por meio de decisões judiciais, mudar o passado. Muitas pessoas sugerem a censura de obras de Monteiro Lobato,

alegando suposto racismo. Outros sugerirão a proibição da obra de Hitler, por conta do seu potencial danoso. Não obstante, precisamos de uma população que conheça os dois lados do pensamento, para que opte livremente por quais valores pretende tutelar. Esconder a verdade não é a melhor saída para construir um país consciente [...] (MARTINS, 2021, p. 844)

De fato, concordando com a lúcida lição supra exposta, é de maior proficuidade permitir que o livre mercado de ideias elimine os discursos indesejados produzidos socialmente do que censurá-los. É pertinente, aqui, destacar a seguinte frase de Edmund Burke: “um povo que não conhece sua História está condenado a repeti-la.”

Somado aos fatores expostos, nota-se hoje certa ofendibilidade altamente aflorada no coletivo que, consoante à complexidade social atual, estigmatiza a livre expressão de pensamento, posto que, invariavelmente, alguma parcela da sociedade se sentirá ofendida. De mais a mais, o desejo pecuniário certamente incentiva este comportamento indesejado.

Schreiber pontua que a liberdade de expressão não está sujeita a “juízos de veracidade ou verossimilhança com a realidade” por entender que se trata de uma manifestação da “personalidade humana” (MORAES, et al, 2018, p. 66).

Isso posto, e considerando que o *locus* da resolução desses impasses é o Judiciário, mostra-se de maior proveito social, após minuciosa análise fática, um entendimento jurisprudencial mais favorável à liberdade de expressão. As especificidades deste direito demonstram que o excesso de reprimenda é de maior prejuízo do que um afrouxamento excessivo. Isto não representa uma defesa inexpugnável à liberdade de expressão, mas posta-se no sentido de um “*in dubio pro liberdade*”.

4. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pode-se concluir que a liberdade de expressão carrega consigo um dos papéis mais importantes para o desenvolvimento do ser humano, bem como para o desenvolvimento e o bom convívio social.

Assim sendo, embora a ponderação entre direitos fundamentais nunca encontre fácil resolução, principalmente por não possuir caráter absolu-

to, é de maior proficuidade ponderar a favor da liberdade de expressão, ou seja, este direito deve ser o mais amplo possível, sendo suplantado somente em situações excepcionalíssimas e após uma cautelosa análise realizada pelo Judiciário.

É indiscutível o discurso de que os excessos da liberdade de expressão devem ser combatidos, especialmente o discurso de ódio, posto que ofende a paz social e traz grande prejuízo à coletividade, uma vez que incita a violência.

Contudo, é necessário cuidado ao caracterizar um discurso como sendo de ódio. As palavras desagradáveis, a fala dura, uma defesa exaltada e até mesmo a falta de polimento e urbanidade na exteriorização de um pensamento não podem ensejar a limitação da liberdade de expressão.

A primordialidade de uma conceituação e adjetivação bem delimitada dos comportamentos os quais excedem o direito de se expressar é patente. É imprescindível que seja verificada a real existência de uma violação aos outros direitos fundamentais para que haja responsabilização da expressão, sob pena de permitir o silenciamento de opiniões tão somente por não serem aceitas por outros grupos sociais.

Isso quer dizer que não deve ser permitida a utilização do Judiciário como forma de violação ao direito à liberdade de expressão e do amordaçamento do opositor político pela prolatação de um discurso legítimo, ainda que desagradável para determinadas parcelas sociais.

É necessário considerar que a democracia é o convívio com o diferente, com o que não se concorda, com opiniões contrárias, do contrário, pela hegemonização forçada de um pensamento, ocorreria ditadura. Até por isso fala-se em tolerância, ou seja, deste conceito já se revela o convívio com o desacordo de posições políticas, filosóficas ou religiosas.

Portanto, a necessidade de opinar deve ser vista com maior liberdade, tanto frente ao Estado, quanto entre os cidadãos. Cumpre destacar que a democracia é o governo do povo, da maioria, sempre respeitando os direitos das minorias, fato que enseja o debate e o diálogo social.

À vista disso, considerando o histórico nacional de restrição à liberdade de expressão, como fixado neste estudo, ante a dúvida de qual direito deve prevalecer no embate apresentado ao Judiciário, que a balança penda a favor da liberdade, sendo legítimo restringi-la somente diante de inequívoca violação de outros direitos de mesma grandeza.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – Seio Paulo: Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Rev. Ampl. e. Atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Alexandre de. Et al. **Constituição federal comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 26. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL ELITISTA: DE QUEM DEVE SER A ÚLTIMA PALAVRA?

*Matheus Teodoro*²

INTRODUÇÃO

É fato notório que o eixo doutrinário, assim como a jurisprudência, há algum tempo vem rotacionando em favor da valorização da Constituição ante todo o ordenamento jurídico, no intento de firmar a Carta Magna como Lei de fato, ou seja, robustecendo sua materialidade.

Essa mudança de paradigma contribui para a coerência legal, tendo em vista o dever de respeitar os ditames constitucionais por todos os atores políticos, especialmente no que concerne à separação e a limitação dos poderes, objetivoprincipal do movimento constitucionalista.

Assim sendo, é pertinente a questão sobre como se dará a hermenêutica frente à Constituição, ou seja, quem deterá o poder de ponderar sobre o Texto Maior. Nesta toada, diversas teorias foram formuladas no decorrer da história da jusfilosofia, culminando, na realidade de muitos países incluindo o Brasil —, na delegação desta importante missão ao Poder Judiciário.

2 Advogado. Graduado em Direito pela FAFIT – Faculdades Integradas de Itararé. Pós-graduado em Advocacia Cível, pela Escola Brasileira de Direito. Pós-graduando em Direito Público Aplicado, pela Escola Brasileira de Direito e Direito e Processo Previdenciário, pela Damásio Educacional. E-mail: teodoro.matheus2013@gmail.com

Isto posto, por determinação da Constituição, o controle sobre a constitucionalidade das normas fica à cargo, preponderantemente, do Supremo Tribunal Federal, alcunhado de Guardião da Constituição.

Contudo, analisado o razoável período em que essa função foi exercida, surge uma importante questão: é democrático que a última palavra sobre a constitucionalidade das leis seja assentada somente por um único ator social?

1. A CONSTITUIÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO

Em análise propedêutica, é necessário considerar que a Constituição é instituto diferente do Constitucionalismo, embora, atualmente, se encontrem interligados de forma simbiótica.

Como aduz Cunha Júnior (2019, p. 25-26), a Constituição antecede o movimento constitucionalista, de modo que durante o desenvolvimento das sociedades humanas, onde havia Estado já se encontravam presentes esboços de constituições, porém não nos moldes atuais. Contudo, é seguro afirmar que já havia a ideia de organização da sociedade, mesmo que desconceituada de limitação e separação dos poderes, premissa elementar do constitucionalismo. Nas palavras do autor: “mesmo antes do chamado Estado de Direito, já existia um Estado, chamado *Absoluto*, fundado numa Constituição que prescrevia obediência irrestrita ao soberano.” (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 25-26).

Como preleciona Tavares (2016, p. 165), em Roma já se tinha uma ideia de Constituição, embora ela representasse “meros atos de cunho normativo editados pelo Imperador”, ou seja, não se coaduna com a ideia moderna de Constituição de um Estado, tampouco com a limitação do poder do soberano. Destaca ainda que em Aristóteles, similarmente, tinha-se o conceito de Constituição como sendo o “modo de ser da *polis*”. Há esboço de Constituição no período medieval, com a Carta Magna imposta ao Rei João Sem Terra, em 1215, porém as constituições como conhecemos atualmente só surgiram com as Revoluções Americana e Francesa.

Dito isso, pode-se vislumbrar a possibilidade de existência de constituições que não sejam democráticas ou que não apregoem verazmente a limitação dos poderes, fato importante para o entendimento do presente estudo.

Assim sendo, é necessário que haja uma conceituação, ainda que breve, de Constituição e Constitucionalismo, a fim de alicerçar a busca pela síntese da problemática destacada.

Em relação ao conceito de Constituição, como destaca Bulos (2014, p. 100), é tido pela doutrina como um “conceito em crise”, posto que não há consenso sobre o mesmo, o que ressalta a plurivalência de entendimentos sobre o tema.

Ainda sob os ensinamentos de Bulos (2014, p. 100), a Constituição é “organismo vivo” que delimita a organização do Estado, os modos de exercício do governo, e disciplina as garantias das “liberdades públicas” e o modo como se dará a aquisição e o exercício do poder.

No mesmo sentido, Silva (2005, p. 37) assenta que a Constituição é o “simples modo de ser do Estado”, ou seja, é a norma que explicita os parâmetros organizadores do ente estatal.

Ao encontro disso, Paulo e Alexandrino (2017, p. 5) sustentam que a Constituição é um arcabouço de normas as quais visam organizar o Estado, estabelecendo os órgãos que irão compor sua estrutura, suas competências, ditar como devem ocorrer o exercício e a aquisição do poder e, principalmente, impor as “limitações ao poder do Estado especialmente mediante a separação dos poderes (sistema de freios e contrapesos) e a enumeração de direitos e garantias fundamentais.”

Martins (2021, p. 183-194) leciona que existem três principais concepções sobre a Constituição em meio doutrinário, podendo ser analisadas sob os sentidos sociológico, político e jurídico.

No sentido sociológico, representado pelo pensamento de Ferdinand Lassale, a Constituição é “a soma dos fatores reais do poder”, ou seja, o efetivo exercício da norma constitucional, que por ele é diferenciada da norma jurídica que advém do Estado, classificada como sendo “uma folha de papel” (MARTINS, 2021, p. 184-187).

No sentido político, tendo como expoente Carl Schmitt, a Constituição é uma “decisão política fundamental”. Dessa maneira, somente terá validade o texto constitucional que reflita uma decisão política prévia, emanada de um poder ou autoridade política. Como ressalta Martins (2021, p. 187-190), uma das expoentes consequências deste posicionamento é que o governo deve respeitar a Constituição, porém, em casos excepcionais pode deixar de cumprir a “Lei Constitucional”, ou

seja, a lei posta, a fim de perseguir princípios próprios da decisão política fundamental.

Por fim, há o sentido jurídico, defendido por Hans Kelsen, onde fica assentada a ideia de que a Constituição é uma lei. Nas palavras de Martins (2021, p. 191): “a lei mais importante do ordenamento jurídico e o pressuposto de validade de todas as leis.”. Aqui entende-se a Constituição no sentido jurídico restrito, ou seja, embora no momento de sua formação existam vários fatores que influenciem no resultado. A partir da positivação, trata-se de uma Lei, devendo se afastar de outros campos teóricos — no sentido de Ciência do Direito —, sustentada pelo eminente doutrinador (MARTINS, 2021, p. 190-193).

Assim sendo, embora o tema seja vasto, em apertada síntese longe de apresentar um conceito exauriente, podemos entender a Constituição como uma Lei Fundamental, nascida e embasada nos valores culturais e morais defendidos pela sociedade que a desenvolveu, com a finalidade de assentar as normas de organização do Estado, do exercício do poder, e das liberdades e garantias fundamentais ao encontro do que defendem Bernardes e Ferreira (2016, p. 69) e Fernandes (2017, p. 27-37).

Neste sentido, tem-se também uma concepção culturalista da Constituição. Como aponta Masson (2016, p. 33-34), a Constituição tende a ser vista como um produto da cultura de um povo, conglobando as três correntes supra referidas, portanto, é a coadunação dos fatores de poder social e das decisões políticas fundamentais, “frutos da vontade política do poder constituinte” através de normas jurídicas cogentes.

Como ressaltam Mendes e Branco (2015, p. 55), o conceito de Constituição mais útil é aquele atrelado ao constitucionalismo, o qual garante as liberdades públicas gerando direitos fundamentais, além de limitar e separar os poderes estatais.

Mencionado o constitucionalismo, é necessário que seja realizada uma célere conceituação. Portanto, podemos entender este movimento como um clamor social por limitação do poder estatal, a fim de garantir liberdades e direitos fundamentais aos cidadãos e extinguir os abusos cometidos por governos ilimitados, absolutos.

Cunha Júnior (2019, p. 27-28) ensina que o constitucionalismo preza por um governo limitado, “indispensável para a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade

de.". Deste modo, é tema central do constitucionalismo, para além da limitação do poder estatal, a sua legitimação, atrelando-se expressamente, no campo político, ao liberalismo, ou seja: "a ideia e necessidade de Constituição ganhou força no liberalismo político e econômico, que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX." (CUNHA JÚNIOR, 2019, p. 27).

Como ressalta Agra (2018, p. 73), dizer que há constitucionalismo em um Estado importa na aceitação de que "as condutas sociais devem ser determinadas por normas, e o ápice da escala normativa reside nas normas constitucionais.". Em suma, o movimento constitucionalista implanta a ideia de império das Leis, o qual submete todos sob seu domínio.

2. AS TEORIAS SOBRE A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Assentadas as ideias prefaciais sobre Constituição e Constitucionalismo, bem como a inseparável ligação entre ambos os institutos, quando se fala em um Estado democrático, é essencial ponderar sobre um tema elementar para o saudável convívio dos poderes estatais: como se dará a hermenêutica sobre o texto constitucional.

Este questionamento torna-se ainda mais preponderante quando asseverado que já não vivemos em um Estado de Direito, mas em um Estado Constitucional de Direito. Como aponta Tavares (2016, p. 61), a "supremacia da Constituição, o Estado Constitucional e a criação de tribunais constitucionais surgem e firmam-se na Europa especialmente após a I Grande Guerra, em 1920."

De início, vale destacar que há duas correntes filosóficas dominantes que se debruçam sobre como deverá ocorrer a hermenêutica legal, a subjetiva, a qual visa encontrar a vontade do legislador, e a objetiva, preocupada em delinear a vontade da lei.

Como ensina Martins (2021, p. 410), a corrente subjetiva pretende dar o sentido da norma interpretando-a de acordo com a vontade do legislador, ou seja, seu intento no momento de nascimento da norma jurídica, sob pena de, ao se distanciar deste entendimento, se incorrer em atos antidemocráticos, posto que se afastaria dos "desejos do legislador, eleito democraticamente."

Por outro lado, a corrente objetiva entende que é a vontade da lei a qual deve ser buscada, de modo que se verifique o que a lei pretende tutelar, dando maior longevidade ao direito posto, uma vez que possibilita a aplicação de uma lei antiga à realidade social atual. Forte argumento utilizado por esta corrente é a de que o jurisdicionado, através do princípio da legalidade, não está obrigado a fazer algo que não seja em virtude da lei e ao invés do desejo do legislador. Esta teoria é a predominantemente aceita (MARTINS, 2021, p. 410).

Bernardes e Ferreira (2016, p. 222) aduzem que não se deve interpretar somente por uma ou outra via, ou seja, “a atividade interpretativa deve buscar resultados a partir de processos de pensamento que considerem tanto o sentido normativo do enunciado interpretado quanto as intenções da regulação e as ideias normativas do legislador histórico.”

De fato, o direito deve acompanhar a evolução social, mas não se restringindo à pura legalidade, em uma prisão da razão, como ensinou Ihering ao encontro do que aponta Larenz (1997, p. 55-59). Com isto, entende-se que o direito não deve engessar a sociedade, mas sim acompanhá-la, considerando que ele é uma criação e não o criador do convívio social. Assim sendo, as críticas realizadas por Ihering apontam que o direito não é imutável, e pelo contrário deve acompanhar a evolução social.

Como aduz Ramos (2015, p. 47), sob essa ótica, a “Jurisprudência dos Interesses” alinha-se com os interesses sociais, ao passo que a “Jurisprudência dos Conceitos” preconiza a lógica. Entretanto, “para a formulação crítica em destaque, a lei continua a ocupar posição predominante do plano das fontes do direito, porém passa a ser vista não como um produto da razão abstrata e sim de interesses concretos dos membros da comunidade.” (RAMOS, 2015, p. 47).

É imperioso considerar que há diferença entre a hermenêutica constitucional e a infraconstitucional, especialmente porque a norma infraconstitucional possui eminente caráter de regra, ou seja, que se limita ao cumprimento fático de determinada conduta e se volta à maior materialidade do dispositivo, ao passo que o disposto na Constituição tem caráter precipuamente principiológico com elevado grau de abstração. Ainda, há a supremacia constitucional, o que incorre dizer que não há norma superior ao texto Constitucional que lhe sirva de parâmetro, “a não ser que se adote a minoritária teoria da supraconstitucionalidade dos tratados in-

ternacionais, decorrente do constitucionalismo supranacional, global ou multinível.” (MARTINS, 2021, p. 408-409).

Nada obstante, grande celeuma repousa sobre quem deverá realizar essa interpretação, especialmente sobre o conteúdo normativo constitucional, devido à sua elevada posição e grande abstração principiológica a qual reverbera em todo o arcabouço jurídico.

Bernardes e Ferreira (2016, p. 222-224) ensinam que, em termos generalistas, existem dois grandes blocos teóricos sobre a interpretação Constitucional, chamados de subcorrentes. De um lado a corrente interpretativista, a qual defende buscar o sentido da norma constitucional observando tanto a vontade do legislador quanto o intento normativo, não se limitando à literalidade do texto, mas se restringindo à Constituição. Nas palavras dos autores: “A essência desta corrente hermenêutica consiste na tese de que a invalidade das leis somente pode ser declarada mediante processos dedutivos que tenham como premissa norma claramente identificável na constituição.” (BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 223).

Do outro lado fica a corrente não interpretativista, sustentando que os resultados do controle de constitucionalidade não advêm necessariamente do texto da Constituição, “mas de uma retórica que busca criar a imagem de que, ao se recorrer a certos valores, está se aplicando a Constituição.”. Aqui reside o chamado “ativismo judicial”. (BERNARDES; FERREIRA, 2016, p. 223-224).

Na senda de Fonteles (2020, p. 42-43) e Motta Filho (2016, p. 43-44), a doutrina subdivide a interpretação das leis em três correntes: a autêntica, efetuada pelo legislador; a doutrinária; e a judicial.

A autêntica possui certos entraves, especialmente quando se trata de interpretação constitucional, haja vista não ser plausível a interpretação da Constituição por uma lei infraconstitucional por claro desrespeito à hierarquia das normas. Assim, a única maneira de haver interpretação autêntica é se no próprio corpo da norma constitucional estivessem contidas as formas de interpretá-la. Viável na teoria, mas de quase impossível configuração prática. “Não é factível que uma Constituição seja feita para explicar como se interpretar a Constituição antecedente”, considerando que a nossa Constituição já se encontra em vigência e Emendas Constitucionais incorreriam no obstáculo de norma infraconstitucional, já que se submetem ao texto já positivado (FONTELES, 2020, p. 43).

Dando continuidade, a corrente doutrinária ocorre com grande frequência, sendo representada pelas ponderações de doutrinadores sobre o tema. Por fim, há a judicial, a qual atua através da realização do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário (FONTELES, 2020, p. 43).

Como aduz Zanotti (2017, p. 55), a supremacia da Constituição não teria qualquer efetividade se não houvesse um órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade. No Brasil, o exercício desta prerrogativa fica, preponderantemente, nas mãos do Judiciário, e o controle concentrado da Constituição Federal é realizado pelo Supremo Tribunal Federal e das Constituições Estatais, por seus respectivos Tribunais de Justiça.

Masson (2016, p. 1064-1068) ressalta que o controle de constitucionalidade é realizado “via de regra, pelo Poder Judiciário e de modo repressivo”, ou seja, pelo controle concentrado ou difuso posterior à promulgação da lei em questão.

Contudo, em um número muito menor de oportunidades, pode ocorrer pela via judicial-preventiva quando a análise acontece em momento anterior à promulgação da nova norma jurídica, excepcionalmente nos casos em que um direito líquido e certo concernente ao “devido processo legislativo dos parlamentares” é ofendido, limitando-se a este quesito (MASSON, 2016, p. 1064).

Há a possibilidade de controle político-preventivo quando o controle de constitucionalidade é realizado no âmbito do Legislativo, no momento da elaboração da norma, como na atuação das “Comissões de Constituição e Justiça”, e no âmbito do Executivo, através do instituto do veto (MASSON, 2016, p. 1065).

Por fim, pode ocorrer o controle político-repressivo, na seara do Legislativo, quando há sustação de atos normativos do Executivo por extrapolar os limites da delegação para realização de atos de Lei Delegada; quando rejeita uma Medida Provisória sob o argumento de sua inconstitucionalidade; e através de autorização do Supremo Tribunal Federal, pela Súmula 347, em que o Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade de Lei e atos do Poder Público. Cabe destacar que “esta possibilidade, todavia, parece estar em seus últimos dias, à beira da revogação. Em diversas manifestações, ainda que monocráticas, os Ministros da atual

composição do STF têm se manifestado contrariamente à subsistência da súmula.” (MASSON, 2016, p. 1066).

Ainda, é possível que o chefe do Executivo determine o descumprimento de uma Lei, no âmbito de sua autoridade, sob a arguição de inconstitucionalidade, mas após a Carta Magna de 1988, é posicionamento controvertido, especialmente por terem sido legitimados para ajuizar ações de controle de constitucionalidade tanto o Presidente da República, quanto os Governadores (MASSON, 2016, p. 1066-1068).

Entretanto, embora seja prevalecente a posição de que o controle de constitucionalidade deve ficar sob responsabilidade do Judiciário, demonstrando a adoção da supremacia judicial, este ideário “está em declínio”, como aponta Fonteles (2020, p. 50).

Isso porque o controle de constitucionalidade realizado exponencialmente pelo Judiciário vem representando uma mudança de paradigma, por vezes se afastando da democracia para a instauração de uma juristocracia, posto que alija o cidadão da interpretação da norma que rege a sociedade.

Isto fica claro quando analisado o conteúdo da decisão proferida pelo ministro Teori Zavascki, no EREsp 644.736/PE, em 2007, por exemplo.

In verbis:

[...] 'sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou pelos advogados, e nem mesmo aquele que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão-somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são'. (EREsp 644.736//PE, Corte Especial, DJ 27.08.2007) (FONTELES, 2020, p. 46, grifo do autor).

Com todo o respeito ao saudoso ministro, esta declaração é de indignar qualquer um que prese pela democracia. Este posicionamento explícita, inequivocamente, que vivemos tempos controversos para a vontade popular — basilar em um governo democrático— posto que, segundo o que foi dito, o direito não é o que o povo escolheu ser, mas sim o que uma “oligarquia jurídica” diz que é, ou seja, no mínimo temerário.

De mais a mais, a interpretação da Constituição sem a participação popular fere a cidadania, uma vez que o poder deixa de emanar do povo, um claro desrespeito aos princípios fundamentais contidos na Carta Magna, em especial no artigo 1º, Parágrafo Único da Constituição Federal.

É evidente que esse fenômeno ensejaria reações, inclusive em plano internacional, já que a supremacia do Judiciário não é problema exclusivamente da pátria.

Como indica Bulos (2014, p. 75), o controle de constitucionalidade concentrado foi idealizado por Kelsen, nos anos 1920, “no anteprojeto da Constituição da Áustria”. Com isto em mente, como aduzem Thamay e Herani (2016, p. 75), é importante observar que Kelsen teorizou a criação de um Tribunal Constitucional “totalmente separado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, com a vantagem de que esta Corte estaria distante do exercício dos Poderes, não proporcionando antagonização entre eles.

Portanto, embora pretendesse afastar o positivismo extremo do Estado legalitário, onde o Legislativo possuía prevalência no Poder, também não desejava que o Judiciário assumisse este manto, o que, de fato, está ocorrendo.

Como adverte Ramos (2015, p. 324), o ativismo judicial se caracteriza pelo exercício das funções da judicatura “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar.”.

Fernandes destaca:

Todavia, não há como discordar de Virgílio Afonso da Silva, quando este critica a falta de precisão e rigor técnico-metodológico, seja por parte dos Tribunais brasileiros, notadamente o STF, que parece ter encontrado na “proporcionalidade” o remédio taumaturgo (milagroso) para todos os problemas constitucionais, ou por parte

dos juristas pátrios – seja por descuido epistemológico (equivoco que se corrige com estudo), seja por perversidade ideológica (mal a ser combatido) – que abraçam tal tese de maneira acrítica e irrefletida, sem pesar (ou por que não dizer, como querem, “sopesar”) as consequências para a construção do paradigma de um direito afeito a um Estado Democrático (FERNANDES, 2017, p. 229-230).

Assim, como contraponto à esta supremacia judiciária, destaca-se a Teoria do Constitucionalismo Popular, de Larry Kramer e Mark Tushnet. Segundo os autores, a última palavra sobre a hermenêutica constitucional não deveria ficar nas mãos do Judiciário, devendo ser extinto o “judicial review”, ou seja, o poder de o Judiciário rever os atos dos outros Poderes — inclusive na invalidação de leis —, especialmente na visão de Tushnet. Portanto, sob esta ótica, deve haver maior participação da população na interpretação das Leis, de modo que não cabe ao Judiciário realizar um controle sobre a constitucionalidade (MARTINS, 2021, p. 112-115).

Para Kramer, embora pense que a “judicial review” não deva ser extinta, o que demonstra uma visão mais moderada sobre o tema, expõe que o Judiciário também não deve ter a última palavra na questão da hermenêutica constitucional, ou seja, nesta corrente deve haver preponderante participação popular na interpretação das normas, via Parlamento (MARTINS, 2021, p. 115-116).

Em face desta teoria, argumenta-se que o povo não disporia de conhecimento técnico para realizar uma correta avaliação sobre a interpretação legal. Uma suposição rebatida por James Madison, por exemplo, tido como um dos “pais fundadores” dos Estados Unidos da América, o qual sustenta que ninguém melhor do que o próprio povo, destinatário da lei e das garantias constitucionais, para saber o que lhe é benéfico ou não, ressalta ainda o caráter antirrepublicano desta alegada atecnidade (MARTINS, 2021, p. 114).

Como sustenta Fonteles (2020, p. 48-49), o discurso dos expoentes do constitucionalismo popular abrandou, tendo em vista que para alguns autores passou a ser aceito um controle de constitucionalidade mais fraco, excepcionalmente, e um diálogo institucional. Não obstante, “no essencial, continuam bastante avessos à ideia de reconhecer tamanho poder ao Judiciário.” (FONTELES, 2020, p. 49).

Por outro lado, encontra-se o constitucionalismo democrático, tendo como expoentes Robert Post e Reva Siegel, além do eminente professor Flávio Martins no âmbito nacional. Para esta vertente teórica, embora a última palavra ainda figure nas prerrogativas do Judiciário, este deveria ouvir a população a fim de exercer a hermenêutica constitucional através das mais diversas ferramentas, como “a realização de audiências públicas, a habilitação de *amici curiae* etc. Informalmente, deve levar em consideração o efeito *backlash*, para que sua própria decisão não dê ensejo a reações adversas as quais, em vez de tutelar o direito, retiram-lhe a proteção” (MARTINS, 2021, p. 118-121).

Portanto, para o constitucionalismo democrático, embora seja importante a manutenção da prerrogativa Judiciária de dar a última palavra na interpretação constitucional, deve fazê-la com base no sentimento popular sobre a melhor hermenêutica constitucional. Isso não quer dizer que o Supremo Tribunal Federal perderá sua função contramajoritária de defesa dos direitos das minorias, mas sim que não deverá se posicionar contrário à decisão democrática, ou seja, a decisão avalizada pela maioria, como pede a essência da democracia.

Expostas essas ideias, fica evidente a necessidade de frear o agigantamento do poder do Judiciário, o qual já ameaça o delicado equilíbrio dos poderes. Como ensina Fonteles (2020, p. 47), para o Realismo Jurídico ou “a corrente da supremacia judicial”, a tarefa de interpretar o direito deve ficar à cargo do Judiciário, tendo por base as afirmações de autores como Alexy e Dworkin tendo em vista que este poder está “equidistante das partes e distanciado das paixões políticas”.

Com o devido respeito ao posicionamento supra referido, é possível pontuar que o mesmo não reflete a realidade, demonstrando certa inocência do argumento posto que o Judiciário é composto por homens e mulheres, ou seja, com princípios pessoais, crenças filosóficas e políticas próprias, de modo que a defesa da infalibilidade do Judiciário, ou ao menos sua superioridade moral, é prejudicial para o desenvolvimento democrático. Como aponta Fonteles:

Não se pode divinizar o Judiciário. Juízes encastelados em suas torres de marfim não estão posicionados em um ambiente favorável para captar os valores de quem habita nos rincões mais longínquos

deste país continental. Alguns Ministros do STF têm a ousadia de dizer que possuem uma função iluminista, no sentido de promover saltos históricos na humanidade, comportando-se como líderes messiânicos que resgatariam esta sociedade medieval do obscurantismo descrito na caverna de Platão (FONTELES, 2020, p. 48, grifos do autor).

Da análise do exposto acima, bem como da jurisprudência já colacionada neste estudo, onde se afirma que a lei é o que o Tribunal Constitucional diz que é, é impossível defender que há afastamento das paixões políticas dos membros do Judiciário. Em verdade, justamente por inclinações políticas, como visto em declarações desta natureza, por vezes beirando um posicionamento político de fato, tem-se que alguns membros da cúpula deste Poder acreditam estar realizando um papel civilizatório inquestionável, certamente não havendo espaço para debate, uma vez incumbidos de uma designação “moralmente superior”.

Observadas as teorias apresentadas, é possível perceber algumas inconsistências as quais proporcionam pontos negativos quanto à sua aplicação. Em relação ao constitucionalismo popular, o completo banimento do Judiciário da prática da hermenêutica constitucional representa a volta da supremacia parlamentarista, já vivenciada no Estado legalitário e, portanto, com os seus efeitos maléficos já conhecidos.

Por outro lado, no que diz respeito ao cerne do constitucionalismo democrático ser elogiável, a manutenção da última palavra nas mãos do Judiciário não implicaria grandes mudanças no estado atual das coisas, posto que a Suprema Corte ouviria todos os atores políticos apesar de continuar decidindo sozinha o sentido da constitucionalidade. Para que haja efetiva mudança neste cenário, é indispensável que existam instrumentos fornecidos dos meios para transformá-lo.

Como ressalta Fonteles (2020, p. 50): “alguns juristas perceberam que seria possível uma solução intermediária para o dilema que apresentamos, alicerçados na premissa de que, em uma democracia, não existe uma última palavra.”.

Para tanto, tem-se uma outra via teórica, denominada Teoria dos Diálogos Institucionais, em que é possível um debate entre o Judiciário e o Legislativo através de ações concretas. Isso quer dizer que o Judiciário

poderá reconhecer a inconstitucionalidade da norma, gerando os efeitos esperados, ao passo que o Legislativo, por não ter sua função essencial atrelada às decisões do Judiciário, poderá editar nova norma sobre o mesmo tema, inclusive contrariando a decisão proferida em sede do Judiciário, o qual poderá, de modo cíclico, realizar nova análise sobre a produção legislativa e também reconhecer sua inconstitucionalidade, e assim por diante (FONTELES, 2020, p. 50-53).

Estas interposições decisórias institucionais fortalecem o debate, posto que em cada ciclo são apresentados novos argumentos, além de a composição dos dois Poderes se alterar através da mudança de seus quadros, tornando possível a convergência em um sentido. Na esteira do que indica Fonteles (2020, p. 51), “o Parlamento ‘fala’ pela Lei. A Corte ‘responde’ pela decisão judicial. No mundo jurídico, consideramos isto um diálogo institucional.”

Através desse debate há uma cooperação entre os Poderes, de modo que não seria estancada a evolução social e do próprio Direito, o que ocorreria se o Legislativo estivesse impedido de legislar em sentido diverso do decidido pela Corte Constitucional. Imperioso avultar que há mudança de entendimento social sobre os temas legais, inclusive pela própria mudança da composição do Parlamento e da Corte Constitucional (FONTELES, 2020, p. 52-53).

O Supremo Tribunal Federal já mencionou a referida teoria, através da ADI 5105/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Vejamos:

[...] 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. (FONTELES, 2020, p. 55-56).

Ressalta-se que institutos parecidos podem ser notados no Canadá e em Israel, por exemplo, representando “mecanismos jurídicos que podem amenizar esta indesejada hipertrofia do Judiciário.” (FONTELES, 2020, p. 53).

3. O ELITISMO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Assentadas as principais teorias sobre a hermenêutica constitucional, destaca-se a necessidade de maior participação social no exercício desta prerrogativa, a fim de que o controle de constitucionalidade não seja realizado de modo elitista, somente por uma instituição, rechaçando a participação e por vezes a vontade popular.

É evidente que a Corte Constitucional tem papel fundamental para o equilíbrio da democracia, representando importante mecanismo no sistema de freios e contrapesos, especialmente nos momentos de maior descontrolo social, visando proteger os direitos fundamentais.

Contudo, uma interpretação legal preponderantemente na seara constitucional, sem a participação popular, traz inúmeros malefícios à democracia. Como adverte Martins:

o monopólio da última interpretação constitucional dado ao Judiciário traz duas consequências perversas: a) em algumas situações, poderá a Corte tutelar direito das minorias políticas, econômicas ou religiosas, contra a vontade da maioria democrática da população (mantendo privilégios, em vez de combater abusos); b) a incursão da Corte Constitucional em temas políticos acaba por vezes freando a discussão popular acerca de temas sensíveis, antecipando-se a conclusão que, muitas vezes, ainda não está madura no seio da sociedade. Em outras palavras, a visão “juriscêntrica” da interpretação constitucional desestimula a interpretação e o debate fora das cortes (MARTINS, 2021, p. 116).

A razão assiste o relevante doutrinador, uma vez que o sistema da supremacia judicial nos termos em vigor desestimula o debate social sobre os temas de conflito, considerando que a resolução se dará em âmbito judiciário, no qual a opinião popular não terá considerável relevância. Deste modo, o povo se caracteriza mais como uma espécie de “comentarista político” do que propriamente como formador e destinatário da norma, gerando um outro sistema político que não o democrático.

Relevante questão também repousa na necessidade de vigilância sobre o Judiciário. É ingênuo imaginar a infalibilidade de uma instituição, precipuamente por ser formada por seres humanos. Portanto, na visão democrática e liberal, é imprescindível que haja um sistema de freios e contrapesos e que exista uma vigilância recíproca entre as instituições, de modo que a última palavra sobre a interpretação constitucional não fique à cargo de somente um órgão.

Como aponta Fonteles (2020, p. 64), a Constituição atribui à Corte Constitucional a função contramajoritária apenas, ou seja, o dever de garantir a vontade popular expressa na própria Constituição, “portanto, é tecnicamente correto se servir dela *moderadamente*”. Aqui fica evidente a crítica frente às alegadas funções representativa e iluminista da Corte, as quais pretendem expressar a vontade popular ainda não analisada pelo Congresso e a vontade de contrariar a própria vontade popular que “estaria paralisada por um obscurantismo”, respectivamente.

CONCLUSÃO

Assim sendo, considerando as breves explanações apresentadas neste estudo, entende-se que a supremacia do Judiciário diante da hermenêutica constitucional, ainda que traga alguns benefícios, causa prejuízos consideráveis para o exercício pleno da cidadania, reverberando na saúde da democracia pátria.

Isso porque alija o jurisdicionado da interpretação da norma que é criada por ele e tem a finalidade de guiá-lo, posto que a última palavra sobre o que é constitucional repousa somente nas mãos do Judiciário.

Portanto, é necessário que haja maior interação do povo, tanto para uma melhor decisão sobre a constitucionalidade, quanto para a própria legitimidade dos atos praticados, considerando que em um governo democrático a vontade popular é peça fundamental.

Dessa forma, ante os modelos teóricos apresentados sobre a hermenêutica constitucional, embora o constitucionalismo democrático possua uma essência positiva, visando que a Corte Constitucional observe a vontade popular sobre temas sensíveis, a Teoria do Diálogos Institucionais se mostra mais eficaz, uma vez que apresenta, de fato, um acervo de medidas que possam combater a hipertrofia Judiciária, como já destacado.

Dando continuidade, conclui-se que a “Judicial Review” tem um papel muito importante na interpretação constitucional, especialmente por sua função contramajoritária de contenção dos excessos da vontade popular. No entanto, não é o único posicionamento relevante sobre o tema, sendo necessário uma vigilância recíproca na guarda da Constituição, evitando que o guardião seja corrompido na essência e ultrapasse sua função, tornando-se, indesejavelmente, um tutor da Constituição ideário o qual se afasta da democracia.

Por fim, através do diálogo institucional entre Judiciário e Legislativo, tem-se um sistema de freios e contrapesos, garantindo maior segurança contra os excessos de um ou de outro Poder, sendo de maior benefício social do que a adoção de alguma teoria que favoreça algum dos Poderes.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional: Tomo I – Teoria da Constituição**. 6ª. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. E atual. – Salvador. JusPODIVM, 2017.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

- MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Rev. Ampl. e. Atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 26. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THAMAY, Rennan Faria Krüger; HERANI, Renato Guliano. **Jurisdição constitucional concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016.

O ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

*Ênio Chrystian Goulart de Oliveira*³

INTRODUÇÃO

O Direito é um ramo de estudo muito dinâmico o qual necessita ser alterado por conta das mudanças da sociedade. Pelo fato de o processo ser extenso e demorado para aprovação e alteração de leis, é muito comum que as leis não acompanhem as mudanças sociais, fazendo com que os projetos passem anos aguardando o debate por parte dos legisladores fiquem à cargo dos parlamentares para a aprovação, ou outros temas tenham mais relevância no entendimento do poder legislativo. A fim de contornar estas dificuldades e dar efetividade ao fato de não poder se isentar de solucionar uma demanda que lhe é trazida, surge a figura do ativismo judicial, pautada na liberdade de decisão do juiz e também na aplicação do direito com base na realidade social, considerando os princípios e o disposto na nossa Carta Magna.

O Brasil, atualmente, adota a teoria da separação dos poderes, a qual os divide e organiza em executivo, judiciário e legislativo, e estabelece funções típicas e atípicas para cada um com o intuito de haver uma convivência harmoniosa e equilibrada entre eles, evitando que um se sobrepo-

³ Bacharel em Direito (2019), licenciado em Educação Física (2018), bacharel em Educação Física (2018), pós-graduado em Direito Constitucional (2019) e pós-graduado em Psicomotricidade na educação infantil e anos iniciais (2018) cursando Letras Português/Inglês.

nha ou se submeta ao outro. O ativismo judicial decorre da função típica do poder judiciário de dirimir os litígios com base na legislação vigente, apresentando uma solução mesmo nos casos em que a legislação é omissa ou inexistente.

Até o presente momento não existe uma concordância entre os juristas sobre o ativismo jurídico ser positivo ou negativo para a separação dos poderes ou para a própria sociedade, pelo fato de que a lei acaba, muitas vezes, não abrangendo boa parte das situações da realidade em concreto, circunstância que não exime o poder judiciário de julgar as demandas que lhe são trazidas. O ativismo acaba por decorrer da sua função típica e da sua obrigação de atender quando provocado.

1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é conceituado como o entendimento de forma extensiva da norma com base na constituição vigente. A fim de garantir a efetividade do direito, o magistrado acaba por estender o alcance material ou formal da lei a uma situação não evidente ou aparente na norma, pautando sua interpretação no conjunto da leitura.

O ativismo judicial surge como fruto de uma decisão judicial da Suprema Corte americana, quando dispôs acerca da segregação racial.

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos. (GOMES, 2009, p. A2)

Entende-se que o ativismo judicial requer que a constituição vigente seja garantista ou dirigente, pois somente com base em direitos supralé-gais, previstos em documento imperativo de superioridade hierárquica para com as demais normas, é que se pode justificar o ativismo judicial, visto que este necessita de um direito previsto mas não contemplado por lei específica. É preciso que se busque no judiciário a garantia do direito,

o qual não está sendo aplicado devido à falta de regulamentação ou à falha na mesma.

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificara atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2010, p.07)

O código civil brasileiro prevê que o juiz não pode se eximir de julgar uma causa que é trazida ao judiciário, e quando houver lacuna ou obscuridade na lei, deve decidir com base na equidade ou nos princípios já existentes no direito brasileiro. “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 2015). Acaba que o magistrado precisa resolver a demanda judicial mesmo quando não existe previsão legal que trate do caso concreto, portanto, sendo a jurisdição uma função típica do poder judiciário, surge o ativismo judicial.

O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão. Esse tom de denúncia associado à expressão “ativismo judicial” tem se dirigido, tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à paradigmática Corte Warren. Nos últimos anos, o reverso da moeda também se verifica, com artigos que demonstram que o ativismo também pode estar presente em cortes de tendência conservadora. Hoje, por exemplo, alega-se que a Corte Rhenquist,

apesar de sua matriz conservadora, foi bastante ativa judicialmente.
(VALLE et VIEIRA et TAVARES, 2008, p.21)

A obrigatoriedade da emissão de uma solução para o litígio impõe ao juiz a obrigação de emitir uma decisão para o conflito do caso concreto. O magistrado sempre utilizará a lei como base para fundamentar as suas decisões, mas nos casos em que não for possível a utilização da norma, seja pela inexistência da previsão legal sobre a situação ou por conta da inadequação da regulamentação ao caso prático, o juiz terá de pautar a sua decisão em aspectos mais gerais e abrangentes do nosso ordenamento jurídico, como por exemplo os princípios constitucionais ou as normas sociais que regem a nossa sociedade.

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL

A República Federativa do Brasil traz no texto de sua Constituição Federal de 1988, o princípio da separação de poderes, estabelecendo os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A constituição tem em seu texto: “Artigo 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988, p.11).

Para que os poderes continuem harmônicos entre si e consigam exercer suas atribuições com autonomia, a constituição delimita suas funções típicas e estabelece as atípicas, que seriam as ações possíveis de serem exercidas por cada uma das forças.

O Poder Executivo tem como funções típicas executar as leis já existentes, regulamentá-las no que for necessário, executar as políticas públicas, gerenciar o orçamento, atuar nas esferas federal, estadual e municipal. Tem por função atípica a elaboração de medida provisória, documento que possui força de lei e julga defesas e recursos administrativos.

A funções típicas do Poder Legislativo consistem em legislar, criar leis, fiscalizar as contas, finanças e patrimônio do poder Executivo, atuando nas esferas federal, estadual e municipal. Tem como funções atípicas controlar sua própria organização, provendo cargos e estabelecendo férias e licenças, além disso, o Senado é responsável por julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

O Poder Judiciário tem como funções típicas a função jurisdicional, ou seja, dirimir os conflitos que lhe são apresentados acerca da aplicação das leis, atuando também nas esferas federal, estadual e municipal. Já como funções atípicas precisa controlar sua própria organização, provendo cargos e estabelecendo férias e licenças, e elaborar seus próprios regimentos internos.

A constituição traz em seu escopo as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes como é possível perceber no artigo 70 do capítulo da organização dos poderes:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL, 1988, p 56.).

O fato de cada um dos poderes possuir funções típicas e atípicas gera um equilíbrio necessário para uma convivência harmoniosa entre as três esferas. O ativismo surge da função típica do Poder Judiciário de dirimir os conflitos que lhe são apresentados acerca da aplicação da lei, já que muitas vezes sua interpretação pode acrescer ou alterar o contexto esperado, implicando na sua aplicabilidade.

3. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial é o termo que caracteriza a função interpretativa e criativa dos tribunais em relação às normas ou casos concretos, visando garantir o efetivo cumprimento das garantias constitucionais. Esse ativismo acaba por gerar jurisprudências, o que assegura às partes do caso concreto em questão uma solução para seu litígio e o atendimento de suas necessidades no momento que buscarem o Poder Judiciário.

O professor Luís Roberto Barroso (2010) diferencia ativismo judicial e judicialização da seguinte forma:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm

as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já 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 certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2010, p.03)

Segundo o conceito exposto, esse tipo de ativismo tem como finalidade solucionar os conflitos entre as pessoas as quais buscaram o judiciário para que seus conflitos fossem resolvidos por meios imparciais e, portanto, com uma decisão justa para ambas as partes, visto que o poder não pode se escusar de julgar uma causa. Ao mesmo tempo que é uma maneira de o judiciário obedecer à sua função jurisdicional, é também uma invasão nos papéis dos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que passa a interpretar de forma expansiva as normas existentes, e muitas vezes, com o objetivo de proteção e efetivação das garantias constitucionais, os magistrados julgam sem precedente normativo, apenas pela hermenêutica jurídica expansiva.

Um dos conceitos que são utilizados para definir o ativismo judicial é:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em

detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2010, p. 129)

Acerca do ativismo judicial, podem ser observadas tanto opiniões que defendem sua realização pelo poder judiciário, por conta da morosidade do Legislativo e do Executivo no que diz respeito à elaboração e aprovação de leis, quanto opiniões que defendem que a prática deve ser evitada ao máximo pelo poder pelo fato de ofender a constituição e violar o princípio constitucional de separação de poderes, uma vez que o documento define as atividades típicas inerentes a cada poder.

Os que possuem opinião contrária ao ativismo judicial justificam esta posição com o fato de os tribunais não possuírem legitimidade democrática para legislar. Diferente dos poderes Legislativo e Executivo, não têm o objetivo de representar a população, não passam por eleições e, ao permitir a ocorrência do ativismo judicial, estariam deixando a efetivação das leis, e até mesmo sua criação, sob responsabilidade de jurisprudências, portanto, sendo aplicadas com base no subjetivismo do magistrado em vez da observação de diversos pontos de vistas e de várias opiniões, como ocorre no senado e na câmara legislativa. A aplicação da lei ou até mesmo sua expansão estaria condicionada apenas à visão do magistrado.

Daniel Souza Sarmiento (2007) afirma sobre a utilização dos princípios constitucionais para justificar o ativismo judicial:

Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível.

vel, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p.14)

O autor não apoia o ativismo judicial, pois acredita que o mesmo fere a segurança jurídica, o princípio constitucional da separação dos poderes, e impede uma previsibilidade do direito, dado que, com base no ativismo o magistrado poderia julgar conforme suas próprias convicções, sem necessidade de observar a lei, apenas invocando princípios constitucionais ao seu bel-prazer, o que molda a aplicação da norma conforme a sua vontade, inserindo a sua interpretação da norma ao julgamento do caso concreto.

Ronald Dworkin (1999) já é mais radical, acredita que o ativismo judicial é algo nocivo para toda a sociedade, que contamina as decisões que deveriam ser justas e fundamentadas em todo o arcabouço normativo com sua subjetividade, conforme segue:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN, 1999, p.451/452)

Mas também existe aqueles que se posicionam a favor do ativismo judicial, quem acredita que esta é uma ferramenta necessária no contexto atual. Dada a morosidade que é a elaboração de uma lei, desde sua criação até a aprovação, o judiciário deixa de atender, nesse meio tempo, as necessidades da sociedade como um todo, e com base no princípio da celeridade do judiciário, e visando dar respostas aos casos que batem à sua porta dia após dia com situações cada vez mais atuais, visto que a sociedade tem se alterado em um ritmo muito mais acelerado do que as leis.

Luís Roberto Barroso (2009) afirma que o ativismo judicial é conveniência do juiz, uma interpretação constitucional expansiva que visa

aplicar a norma discutida em consonância com a constituição, retratando qualquer erro do Legislativo, conforme exposto:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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. (BARROSO, 2009, p.09)

Outros estudiosos acerca do ativismo judicial afirmam que a separação dos poderes está mais flexível, e acreditam que se esta separação fosse feita atualmente com a mesma rigidez com a qual foi criada, traria mais prejuízos do que benefícios. Dessa forma, André Ramos Tavares (2008, p. 1027) elucida que:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbem de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. (TAVARES, 2008, p.1027)

O ativismo judicial vem ganhando espaço dentro do poder judiciário — com apoiadores e críticos —, resolvendo litígios entre partes ou então a inexistência de normas por meio da interpretação extensiva da lei ou da constituição, deixando para a subjetividade do juiz decidir as questões. Com a demora para a elaboração de leis e o ritmo de mudança da sociedade, o ativismo judicial se faz necessário, apesar de não deixar de ferir o princípio da separação de poderes, ao passo que está exercendo as funções típicas dos outros dois poderes: elaborar e aplicar leis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho tinha como objetivo analisar o ativismo judicial e a separação de poderes, além de suas implicações, positivas ou negativas.

A problemática deste tema gira em torno da mora legislativa, no que diz respeito à elaboração de leis e ao fato de que as leis acabam por tratar de cenários específicos ou gerais, ao ponto de não se amoldarem ao caso concreto o qual é discutido no processo em questão.

Os juristas não são uníssonos com relação ao ativismo judicial, discordando sobre ele ter uma quantia maior de efeitos benéficos ou nocivos ao estado de direito e à segurança jurídica. O fato de o poder judiciário não poder se eximir de julgar uma causa pela ausência de lei acaba por ser a base das decisões mais variadas acerca da realidade social, pois a interpretação é afetada por diversos fatores, desde vivências até contextos sociais. O magistrado, visando se resguardar e seguir pelo caminho mais acertado e aceito, e tendo como alicerce a Constituição Federal, tenta dirimir o litígio, solucionando a demanda com a resposta que este considera mais adequada e proporcional à situação; mas por se tratar de um litígio definido como um conflito de interesses, o processo acaba por gerar, na maioria das vezes, um vencedor e um ganhador e, por conseguinte, uma parte satisfeita e uma parte contrariada com a decisão proferida pelo poder judiciário.

Pode-se inferir do trabalho que o ativismo judicial, por mais que tenha efeitos nocivos à convivência harmoniosa entre os poderes e à segurança jurídica, acaba por ser necessário, uma vez que o poder judiciário não pode se eximir de solucionar uma demanda a ele trazida — que infelizmente é sabida à mora legislativa —, seja pela própria burocracia institucional necessária acerca da elaboração das leis ou pela falta de interesse dos legisladores na discussão ou aprovação de determinados projetos de leis, seja por conta do assunto ou da relevância.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: _____ BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova interpretação Constitucional: Pon-**

deração, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 10. nov. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13. nov. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.**

BRASIL. Lei nº 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.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em : 21 mai. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?** Fonte: O Estado de São Paulo, 2009, espaço aberto, p.A2. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>> Acesso em: 11. nov. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo. –40. ed., rev. e atualizado até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016.** São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, Rodrigo de Souza. VALLE, Vanice Regina Lírio do. VIEIRA, José Ribas. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Organizadora Vanice Regina Lírio do Valle. Curitiba: Juruá Editora, p.21. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em 29. mai. 2021.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”**. Revista Direito GV Vol. 8, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. pp. 407/440.

O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO LEGITIMIDADE DE UM ESTADO TOTALITÁRIO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE CARL SCHMITT

*Raniella Ferreira Leal*⁴

*Emanuel José Lopes Pepino*⁵

INTRODUÇÃO

Legalidade e legitimidade são conceitos fundamentais para qualquer discussão que envolva o modelo de governo implantado em um determinado grupo social. Ainda assim, a discussão é relativamente recente, aparecendo em conjunto com o Estado moderno onde passou-se a considerar, como um de seus elementos de validade, a autonomia de vontade do indivíduo em si, considerando-a como parte integrante do corpo político dotado de liberdade e racionalidade. Ou seja, a soberania popular se

4 Advogada, Pesquisadora, Pós-graduada em Prática Processual Civil, Integrante do Núcleo Interinstitucional de Pesquisa em Gêneros e Sexualidades (NUPEGES), Integrante da Comissão Nacional da Mulher (CNA), Advogada Voluntária e Coordenadora de Assistência Jurídica da Plataforma Lince - projeto de assessoria jurídica gratuita a imigrantes, refugiados e apátridas.

5 Doutor em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq “Hermenêutica e Jurisdição Constitucional”, da FDV-ES. Professor de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Direitos Humanos. Advogado.

tornou um dos elementos e parâmetros da legalidade estatal do Estado e a legitimação de seu poder.

Devido à cultura política autoritária que se instala em determinados governos, o presente trabalho objetiva analisar se a Constituição Brasileira de 1937, ante a previsão normativa de um Estado Democrático de Direito, pode ser considerada legítima.

Nesse sentido, na tentativa de responder essa questão que tanto nos inquieta, iremos percorrer as teorias de Carl Schmitt e Francisco Campos da seguinte forma: discorrendo, no primeiro capítulo, acerca das diferenças essenciais entre legalidade e legitimidade, trazendo à tona os elementos fundamentais em que se pautam esses institutos.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisaremos a teoria de Schmitt sobre legitimidade e sua crítica à Constituição de Weimar ante o seu desencontro diante do Estado Democrático de Direito.

Por fim, analisaremos a cultura política do autoritarismo, discutindo a teoria apresentada por Campos e sua justificativa ao conceituar como legítima a Constituição Brasileira de 1937.

1. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS

O conceito de legitimidade se materializou através do direito romano, atribuindo a vontade do povo como parte fundamental e competente no processo de formação de seu texto normativo (DINIZ, 2006). A partir dessa passagem histórica e do surgimento do Estado moderno, atribuiu-se como critério da legitimidade o próprio indivíduo enquanto ser dotado de liberdade e racionalidade, não se tratando de obedecer unicamente a autoridade estatal em virtude de orientações divinas, mas considerando o indivíduo como parte do corpo político em detrimento de sua autonomia de vontade.

A soberania popular passou a ser parâmetro para a construção do Estado e Legitimação da manutenção do poder, tornando como base à Constituição a materialização desse ideal (MARIANO, 2009). Ao analisarmos os institutos em que se pautam a democracia contemporânea enquanto representação do estado democrático de direito, se torna arriscado dissociá-los do Estado voltado ao resultado econômico e à garantia da

efetivação dos direitos fundamentais que se materializam na condição do cidadão livre.

O Estado se estabelece com o objetivo de produtividade econômica, na realização da justiça ou na satisfação da sociedade, não pela busca da liberdade entre cidadãos, mas uma ligação de escassez, onde a satisfação de suas necessidades depende de todo o seu conjunto, ou seja, de todos os seus elementos como um todo e indivisível (SALGADO, 1998). A organização do poder estatal tem como fundamento a declaração do direito da pessoa, garantindo assim sua legitimidade pautada na vontade popular.

Contudo, antes de analisarmos a legitimidade do Direito em si, se torna essencial discutirmos porque ele deve ser seguido. Alguns teóricos modernos afirmam que a soberania não pertence ao príncipe, sendo este apenas um depositário durante o tempo de exercício de seu poder estatal (BODIN, 1579).

Já para Thomas Hobbes (1651), a soberania não se concretiza na vontade popular, mas na figura do rei soberano, pelo qual a sociedade, através de um acordo hipotético, renuncia a sua liberdade para dar ao rei o poder de governar.

Contudo, Rousseau (1762), alertando quanto à problemática da associação de pessoas perante a vontade geral, defende que a associação de pessoas ao buscarem seus interesses particulares podem levar a vontade geral ao erro. Deste modo, essa vontade não estará pautada no bem comum, mas sim na busca da legitimidade dos interesses da vontade de todos.

Assim, caberá ao Direito, através da figura do Estado, a legitimidade para a manutenção da organização social, devendo o legislativo materializar a vontade social por meio da produção normativa.

Nesse sentido, ao analisar o conceito de legitimidade do Estado, pulamos alguns séculos e passamos à exploração da teoria de Weber, para quem a legitimação se estabelece a partir de três tipos puros de dominação legítima: a dominação legal, a tradicional e a carismática — considerando como conceito de dominação a probabilidade de determinadas pessoas obedecerem a um certo mandato com determinado conteúdo (WEBER, 2002).

O entendimento teórico se estabelece com o princípio da obediência costumeira, com a possibilidade de se deparar com a obediência para certo mandato através de um conjunto de indivíduos com atitudes já pré-es-

tabelecidas, seja de maneira voluntária ou automática, mas que já esteja inserida de forma cultural em determinado grupo de pessoas.

São inúmeras as razões que levam as pessoas a obedecerem à determinada ordem. Contudo, mesmo que esses motivos ultrapassem o subjetivismo, o conteúdo desta norma será base fundamental para a construção da ordem social em determinado grupo de indivíduos.

Se as razões de obediência se pautassem unicamente em questões individuais, se tornaria instável a relação estabelecida entre dominante e dominado. Portanto, é necessária a análise de questões que vão além dos elementos individuais que estabelecem uma condição mínima na ordem de dominação vigente, denominada por Weber como a “base da legitimidade” (WEBER, 1981).

Passando a análise pelos tipos puros de dominação elencados por Weber, sua legitimidade deve ser observada através da ótica do indivíduo dominado, o qual deve considerar a exigência do conceito de dominação como a probabilidade de obediência e, por outro lado, a especificidade da estrutura da dominação, justificando as diferenças hierárquicas da vontade dos indivíduos em face daquele que pratica a dominação.

O primeiro tipo de dominação, a dominação legal, é pautada através da imposição do poder da autoridade pela legalidade e pela estrutura normativa com regras preestabelecidas nas quais, para Weber, se estabelece o Estado moderno.

Já a dominação tradicional se baseia nas justificações internas, onde a autoridade se estabelece na figura do patriarca e os costumes de respeitá-los já estão enraizados entre os indivíduos.

Por fim, a dominação carismática se firma na confiança depositada em alguém que se distingue por suas qualidades e carisma.

Com o surgimento do Estado moderno, difundido no ocidente no século XVIII, passou-se a desenvolver uma estruturação de exigências estabelecidas pelo Estado. A autoridade estatal não precisa ser munida de carisma, precisa apenas ser capaz de fazer uso da estrutura que compõe os instrumentos de gestão do Estado, elaborada pelo órgão que positiva as leis, o qual possui a possibilidade de se impor no meio social.

O Estado, enquanto mantenedor da organização social através da atividade legiferante, impõe normas a serem seguidas até mesmo por aqueles

que não consentem este imperativo, sendo coagidos pelo Estado que se demonstra como o mantenedor legítimo desta violência (WEBER, 1981).

A relação que existe entre a legalidade e a legitimidade origina apreensão contínua no meio social, onde as normas estabelecidas pelo Estado e sua forma de dominação são resistentes à racionalização, como através da dominação carismática, por exemplo, a qual pode ser exercida como condição excepcional.

Já o teórico alemão Immanuel Kant (2007), ao tratar do conceito de legitimidade o correlaciona com a moralidade. Kant afirma que a moralidade se fundamenta na boa vontade e no dever. A boa vontade não é tão somente boa pela sua realização ou por aquilo que venha a proporcionar, mas sim pelo querer; portanto seu resultado se dá em si mesma, devendo ser avaliada além do que a sua intermediação proporciona.

O homem possui a necessidade de obter justificações para agir, tendo em vista que nenhuma ação que provenha de uma justificação tirada de uma mera sensibilidade merece ser qualificada como moral, afirmando que não há outra explicação para uma ação humana por dever senão o respeito à lei de quem lhe ordena cumprir o dever.

Num ser racional, é na representação da lei que se pode determinar a boa vontade, tendo em vista que a obediência à lei independe de seu conteúdo. A mera conformidade com a lei constitui o princípio de uma boa vontade.

Quanto aos motivos da vontade, Kant afirma que só cabe à moral estabelecer os conceitos do bem e do mal. Se a vontade fosse estabelecida apenas de acordo com a lei, seria apenas um mero conceito de legalidade e não de moralidade, quando na verdadeira lei moral deve determinar a vontade.

O conceito do dever também se correlaciona com a autonomia da vontade para Kant: o homem não deve ser tratado pelo legislador como um mero objeto, sendo fundamental que ele seja o próprio autor da lei. Assim, a obediência à lei não se fundamenta no simples cumprimento da legalidade, mas porque o próprio indivíduo a fez. O indivíduo deve ser o próprio autor da lei e por isso ele a obedece.

Ao conceituar moralidade e legalidade, Kant afirma que a liberdade interna do homem é a justificação de sua liberdade. Para Kant, o direito

trata da liberdade externa do homem, portanto, tanto o direito quanto a ética tratam de liberdade, mesmo que através de perspectivas diferentes.

Nesse sentido, a liberdade tratada como autonomia se baseia no princípio do indivíduo moral, o qual não precisa obedecer a outras determinações que não sejam estabelecidas por ele. Sendo que o controle da legislação só é possível de ser realizado pelo titular desta soberania, ou seja, o próprio povo e não o Estado (MAUS, 2009).

A dialética de Kant estabelecida entre moralidade e legalidade se fundamenta no fato de que a legitimidade da lei e seu consentimento moral resultam da participação dos indivíduos no processo de sua elaboração, de acordo com o princípio da soberania popular.

2. A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E A TEORIA DE SCHMITT

A legitimidade em seu aspecto formal encontra realização na manifestação da vontade popular e não na organização do poder. Segundo uma divisão de competência para o seu exercício, tem de buscar seu complemento no conteúdo axiológico do direito, declarado como suporte neste poder (SCHMITT, 2007).

Segundo Schmitt, o Estado Democrático de Direito tem como origem a vontade popular, tendo em vista que a sua declaração se materializa nos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, organizado por este princípio de legitimidade e pela divisão de competência no exercício do poder, que se materializa segundo o princípio da legalidade ou de decisão conforme a lei e não pelo arbítrio da autoridade.

O Estado estabelecido com base no princípio da igualdade é um Estado Democrático, tendo em vista que este trata a igualdade dos cidadãos — enquanto ser livre — na medida em que se exerce a liberdade com autonomia pública da vontade, pautada na participação da criação de lei que o rege, concretizando assim o exercício da liberdade como direito político (SCHMITT, 2007).

O Estado Democrático de Direito estabelece um diálogo material e formal entre a legitimidade formal, baseada na origem e divisão dos poderes, na validade material, na racionalidade da declaração de direitos, e na validade formal entre as normas e os atos de autoridade.

Já o Estado de Direito se materializa no Estado da legalidade, onde o legislativo, na representação parlamentar, elabora normas jurídicas as quais devem ter a característica de se perdurarem no tempo e não de aspecto de reedição, apenas para solucionar uma eventualidade.

Nesse sentido, uma autoridade legítima é aquela que assumiu o poder segundo o princípio da legalidade e encontra sua origem na legitimidade formal. Assim, suas ações não podem operar efeitos jurídicos se não estiverem conforme a lei (SCHMITT, 2007).

O político é inserido no meio social, através da figura do Estado, por meio da vontade social. Já o direito é idealizado com base na razão e positivado por meio do ato de vontade, a fim de dar existência ao seu conteúdo estruturado pautado na razão.

Assim, se o poder se fundamenta pela razão visando o bem comum social, restará caracterizado o Estado de Direito. Em contrapartida, se a razão, como instrumento para sua ação, obtém como fim e objetivo o próprio poder, restará o Estado autocrático.

Para Schmitt (2007), mesmo que o Estado esteja estabelecido de acordo com a teoria da soberania e como guardião da constituição, ele não deve se mostrar como Estado totalitário, mas sim como um Estado ético.

O Estado de Direito é o Estado da legalidade, devendo, portanto, ser Estado legiferante parlamentar, onde o legislativo, na forma da representação parlamentar, elabore leis que se prolonguem no tempo, devendo haver distinção entre a criação da lei e sua aplicação, sendo a última pautada no órgão do poder executivo operante e autônomo (SCHMITT, 2007).

Com base em sua teoria, Schmitt criticou a forma como se materializou a Constituição Alemã, conhecida como a Constituição de Weimar, a qual levantando diversos debates e sendo avançada para sua época, dispunha de declaração de direitos sociais, tradicionais e individuais, objetivando um ideal de igualdade material e de democracia social. O alcance e as possibilidades da Constituição, em contrapartida, limitavam os direitos individuais em prol da coletividade (SCHMITT, 2007).

Em meados do século XX o governo alemão passava por uma transição política, trazendo diversos conflitos civis. Schmitt afirma que os motivos da crise alemã se baseiam pelo desacordo com a Constituição de Weimar, tendo em vista que a Constituição estabelecia um sistema coor-

denado através do parlamento, obtendo como característica a neutralidade em relação à atividade legiferante.

Em contrapartida, o texto constitucional, estabelecendo diversos direitos e obrigações aos cidadãos alemães, se pautava em uma ordem protegida pelo órgão estatal. Contudo, a contradição presente no texto constitucional se mostra evidente, de acordo com Schmitt, ao fazer uso do termo “direitos e obrigações fundamentais dos alemães”, sendo esta expressão uma representação de “contraconstituição” em detrimento das tensões políticas ocorridas no território alemão (SCHMITT, 2007. p 53).

A solução apontada pelo teórico se fundamenta no texto constitucional em detrimento das normas que estruturam o sistema legiferante, tendo em vista a legitimação dessa “nova” Constituição pautada na figura da autoridade estatal enquanto fonte de carisma proveniente de uma ordem pré-democrática (SCHMITT, 2007).

Schmitt afirma que autoridade estatal em face da neutralidade do Estado legiferante se baseia no entendimento de povo e democracia, sendo esta a “[...] identidade entre soberano e súdito, governante e governado, comandante e comandado.” (SCHMITT, 2008. p 264). Heinrich Brüning, chefe do governo Alemão à época da crise, passou a basear suas ações, se valendo da decretação do estado de emergência como uma técnica de governo, com a justificativa de combater a crise econômica.

A constituição de Weimar colocou em perigo a estrutura do sistema de legalidade do Estado legiferante parlamentar. As decisões constitucionais que possuem como fundamento questões políticas, tendo em vista o tipo de Estado em que a Constituição como princípio constitutivo está estabelecida, serão hierarquicamente superiores às demais normas enquanto outro sistema igualmente hierárquico não for instaurado.

Segundo o autor, a democracia não se confunde com o parlamentarismo e esta distinção ocorre devido à definição de povo, o qual tem como principal característica o caráter de uma entidade não organizada que lhe atribui o papel passivo nas decisões da autoridade estatal.

Considerando que sua eleição se deu através do sufrágio universal, o presidente do Reich se demonstrava detentor da ordem constitucional e da vontade dos alemães, de acordo com as disposições presentes na Constituição de Weimar.

Assim, ante a conduta do governo e a previsão constitucional, os atos do presidente se demonstravam em desacordo com a aclamação do povo frente aos atos praticados pelo próprio governo (SCHMITT, 2006).

Tendo em vista que a Constituição visa a possibilidade de proteção e defesa da República, as questões políticas não podem servir de gatilho para o surgimento de uma forma de dominação ilegítima que, segundo Weber, se fundamenta na naturalização da relação entre poder e sociedade (LEFORT, 2011).

Assim, torna-se necessário a análise dos limites dos poderes de emergência do Poder Executivo e a importância de um convívio harmonioso, mesmo que autônomo, entre os poderes.

Como resultado da obediência à lei, não é atribuída legitimidade do direito se o controle da legislação não for realizado pelo próprio titular desta soberania, ou seja, o próprio povo, como afirma Kant.

Para que a moralidade e a legalidade sejam fundamentadas é necessário que a legitimidade da lei e seu consentimento moral resultem da participação dos indivíduos no processo de sua elaboração, baseado no princípio da soberania popular.

Para Schmitt, o soberano é “aquele que decide sobre a exceção”, assim, a política não deve coincidir com a ordem jurídica, já que a segunda se caracteriza pela permanência e normalidade, enquanto a primeira é caracterizada pela exceção (SCHMITT, 2006. p 7).

É nesse sentido que Schmitt afirma que, segundo interpretação do texto normativo da Constituição alemã de 1919, ao tratar do estado de emergência levanta um questionamento sobre os Estados-membros alemães serem ou não Estados, tendo em vista a limitação da soberania dos Estados ao conferir plenitude ilimitada de poder.

Deste modo, o estado de emergência somente deveria se aplicar sob a validade dos princípios jurídicos, assim, a ordem se estabelecerá para que a ordem jurídica fizesse sentido (SCHMITT, 2006).

Para Schmitt, o Estado Total representa o fim da distinção entre Estado e sociedade e entre Estado e economia, com a perda do monopólio político por parte do Estado.

Nos dias de hoje, a Constituição que não ousar tomar uma decisão, mas que no lugar de uma ordem substancial queira iludir as classes combatentes, as tendências e as metas traçadas com discursos de que, de forma

legal, não sairão prejudicadas e que alcançarão legalmente toda a meta partidária e que poderão aniquilar todos os seus opositores, já não é mais possível nem mesmo como acordo dilatatório desprovido de base consensual. Ela também acabaria destruindo, no resultado prático, sua própria legalidade e legitimidade. No momento crítico em que precisasse se afirmar, a Constituição ver-se-ia fadada a fracassar (SCHMITT, 2007).

3. O AUTORITARISMO COMO CULTURA POLÍTICA

Francisco Campos, protagonista da constituição brasileira de 1937, repelia a participação do parlamento nas tomadas de decisões (BUENO, 2016).

Ao desenvolver o modelo teórico do constitucionalismo antiliberal, Campos vai ao encontro da teoria de Schmitt quando o conceitua como um modelo de Estado que pretende uma legitimação democrática distinta da representação parlamentar (DOS SANTOS, 2007).

Campos, além de condensar as ambições políticas de Getúlio Vargas, define quais serão os modelos antiliberais aplicados ao Executivo para a materialização da estrutura de um Estado Novo, a qual se orientava pelo estado de emergência, sendo base estrutural da Constituição da República em 1937, pautando sua legitimação através do plebiscito, o que nunca havia ocorridodurante toda a vigência do governo à época (CAMPOS, 2001).

A fim de fundamentar seus argumentos acerca da soberania do Estado, Campos trata a sociedade moderna utilizando o termo “sociedade de massas”, a qual está inserida no cenário político, possui caráter plebiscitário, e resulta em decisões meramente políticas pautadas sob o viés irracional que traz consigo a influência decisiva dos debates ideológicos enraizados pela violência. Portanto, é necessário que o povo reconheça o seu Estado como instrumento da sua unidade e da sua soberania (CAMPOS, 2001).

Campos atribui legitimação à interferência do Estado nas relações individuais alegando que seria este quem sofreria as consequências caso estas relações não visassem o bem comum. Deste modo, o objetivo do Estado é a garantia da organização social a fim de afastar a insegurança e as incertezas. Tendo em vista que “[...] o mundo jurídico, que é essencialmente o

mundo da segurança e da ordem, baseia-se, além do postulado da justiça, nos postulados da certeza e da duração.” (CAMPOS, 2001, p. 83).

Nesse sentido, apenas os indivíduos membros da Nação merecem proteção do Estado quando seu interesse pessoal não diverge da comunhão nacional. Campos justifica que o Estado Novo não visava a manutenção do poder, mas a pessoa humana, deixando de lado “[...] a hipocrisia liberal, que consiste na afirmação de que o direito público termina onde termina a política.” (CAMPOS, 2001, p. 194).

O autor associa a virtude do Estado Novo à figura de Getúlio Vargas, sendo este, portanto, o responsável pela realização política dos seus institutos que se materializa na vontade soberana, na qual consolida a cultura autoritária como base da estrutura da ditadura militar.

Reconhecendo a importância do Legislativo como órgão essencial do governo, Campos assume que a sobrevivência da democracia depende da qualidade das decisões. Contudo, a falta de popularidade das câmaras torna o legislativo inadequado para a função a qual lhe é conferida (CAMPOS, 2001).

Campos afirma que esse problema não se resolve pelo sufrágio direto e universal, tendo em vista que a grande massa se deixa levar pelas emoções em questões políticas, e fica alheia às questões essenciais do Estado e da coisa pública. Segundo o autor, a Constituição de 1937 não retirou o direito ao sufrágio universal, mas,

[...] reservou-lhe o papel próprio ou a função mais adequada à sua natureza. Ao sufrágio universal são submetidas apenas as questões que são da sua competência própria, questões essencialmente políticas, eminentemente políticas, colocadas em termos simples e gerais, suscetíveis de interessar realmente o povo e para cuja decisão não se exija da massa eleitoral senão a vista panorâmica da vida política. [...]

É necessário que se devolva a questão do poder à sua origem, a fim de que a dúvida de legitimidade, com a qual é incompatível qualquer governo, seja definitivamente dissipada, repondo na normalidade um governo que se declara em estado de crise. (CAMPOS, 2001, p. 52 - 53).

Diferente do pensamento de Oliveira Vianna (2019), o qual afirma que o voto não confirma a manifestação e opinião popular tendo em vista a corrupção que permeia em torno dele, havendo, portanto, outros meios mais eficazes de fazer com que a “massa” seja ouvida. Campos afirma o viés democrático pautado pelo Estado Novo, alegando que a democracia não se estabelece pelos seus valores ou pelos seus fins, mas sim pelos meios, tendo em vista que o objetivo principal do governo eleito sempre será a vontade da população.

Não haverá ninguém de boa-fé que dê como democrático um regime pelo simples fato de haver sido montada, segundo todas as regras, a máquina destinada a registrar a vontade popular. Seja, porém, qual for a técnica ou a engenharia de um governo, este será realmente democrático se os valores que inspiram a sua ação decorrem do ideal democrático (CAMPOS, 2001, p. 77).

O ideal democrático apresentado por Campos se pauta em repelir o privilégio. Deste modo, somente o Governo é quem detêm a capacidade de análise do bem comum social. Assim, Campos resume a igualdade apenas por meio do sufrágio universal, tendo em vista que todos os demais direitos são pressupostos em decorrência do direito ao voto. E uma vez realizado o sufrágio, cessa a relação entre cidadãos e Estado. Campos justifica a interferência Estatal como o único meio de garantir o bem comum social.

Contudo, mesmo havendo proximidade na teoria de Campos com Schmitt, ao fazerem uso do mesmo instituto normativo — ao tratar do estado de emergência, também chamado de estado de exceção — para Schmitt, apenas haverá interferência do Estado quando houver indícios de anormalidade, estando o mesmo, neste caso, amparado pelo estado de exceção.

É nesse sentido que Schmitt afirma que a exceção se faz necessária para que se possa observar e confirmar a regra geral, sendo, portanto, a exceção quem explicará tanto o geral quanto a si mesma (SCHMITT, 2006).

Schmitt, influenciado pelas reflexões de Hobbes, afirma que o estado de natureza do homem é a anormalidade. É nesse sentido que somente

o Estado possui competência para determinar a lei (SCHMITT, 1968), sendo este uma ordem superior devendo os demais poderes a ele ser submetidos (SCHMITT, 2006).

Assim, com a lei à disposição do soberano, cria-se um vínculo de obediência ao Estado (MACHADO, 2013), o qual se baseia na relação amigo-inimigo e legitima o poder do Estado voltado ao bem-estar do seu povo (SCHMITT, 2006).

Tanto para Schmitt quanto para Campos, a representação do povo se concretiza na vontade do soberano, onde a ação do Estado restará amparada quando este verificar a necessidade de sua interferência, na qual sempre será a decisão do soberano a mais justa.

Desse modo, mesmo o Estado atuando no estado de exceção, ainda estará amparado pela legalidade, sendo este ato considerado fora da normalidade ao ter o soberano como o guardião da constituição e da unidade política (MACHADO, 2013), mostrando, assim, o caráter autoritário dos dois governos.

Oliveira Vianna, ao se referir à Constituição Brasileira de 1937, demonstra os inúmeros direitos previstos na norma constitucional, direitos tanto de caráter individual quanto coletivo. Mas permanecendo, ainda, o cerceamento da liberdade do indivíduo.

O novo régimen reconhece, pois, que, em face do Estado, o indivíduo tem direitos imprescritíveis e inalienáveis, que devem ser respeitados e amparados: só o interesse do bem público legitima a intervenção do Estado para restringi-los ou discipliná-los. Nada mais inteiramente contrário aos sistemas de governo coletivistas ou totalitários, que negam qualquer direito ao indivíduo, salvo aqueles que lhe são conferidos pelo Estado (VIANNA, 1939, p. 166).

Diferente de Campos, Vianna afirma que o voto não legitima ação Estatal. Afirma que “eleições e eleitores não são coisas principais numa democracia”, mas um dos meios para se atingir um fim. Deste modo “[...] o que é principal numa democracia é a existência de uma opinião organizada.” (VIANNA, 1939, p. 232).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar do estado de exceção as teorias de Schmitt e Campos se aproximam, mesmo que ambos considerem distintos os motivos desta interferência estatal.

Nesse sentido, Schmitt considera que o estado de natureza do homem seja a anormalidade. Segundo a sua teoria, haverá legitimidade para a intervenção do Estado quando este pautar seus atos sob a garantia de uma ordem jurídica já pré-estabelecida na Constituição, o que é um dos pontos centrais de sua crítica à Constituição alemã de Weimar ao tratar a exceção como uma técnica de governo.

O governo pautado através da soberania popular passa a legitimar a limitação do poder estatal através de sua constituição, a qual deve garantir a manutenção das garantias da liberdade e racionalidade do cidadão livre enquanto indivíduo legítimo e parte integrante do corpo político.

Restando limitada a intervenção estatal através da origem pautada na vontade popular que visa a materialização dos direitos e garantias fundamentais, a legitimidade do governo estará configurada para atuar conforme o Estado Democrático de Direito.

Contudo, diferentemente dos argumentos elencados por Schmitt, Campos, apesar de reconhecer a importância do texto normativo disposto na Constituição, afirma que a vontade popular se encontra representada ao realizar a escolha de seu chefe de Estado, ou seja, através do sufrágio direto e universal.

Apesar de reconhecer a importância do Poder Legislativo como órgão essencial do governo, Campos assume que a sobrevivência da democracia depende da qualidade das decisões, afirmando que esse problema não se resolve pelo sufrágio direto e universal, tendo em vista que a grande massa deixa levar suas emoções por questões políticas, ficando alheia às questões essenciais do Estado e da coisa pública.

Campos justifica que os atos do governo estarão legitimados ante seu objetivo final do bem comum a todos, mesmo que esteja em desacordo com a vontade social, tendo em vista que o Estado seria o único instrumento de sua unidade.

Nesse sentido, Campos, ao atribuir legitimidade à Constituição Brasileira de 1937, apenas consolida uma cultura política autoritária, dado

que o próprio texto normativo limitava a vontade popular apenas ao sufrágio direto e universal.

REFERÊNCIAS

- BODIN, Jean. **Les Six Livres de la Republique**. Lyon: Ien de Tourns, 1579. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Ah0L-z-at014C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BUENO, Roberto. **Francisco Campos e o autoritarismo brasileiro**. Um diálogo oculto com Carl Schmitt. Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas, v. 19, n. 1, p. 77-98, 2016.
- CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001.
- DOS SANTOS, Rogerio Dultra. **Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil**. Dados-Revista de Ciências Sociais, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan: Or the Matter, Forme, e Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil**. Londres: Andrew Crooke, 1651. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=L3FgBpvIWRkC&printsec=frontcover&hl=pt=-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso: 12 jun. 2021.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Arendt e Schmitt: diálogos sobre a política**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira: o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional / Cynara Monteiro Mariano**. – 2009.

- MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**. Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social ou, Principes du droit politique**. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=BWk9AAAAcAA-J&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10 jun. 2021.
- SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Trad. Tito Livio Cruz Romão. Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- SCHMITT, Carl et al. **La dictadura**: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletária. 1968
- V. DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio da Legitimidade no Direito Público romano e sua efetivação no Direito Público Moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VIANNA, Oliveira. **O idealismo da Constituição**. Brasileira. Campanha Editorial Nacional. São Paulo – Rio de Janeiro – Recife – Porto Alegre. ed. 2. 1939.
- V. SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poético**. In: Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr/jun., 1998.
- WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Esbozo de sociología comprensiva. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica. 2002
- WEBER, Max. **“La política com o vocación”** en Weber, E l político y el científico, Madrid, Alianza, 1981

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS: INOVAÇÃO A SERVIÇO DA DEMOCRACIA OU ALTERNATIVA TEMPORÁRIA À COVID-19?

*Carlos Eduardo de Araujo*⁶

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988, logo em seu artigo 1º, enuncia que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se como Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito possui uma dupla finalidade: a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos contra os arbítrios do Poder Público (JUSTINO DE OLIVEIRA, 1997).

O qualificativo democrático acrescido à concepção de Estado de Direito e, assim, configurando o Estado Democrático de Direito, é fundamental para caracterizar um espectro representativo, manifestado, sobretudo, com a eleição de representantes para compor a administração pública; e um participativo, através do qual ocorre a participação direta

6 Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Paulo desde 2010, tendo ingressado mediante concurso público de provas e títulos. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

da sociedade na gestão pública, destacando aqui as figuras da iniciativa popular, do plebiscito, do referendo, dos conselhos representativos e das audiências públicas.

Aliás, os valores ligados à igualdade e à liberdade, tanto individual quanto política, os quais a democracia moderna tem como base, conferem aos cidadãos meios de influenciar as decisões estatais, seja direta ou indiretamente.

A concepção de cidadania no Brasil que passa a ser expressamente considerada um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, inciso II, CF), passa a ter, a partir da Constituição Federal de 1988, um redimensionamento substancial.

É exatamente nesse sentido que, em sintética evolução histórica do conceito de cidadania, distinguem-se três momentos: (i) a cidadania na civilização greco-romana; (ii) a cidadania individualista do Estado liberal; e (iii) a nova cidadania no Estado social, cuja noção elementar reside em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção, é a ideia de participação (COMPARATO, 1996).

Surge, assim, a noção do cidadão colaborador, atuante, que participa de forma ativa na gestão dos interesses da sociedade junto à administração pública.

A participação da sociedade na gestão do interesse público junto ao Estado “visa principalmente a legitimidade dos atos da administração pública, embora, incidentalmente, possa servir a seu controle de legalidade.” (MOREIRA NETO, 1992)

É nesse contexto em que o exercício da cidadania ganha relevância, possibilitando que o cidadão seja protagonista na construção de sua própria história, de maneira que a cidadania ativa é um elemento que reflete os valores mais essenciais da sociedade, protegendo a dignidade humana e contribuindo para a legitimação da atuação estatal (LOPES, 2006).

Não é mais suficiente que a cidadania seja entendida e exercida apenas através do seu viés representativo, mas também através da participação efetiva dos cidadãos na gestão pública, influenciando, contestando, controlando e fiscalizando as decisões da administração pública.

Dessa forma, acerca da participação política, os poderes constituídos reconhecem os administrados como cidadãos completos, elevando-os de

sujeitos ao poder a verdadeiro *sujeitos de poder*, fazendo os governados participarem cada vez mais das tarefas da vida pública (MIRANDA, 2007).

É nesse cenário que, também no Brasil, ascende um debate decorrente da reivindicação em torno da participação da sociedade, onde os mais variados atores têm buscado maior participação social na gestão pública, o controle social sobre o Estado e a realização de parcerias entre o Estado e a sociedade civil (ALBUQUERQUE, 2004).

Um dos instrumentos que possibilita esta participação ativa do cidadão na gestão pública é a audiência pública, objeto do presente estudo.

1. AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Sendo um dos fundamentos constitucionais da República (artigo 1º, inciso II, CF), a cidadania materialmente considerada pressupõe a participação do cidadão na gestão pública como protagonista, de modo que os instrumentos que possibilitem o pleno exercício desta cidadania ativa tiveram o seu papel redimensionado face à disposição constitucional.

Nesse sentido, e ao lado de outros institutos como a iniciativa popular, o plebiscito, o referendo e os conselhos representativos, surgem as audiências públicas como forma democrática de participação da sociedade na construção e discussão das decisões a serem adotadas pela administração pública.

No contexto atual, em que se fala constantemente da crise do sistema representativo, parece não haver dúvidas de que a participação direta do cidadão na gestão pública⁷ aproxima os administrados da administração, de modo a garantir um aumento da legitimidade na atuação dos representantes eleitos no exercício de suas funções públicas mas, sobretudo,

7 É nesse contexto que se incorporou à gestão pública o conceito de governança (pública) que foi definida pelo inciso I, do art. 2º, do Decreto federal nº 9.203/17, como um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”; tendo como uma de suas diretrizes (art. 4º, inciso VIII) manter um processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo **apoio à participação da sociedade**. (grifo nosso)

para que a decisão a ser tomada esteja revestida de um caráter legitimador muito maior.

Importante verificar, neste ponto, um duplo papel informativo exercido pelas audiências públicas: “De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo “decididor”, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa.” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 1997).

Se tivéssemos que caracterizar um rito para a sua realização, o primeiro ato corresponderia à verificação da imposição de lei ou da necessidade determinada pelo administrador frente ao caso concreto para a sua realização. Especialmente na segunda hipótese, cabe ao administrador público apontar a possível solução ou alternativa àquela matéria, a qual será objeto da audiência pública.

Dessa forma, o próximo passo consiste em dar publicidade à solução a ser encaminhada para determinado assunto, a qual será objeto da audiência pública que se pretende realizar a fim de que os interessados em participar tenham prévio conhecimento do dia, data e horário em que ela ocorrerá, além das regras (de funcionamento) que a sua realização seguirá.

Esta divulgação deve ocorrer da maneira mais ampla possível, não devendo ser restrita ao veículo oficial de imprensa.

Na data previamente agendada deve estar presente o administrador público competente ou alguém por ele designado para coordenar os trabalhos da maneira mais democrática e neutra possível, com o intuito de garantir a máxima participação de todos os interessados que desejarem fazer uso da palavra, possibilitando, assim, o amplo debate da matéria.

Caso reste frustrado os objetivos da audiência pública convocada em razão do não comparecimento de interessados, embora a administração pública tenha cumprido com todas as formalidades necessárias para garantir a sua plena realização, não serão impostas sanções a nenhuma das partes, como parece ser intuitivo. Na verdade, a principal consequência neste caso é que a administração pública adotará a solução que entender ser a mais eficiente e correta ao caso concreto, sem que futuramente se alegue a nulidade daquela decisão sob a alegação de falta de participação popular.

Ao ser realizada a audiência pública, a qual é marcada pela oralidade das manifestações, é imprescindível que o conteúdo dos debates e ma-

nifestações seja reduzido a termo, lavrando-se ata, com a finalidade de registrar as conclusões advindas das manifestações de todas as partes, devendo posteriormente, e em prazo razoável, conferir total publicidade e transparência a este registro.

Divulgado o resultado da audiência pública, a administração deve decidir motivadamente — lembrando que, no Brasil, o resultado da audiência pública não tem efeito vinculante para a administração pública a menos que a lei assim expressamente dispusesse.

Assim, podemos afirmar que a audiência pública contribui como um fator legitimador da decisão administrativa a ser tomada, aproximando, dessa forma, a autoridade administrativa e os administrados, de modo que, caso a decisão adotada contrarie o resultado obtido na audiência pública realizada, a mesma deve possuir fundamentação devidamente motivada para tanto.

Essa aproximação entre administrador e administrados é fundamental para trazer concepções abstratas, extraídas de previsões legislativas, das quais se vale o administrador, para um plano empírico, real e concreto, no qual a participação do cidadão agrega um elemento de realidade fundamental para a construção de uma solução que reflita o interesse público concretamente existente diante da realidade social posta.

Postos os objetivos, a caracterização, e o rito que seguem a organização de uma audiência pública, sobretudo sob o prisma jurídico, é importante frisar um aspecto mais pragmático do instituto.

As audiências públicas, convocadas por imperativo legal ou por decisão do administrador público, naqueles casos em que exerce competência discricionária para tal, consistirão em um momento em que o administrador e os administrados interessados se encontrarão em um espaço físico para debater certo assunto, a fim de legitimarem uma decisão futura a partir dos elementos colhidos naquela oportunidade.

A organização de uma audiência pública envolve custos para a administração pública relativos à reserva de espaço e à organização da logística do local, a qual deve comportar adequadamente os administrados presentes e possibilitar que todos sejam devidamente recebidos, dispondo ainda de equipamentos próprios como som, microfone, telão, transmissão, gravação da audiência etc.

Deve dispor ainda de servidores públicos os quais participarão da audiência pública, seja na organização ou participando efetivamente dos debates, contribuindo, portanto, para o bom andamento dos trabalhos.

Existem, ainda, os custos relativos à publicidade e ao deslocamento, levando em consideração a possibilidade de ocorrer eventos imprevistos — como chuvas, enchentes, manifestações populares etc. — que podem dificultar o acesso ao local em que a audiência pública ocorrerá, frustrando, em última análise, a sua realização.

Soma-se a esta análise mais prática o fato de que, por vezes, as audiências públicas são agendadas em dia útil da semana e em horário comercial. Para todos os interessados em participar mas que desenvolvem atividade remunerada, a possibilidade de comparecer acaba sendo praticamente nula.

Conforme dito anteriormente, embora um dos objetivos da audiência pública seja o de aproximar administrador e administrado através da realização de uma audiência física a qual permita o debate e a troca presencial de ideias acerca de temas importantes para a sociedade, o custo de sua realização muitas vezes pode ser em vão, diante dos objetivos que podem não ser alcançados, por exemplo, caso compareçam pouquíssimos interessados — ou nenhum — para debater. É nesse sentido que são estudadas alternativas a fim de exponencializar a participação popular neste tão importante instituto.

E é neste cenário que surgem, diante das novas tecnologias, as audiências públicas virtuais como tentativa de garantir maior efetividade aos objetivos perquiridos pelas audiências públicas.

2. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS

O processo de inovação e as tecnologias disruptivas são aspectos relacionados, sobretudo, ao modo de produção capitalista, tendo em vista a necessidade de buscar soluções estratégicas na gestão de uma sociedade cada vez mais dinâmica e complexa.

Existe um estímulo para que novos produtos sejam desenvolvidos e novos serviços sejam ofertados ou prestados de uma maneira nova (inovadora), tendo em vista as inovações tecnológicas existentes. Busca-se, assim, a otimização de custos e processos para que a máxima eficiência seja sempre obtida.

Nesse sentido, a destruição criadora está na essência da dinâmica do capitalismo, sendo concebida como a força propulsora não só do sistema capitalista como também do progresso material, pois as novas tecnologias surgem como ondas, possibilitando o aumento da produtividade, do capital e do trabalho, de modo que o empreendedor se vale da inovação na busca de vantagens competitivas em relação a seus concorrentes. Assim, pelo processo de inovação ocorre a “destruição criadora”, pois o “novo” toma o lugar do “velho” (SCHUMPETER, 1982).

As vantagens advindas da inovação são cruciais para que as organizações enfrentem tempos de crise, em que há a retração de recursos, inclusive os públicos. Logo, a inovação se apresenta como solução apta a provocar maior produtividade na gestão pública, sendo, portanto, tema de acentuada relevância prática (NOHARA, 2017).

Em um mundo globalizado em que a tecnologia, sobretudo as plataformas digitais, possibilita a diminuição da distância física entre as pessoas, de modo que todos podem se comunicar de forma fácil e ágil independente de onde estejam, é que se visualiza a possibilidade do uso de inovações tecnológicas para a realização de audiências públicas.

É necessário verificar se os objetivos pretendidos com as audiências públicas podem também ser alcançados em caso de sua realização virtual, ou seja, se a realização de uma audiência pública virtual atingiria com a mesma (ou maior) intensidade os propósitos que seriam alcançados com a audiência pública realizada de maneira presencial.

Levando em consideração a gestão dos custos citados anteriormente relativos à realização de uma audiência pública (organização e deslocamento), parece ser intuitivo que eles seriam reduzidos com a realização de uma audiência virtual.

Os custos referentes à publicidade ainda existirão, ainda que realizada de forma virtual, tendo em vista a necessidade da maior divulgação possível a fim de se alcançar o maior número de interessados em participar.

O advento das mídias sociais possibilita que a administração pública se valha destes instrumentos para facilitar uma maior e mais célere divulgação das informações de sua gestão, incluindo aí a realização de audiências públicas. Contudo, os meios tradicionais de publicidade de audiências públicas devem ser mantidos (em jornal de grande circulação, campanha em rádio e televisão etc.), pois o uso das mídias digitais por parte da adminis-

tração pública para divulgar a realização das audiências é complementar, e não dispensa a necessidade de publicidade em outros meios comunicativos, com o intuito de atingir o maior número de interessados.

Desse modo, é possível garantir maior impessoalidade na divulgação, pois quanto maior e mais diversificada for, maior e mais variado será o público atingido por ela e, portanto, mais pessoas poderão participar e contribuir com suas percepções, evitando que a participação seja restrita ou direcionada a determinado grupo de pessoas.

Todavia, no referente aos custos com deslocamento e organização do evento, parece ser claro que ocorrerá uma considerável redução de valores e uma economia preciosa de tempo.

Ora, se a realização de uma audiência pública será na modalidade virtual, fácil é perceber que a administração pública terá uma logística muito menor relacionada à organização. Sem necessidade de espaço físico próprio para a sua realização, envolvendo menos pessoas e permitindo que todos os interessados participem de onde estiverem, sem deslocamento, basta o acesso à plataforma digital em que se dará a audiência pública.

Os problemas relacionados à mobilidade urbana, como congestionamentos, a demora no transporte coletivo etc., dificultam que as pessoas participem das audiências públicas, ainda mais pelo fato de elas ocorrerem, como mencionado, em horário comercial e em dias úteis da semana, momentos em que a maioria das pessoas está trabalhando e/ou desenvolvendo seus afazeres diários exigidos pela vida em sociedade, e não podem, portanto, se deslocar a certa localidade para participar da audiência pública.

Todas essas questões seriam mitigadas através da realização da audiência pública virtual. Com um celular, notebook, tablet ou outro equipamento eletrônico equivalente, qualquer pessoa, de onde estiver, poderia participar, acompanhar os debates e emitir opinião, desde que respeitadas as regras postas para a realização da audiência pública.

Sob esse ponto de vista parece extremamente vantajosa a realização da audiência pública em sua modalidade virtual, pois ao mesmo tempo em que permite uma maior participação dos interessados, também reduz custos para que ela aconteça de forma mais eficiente, acessível e transparente.

Embora seja atraente o uso de tecnologias para inovar a prestação de um serviço público ou desenvolver e ofertar um novo produto, o fato é que sempre deve ser sopesado os aspectos positivos e negativos embutidos

nas novas tecnologias, sobretudo para a gestão da administração pública, e com a questão das audiências públicas virtuais não é diferente.

Aliás, a inovação pode ser caracterizada como uma “inovação destruidora” (FERRY, 2015), visto que muitas vezes não é da obsolescência do antigo, do que se torna imprestável, que surge o novo. Na verdade, o antigo ainda é útil e rende bem a seus objetivos, mas a inovação ocorre como imperativo capitalista que destrói, ainda que sem necessidade latente, o que já existe e é ainda funcional (inovação que destrói).

Dessa forma, além de inovações eficientes, as quais geram modernização e inúmeros benefícios em termos coletivos, também podem ocorrer inovações que causam retrocesso na gestão.

É importante colocar esta perspectiva apontada por Luc Ferry na análise aqui realizada, pois as audiências públicas, conforme já visto, tem como objetivo principal aproximar o administrador do administrado a fim de que o último participe do processo de tomada de decisão, a qual ficaria revestida, portanto, de maior legitimidade.

Dessa ideia surge algumas questões relevantes. A primeira delas tange ao fato de que as reuniões virtuais, embora permitam maior celeridade e praticidade na comunicação, mantém (ou aumentam) a distância fática (material) existente entre administrado e administrador.

As audiências públicas são caracterizadas como a oportunidade em que o administrador e o administrado emitem suas colocações sobre determinado tema, debatendo, concordando ou discordando, mas sempre em busca de construir uma conclusão que atinja o interesse público.

Existem temas menos complexos e outros extremamente difíceis, que geram polêmica e clamor social. Além da possibilidade de participação com ideias e alternativas à solução de certa questão, a audiência pública, na prática, funciona muitas vezes como uma forma da população pressionar o administrador a adotar ou não determinada medida, ou seja, ela funciona como um termômetro social importante para verificar o grau de aceitabilidade do encaminhamento que se pretende dar a determinada temática.

Exemplo nesta situação seria uma audiência pública convocada para discutir temas como aumento de determinado tributo; aumento da tarifa de transporte público; aumento da alíquota da contribuição previdenciária; entre outros. São matérias que, além dos debates sempre acalorados, em virtude da repercussão social dos temas e da forma como a sociedade

atua, frequentemente resultam em uma pressão social sobre a administração pública para que certa medida não seja adotada, o que implica, por diversas vezes, na mudança de um encaminhamento decisório ou mesmo na não adoção de certa decisão nos termos inicialmente propostos ou idealizados pelo administrador público.

Quando se vislumbra a realização de uma audiência pública virtual, tudo o que foi exposto neste último ponto acaba sendo mitigado ou extinguido de fato. A participação, a postura das entidades representativas, dos sindicatos e dos munícipes interessados em determinada matéria, sobretudo nos grandes temas da sociedade os quais ensejam múltiplas soluções e pontos de vistas diferentes, alcança um grau de efetividade muito menor pela modalidade virtual.

A distância física nesses casos é fator limitante para que as manifestações sociais surtam efeito na modulação da decisão que a administração pública tomará sobre certo assunto e, conseqüentemente, a maior legitimação que é buscada na tomada desta decisão também será reduzida ou mesmo inexistente.

Embora pareça sedutora a utilização de novas tecnologias no âmbito da administração pública, deve sempre haver parcimônia em sua aplicação, levando em conta os limites e valores republicanos para verificar a viabilidade de sua implementação.

Diante do exposto, e tendo em vista que a inovação é uma realidade presente também no âmbito da administração pública, nos parece que a realização de audiências públicas virtuais deve seguir determinados parâmetros para que ocorram de forma efetiva e democrática.

Naqueles casos em que a exigência de audiência pública é feita pela legislação, ou seja, é a lei quem determina em caráter obrigatório que determinada matéria será objeto de audiências, a mesma deverá ocorrer por meio presencial.

Isso porque a legislação estabeleceu expressamente os temas tidos como mais relevantes e os quais necessitam ter a participação popular como imperativo legitimador da decisão.

Além disso, essas matérias elencadas pela legislação como capitais para a vida social, são aquelas que ensejarão as maiores polêmicas, debates e manifestações, de modo que a participação popular deve ocorrer em sua plenitude e da maneira mais democrática possível, aproximando material-

mente administrador e administrado para que seja construído o sentido da decisão sobre aquele caso concreto.

Nas outras situações em que a audiência pública ocorrerá, não por determinação legal mas pelo exercício de competência discricionária do administrador, o qual reputa necessária a participação direta da sociedade com o intuito de conferir maior legitimidade à decisão a ser tomada, a audiência pública poderá adotar um sistema híbrido: composto por um formato presencial mais simples e menos custoso do que uma audiência pública realizada na forma totalmente presencial, e pelo formato virtual.

Desse modo, a administração pública deve assegurar que as pessoas que desejam participar de forma presencial, assim o façam, abrindo também nesses casos a possibilidade de manifestação e participação para todos através do meio virtual.

Claro que a sociedade é dinâmica e que novos problemas e questões surgem com o passar do tempo. Assim, nos casos em que a realização da audiência pública não seja expressamente exigida pela legislação, mas percebe-se que o tema envolva assunto sensível ao corpo social, o administrador não só pode como deve optar pela realização de audiência pública inteiramente no formato presencial, a fim de exponencializar o caráter participativo e legitimador da decisão que se pretende tomar.

Nesses casos, portanto, ainda que fosse possível a realização de uma audiência pública híbrida, o administrador público deve, em razão da complexidade que determinada questão apresentar, optar pela realização de audiência pública em seu formato integralmente presencial.

A alternativa aqui exposta não visa negar peremptoriamente as inovações tecnológicas, as quais são inerentes à vida em sociedade. Na verdade, trata-se de separar as inovações tidas como eficientes e necessárias daquelas que possam ocasionar problemas e dificuldades ao interesse público.

Nesse sentido, aliás, destaca-se que “para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro.” (MARRARA, 2011). Este raciocínio deve ser aplicado não apenas em relação a assuntos gerais, mas também a objetivos específicos como a própria inovação (GABARDO, 2018).

Assim, se de um lado a audiência pública virtual propicia facilidade para o acesso e acompanhamento dos trabalhos por parte da sociedade, já que o acesso ocorre através de dispositivos móveis, notebooks etc., sem a necessidade de deslocamento físico ao local que devam ocorrer os debates, por outro, limita a expressão de forma mais contundente dos pensamentos da sociedade que, em muitos casos, são contrários ao quão propugnado pela administração pública em questões tidas como sensíveis ao corpo social.

Nesses casos, a distância física existente em uma audiência pública virtual é um fator determinante para que uma audiência pública não alcance a plenitude de seus objetivos, facilitando que, em muitos casos, decisões predeterminadas sejam formalmente ratificadas, transformando as audiências públicas em etapas pró-forma no processo de tomada de decisão da administração pública.

A realização de audiência pública obrigatória por imperativo legal, ainda que fosse realizada de maneira híbrida, importaria em simplificação perigosa de seu formato, visto que dificultaria o atendimento material de seus objetivos, ou seja, sob a roupagem de uma inovação democrática correspondente à modalidade virtual de realização de audiências públicas, diminuiria-se a efetividade da participação popular em modular o sentido de uma decisão da administração pública. Em última análise, a inovação, neste caso, transformaria a audiência pública em etapa pró-forma do processo decisório.

É importante frisar que sempre se deve possibilitar o acompanhamento de uma audiência pública através das plataformas tecnológicas, visando a maior transparência possível, de modo que qualquer cidadão possa escutar e/ou assistir os debates sobre determinada temática. Entretanto, a sua participação ficará condicionada à sua presença física para os casos de audiência pública obrigatória, garantindo, conforme já dito, uma participação material da sociedade a fim de evitar audiências públicas que visem apenas ratificar decisões pré-determinadas pela administração pública.

Por essa razão, para que as audiências públicas alcancem as finalidades pretendidas pela lei, em especial quando da fixação em razão da matéria e da obrigatoriedade de sua realização, é que elas devem ocorrer no formato presencial, garantindo, assim, maior legitimidade

na tomada de uma decisão, que sempre será motivada e deverá corresponder ao interesse público.

3. COVID-19 E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS VIRTUAIS

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou como pandemia a contaminação pelo coronavírus (COVID-19) originado na China e, atualmente, disseminado para praticamente todos os países do mundo.

No Brasil, infelizmente tal realidade não foi diferente. O estado de calamidade pública foi reconhecido pelo Decreto Legislativo Federal nº 6, de 20 de março de 2020, em virtude da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) de que trata a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Diante dos altos índices de contaminação da COVID-19, frente à dinâmica de fácil disseminação do coronavírus, o isolamento social se mostrou a medida mais eficaz de contenção da propagação da COVID-19.

Diante deste cenário, em que medidas governamentais e políticas públicas emergenciais precisaram ser adotadas, e onde leis precisam ser aprovadas como resposta à crise sanitária e econômica, a realização de audiências públicas ganhou um contorno interessante.

Isso porque a aprovação de determinadas legislações ou a adoção de certas políticas públicas ensejam a realização de audiências públicas.

Entretanto, em virtude da pandemia, questão pertinente que surgiu diz respeito a como compatibilizar ambas as necessidades de isolamento social e de realização de audiências públicas?

A opção viável e que foi adotada em muitos desses casos, em virtude da situação excepcional, foi a realização de audiências públicas no formato virtual, sobretudo para os casos em que a lei a exige obrigatoriamente.

Verifica-se, portanto, que a situação excepcional gerada pela pandemia decorrente da COVID-19 impediu que as audiências públicas pudessem ser realizadas de maneira presencial, em razão da necessidade de isolamento social.

Contudo, como não é possível a sua dispensa, em especial nos casos em que a lei prevê a sua obrigatoriedade, a modalidade virtual foi a alternativa utilizada em muitos casos para que a sua realização fosse possível.

Percebe-se, dessa forma, que a excepcionalidade advinda da pandemia ensejou a adoção de um mecanismo que possibilitasse a continuidade na realização de audiências públicas com a necessidade de isolamento social.

Em situações excepcionais adotam-se medidas especiais. Aliás, esta é a tônica da legislação existente⁸, sobretudo para os casos de pandemia ou epidemia, em que se possibilita excepcionar uma regra posta a fim de superar certo momento delicado que a sociedade atravessa.

Desse modo, o entendimento acerca da possibilidade de realização de audiências públicas virtuais se mantém o mesmo externado anteriormente (pela não possibilidade de sua realização de maneira integralmente virtual), excetuando-se situações especiais, a exemplo da atual crise sanitária advinda da COVID-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das audiências públicas como forma de expressão concreta da cidadania ganha relevo a partir das nuances apresentadas ao longo do presente trabalho.

Conforme discorreremos ao longo deste estudo, as audiências públicas consistem em uma das formas constitucionais de exercer a democracia participativa, através da participação direta da sociedade na construção de uma decisão a ser adotada pela administração pública.

Portanto, além de aproximar administrador e administrados na construção da melhor alternativa em questões sensíveis ao interesse público, busca também conferir um caráter de maior legitimidade à decisão que será tomada.

Mesmo com seus custos e percalços, a audiência pública continua sendo uma das formas mais eficazes da sociedade intervir, pressionar e

8 Exemplo disso pode ser extraído da Lei Federal nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, que estabelece, por meio de seu art. 73, § 10, que: no ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. (sublinhado nosso)

participar diretamente na gestão pública a ser realizada por aqueles que foram eleitos para tal atribuição.

Visando aperfeiçoar o instituto das audiências públicas, surgiu o questionamento acerca da possibilidade de aplicação das inovações tecnológicas em seu bojo com o intuito de otimizar a sua realização. Nesse sentido, discutiu-se acerca da possibilidade de realizar audiências públicas virtuais.

Em decorrência da COVID-19, a questão ganhou especial relevo pela excepcionalidade imposta pela crise sanitária, a qual exigiu da sociedade isolamento social como forma de evitar ou mitigar a propagação do coronavírus, e a necessidade de realizar audiências públicas sobretudo nos temas em que a legislação exige a sua realização de maneira obrigatória.

Embora as audiências públicas integralmente digitais venham sendo realizadas durante este período pandêmico, nos parece que apenas nesta situação excepcional tal possibilidade deve ser mantida.

Isso porque, pelas razões aduzidas anteriormente, as audiências públicas devem ser realizadas no formato presencial sempre que a lei exigir a sua obrigatoriedade, a fim de que os objetivos precípuos os quais justificam a sua realização para os administrados e para o administrador sejam garantidos.

Entretanto, a inovação tecnológica premente na sociedade atual não pode ser ignorada. Assim, nos casos em que as audiências públicas se realizem em virtude do exercício de competência discricionária por parte do administrador público, que julga a sua realização necessária, ainda que não exista exigência legal para tanto, pode ela ser realizada de maneira híbrida, em que o formato presencial, ainda que mais simples, será mantido e agregado com a possibilidade de participação dos administrados através do meio digital.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, M. Do C. Participação cidadã nas políticas públicas. *In: HERMANN, K. (Ed.) Participação cidadã - novos conceitos e metodologias*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.O.U. 191-A DE 05/10/1988, p. 1.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.O.U. de 1/10/1997, p. 21.801.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.O.U. de 23/11/2017, p. 3.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República, encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.O.U. de 20/03/2020, p. 1 - Edição Extra - C.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, D.O.U. de 07/02/2020, p. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRY, Luc. **A inovação destruidora**: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. **Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA)**, São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo (USP), vol. 5, nº 1, 2018.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. As audiências e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 153-167, jul. 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição de 1988. *In*: BONAVIDES, Paulo *et. al.* **Constituição e Democracia**: estudos

em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na administração pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, jul./ago./set., 2011.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial - fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: “destruição criadora” ou “inovação destruidora” do direito administrativo? **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 17, nº 194, p. 65-71, abr. 2017.

SCHUMPETER, Joseph. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A DIMENSÃO SOBRE A DITADURA MILITAR NO BRASIL

*Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*⁹

*Sílvio Góis Correia Neto*¹⁰

INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais se constituem no marco diferenciador do constitucionalismo moderno. Após a derrota, em 1945, das experiências totalitárias que desencadearam a Segunda Guerra, o constitucionalismo liberal é abandonado para dar espaço ao chamado constitucionalismo dirigente, ou intervencionista. Por este modelo, o Estado passa a intervir principalmente na atividade econômica, a fim de buscar um compromisso mínimo entre capital e trabalho. Passa a dilatar o rol dos direitos e garantias individuais, exigindo prestações do Estado antes inexistentes. A experiência da redemocratização brasileira após 1985 culminou com a Assembleia Nacional Constituinte eleita em 1986, que organizou e promulgou a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

9 Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza e Procurador do Município de Fortaleza.

10 Acadêmico de Direito na Universidade de Fortaleza e Pesquisador do Projeto Democracia, Pluralismo no Constitucionalismo Autoritário - O Supremo Tribunal Federal e a Constituição do Brasil de 1967/1969.

Dessa forma, se faz oportuno traçar um paralelo entre as Constituições brasileiras em um período de ditadura militar (1967/1969) e a atual Carta Maior do ano de 1988 nos aspectos da amplitude e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, confrontando o artigo 153 daquela com o artigo 5º desta. Nota-se, nesse sentido, o quanto aspectos mínimos da própria letra de lei, aparentemente indiferentes e que podem passar despercebidos, são capazes de influenciar ou não no controle que determinado grupo político exerce sobre a população, o que se transforma em uma linha tênue entre a ditadura e a democracia.

A evidência de que nos regimes totalitários e ditatoriais todo poder político está concentrado em apenas uma pessoa ou um pequeno grupo, os direitos e garantias fundamentais restringidos de forma considerável passa a ser elemento fundante da orientação de um novo constitucionalismo. O próprio conceito de autoritarismo revela esse traço negativo. Segundo Marilena Chaui (1995, p. 563):

Por autoritarismo entendem um regime de governo em que o Estado é ocupado através de golpe (em geral militar ou com apoio militar), não há eleições nem partidos políticos, o poder executivo domina o legislativo e o judiciário, há censura do pensamento e da expressão e prisão (por vezes com tortura e morte) dos inimigos políticos.

A ditadura militar no Brasil seguiu essa tendência. Conforme Lima (2012, p. 89), “empregou elementos ideológicos e legais que permitissem que os militares cassassem os poderes políticos, torturassem e matassem.”. No que diz respeito ao espectro normativo, convém destacar as Constituições de 1967 e, após o implemento do Ato Institucional nº 5, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 — uma verdadeira nova Constituição —, as quais buscavam tão somente atomizar o poder em torno da Junta Governativa Provisória a fim de justificar o poder de quem o conservava. Karl Loewenstein (1975, p. 219) definia tais constituições em sua classificação ontológica como constituição semântica.

Com razão, os constituintes dos anos de 1987/88 celebraram com entusiasmo a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988: tratava-se da primeira Constituição brasileira a tentar o chamado compromisso mí-

nimo entre capital e trabalho, sob base de ampliação democrática. Produto de pactos entre forças políticas de compromisso com o fim da ditadura militar de 1964 a 1985, a então nova Constituição Federal conseguiu impor em seu textos o horizonte do estado social de direito, motivo pelo qual é apelidada entre os juristas brasileiros de Constituição Cidadã: extenso rol de direitos e garantias fundamentais, pacto federativo de inclusão do poder local como entidade autônoma da Federação, nacionalização das riquezas naturais estratégicas, redefinição social do direito de propriedade (*il terribile diritto*, BECCARIA, 1973, p. 56), reconhecimento histórico das culturas africana e indígena na formação nacional, novo lugar da criança, do idoso e da mulher, nas esferas privada e pública da sociedade. Estava-se diante do mais avançado pacto constitucional brasileiro, uma base sólida para introduzir a participação popular nas políticas públicas e a implementação de instituições de fato democráticas no país.

O que resta hoje, porém, da Constituição Federal brasileira, transcorridos seus mais de trinta anos de vigência? Não muito: as “ilusões constitucionais” foram substituídas por discursos “neoconstitucionalistas” (BELLO, 2019), esvaziadores do forte sentido político e intervencionista que a assembleia nacional constituinte imprimiu em verdadeira luta contra os setores mais reacionários na sociedade brasileira. Adicionado a tal panorama, o Poder Judiciário cuidou de adiantar-se no que se pode chamar de reivindicações dos costumes. Se esta posição significa impulso positivo à desmarginalização de amplos setores sociais, como casamento de pessoas do mesmo sexo, proteção da mulher nas relações domésticas, e a política de cotas raciais nas universidades, há outro lado da Constituição que lhe é determinante e que não foi enfrentado na mesma disposição. Trata-se do centro intervencionista econômico da mesma Constituição: repartição de lucros, proteção das riquezas naturais, desenvolvimentismo com proteção do mercado interno e da indústria nacional, alteração do alcance e sentido no direito de propriedade a fim de definir o que seja a função social da propriedade. Se combinados estes pontos com aqueles da incapacidade recente do Supremo Tribunal Federal na manutenção da garantia da estabilidade política e de resultados de eleições transparentes, o débito em desfavor do Poder Judiciário perante a República torna atual as palavras de João Mangabeira, proferidas desde 1946 (1999, p. 86):

O órgão que, desde 1892 até 1937, mais falhou à República, não foi o Congresso. Foi o Supremo Tribunal Federal. Grande culpa teve, sem dúvida, o primeiro. Teve, porém, dias de resistência, de que saiu vitorioso ou tombou golpeado. [...] O Supremo Tribunal, erigido como supremo intérprete da Constituição e seu guarda supremo contra as tempestades do arbítrio, recuava, nos dias tempestuosos, de sua sagrada missão.

1. AS CONSTITUIÇÕES NO PERÍODO DE DITADURA MILITAR

Nesse contexto, a Constituição de 1967/69 possuía textos que limitavam o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois excluía, por exemplo, o termo “ameaça” do artigo 153, inciso 4^o¹¹; isto suprimia o caro princípio do juiz natural, no qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, e impunha ressalvas ao direito de liberdade de manifestação de pensamento e ao direito de resposta, conforme o inciso 8^o¹² do mesmo artigo.

A partir dessas alterações, os militares passaram a ter um amplo poder, fazendo do Brasil um verdadeiro Estado de exceção. Araújo *et al.* (2013, p. 23) ressalta justamente essa realidade ao expressar que

Entre as décadas de 1960 e 1980, os opositores políticos ao regime militar — nos seus mais diversos matizes — enfrentaram as forças

11 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

12 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

tremendamente superiores e mais bem organizadas da ditadura. Forças que não hesitavam em usar todas as armas — a prisão arbitrária, o assassinato, a tortura, o banimento — contra aqueles que as desafiavam.

O mesmo autor comenta acerca das prisões e destaca as torturas físicas e psicológicas, além de outros inúmeros vícios que comprometiam, de encontro ao artigo 153, incisos 12¹³ e 15¹⁴ da Constituição Federal da época, qualquer noção de devido processo legal e ampla defesa: a dificuldade que os detidos tinham para contactarem familiares ou advogados.

2. O AMPLO DEBATE DA CONSTITUINTE DE 1987/1988

A Assembleia Constituinte que levaria à promulgação da Constituição Federal de 1988 teve como um dos pontos centrais de debate a possibilidade de ampliação dos direitos e garantias fundamentais. À vista disso, é possível afirmar que

Desde os primeiros trabalhos da constituinte, notou-se que a nova Constituição da República brasileira teria como ponto central a proteção e conservação dos seus cidadãos, buscando a consecução de uma vida digna, fraterna e segura. Isso ocorreu frente à ampla participação popular que seu deu nos trabalhos da constituinte, tanto pelos movimentos políticos, quanto pelas inúmeras apresentações de propostas de grupo sociais ao texto constitucional. (SEGATTO; ABATI, 2011, p. 151).

13 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 12. Ninguém será prêso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sôbre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal.

14 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. A lei assegurará ao acusados amplos defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção.

Prova da grande importância que se deu na época, no que tange à temática, foi a própria organização estrutural dos títulos da futura Constituição. Nessa perspectiva, Sarmiento (2009, p. 30) elucida:

A organização do texto constitucional é reveladora de algumas prioridades da Carta de 1988. Se as constituições brasileiras anteriores iniciavam pela estrutura do Estado, e só depois passavam aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 faz o contrário: consagra inicialmente os direitos e garantias fundamentais – no segundo título, logo depois daquele dedicado aos princípios fundamentais –, só voltando-se depois disso à disciplina da organização estatal. Esta inversão topológica não foi gratuita. Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ela indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas.

A priori, um dos aspectos mais evidentes a se destacar é a própria extensão das disposições que tratam do assunto. O artigo 153 da Constituição de 1969 possuía apenas o *caput* cumulado com outros 36 parágrafos. Em contrapartida, o artigo 5º da atual Carta Constitucional apresenta, além do *caput*, 78 incisos e 4 parágrafos. Ademais, convém mencionar que enquanto este possui um rol meramente exemplificativo, sendo possível adicionar outros dispositivos (como de fato ocorreu com a Emenda Constitucional de 2004), aquele dispunha de um quadro taxativo, não podendo ser acrescido nada além do disposto na redação original.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 apontou alguns direitos e garantias os quais haviam sido minguados ao longo dos mais de vinte anos pregressos. Caso dos conhecidos remédios constitucionais, ações as quais possuem como principal característica serem garantias instrumentais e servem, assim, como dispositivos úteis para a concretização do princípio da tutela jurídica das pessoas,

que se traduz na exigência de que o Estado proveja meios eficazes e satisfatórios para prevenir ou reparar violações a direitos funda-

mentais. Tal princípio implica, para além de um mero acesso aos tribunais, um direito à tutela jurisdicional efetiva, através do *due process of law* em sua dupla dimensão – processual e substantiva –, considerado verdadeira materialização do princípio estruturante do Estado de Direito, como ensina Canotilho (2003). (SGARBOSSA; LENSUE, 2015, p. 498).

A figura do *Habeas Corpus*, por exemplo, apesar de adotada no artigo 119, inciso I, letra “h” da CF/69¹⁵, tornou-se letra morta em decorrência do período conturbado vivido à época (VASCONCELLOS; DE SOUZA; SOUTO, 2020). Por sua vez, o instituto do Mandado de segurança sofreu de forma semelhante, sendo excluída a modalidade coletiva com a Constituição de 1967, e só voltando a ser posta expressamente com a Carta Magna vigente, no artigo 5º, inciso LXX¹⁶.

Vale ressaltar que nas Constituições de 1967 e de 1969

não havia outro remédio constitucional previsto além do Mandado de Segurança ou Habeas Corpus. Logo, texto constitucional tinha a previsão da impetração contra “qualquer que seja a autoridade responsável”. Já na Constituição de 1988, com a criação do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, CFRB/88) e Habeas Data (art. 5º, LXII, CFRB/88), novas hipóteses surgiram na proteção de direitos fundamentais, sendo tal expressão supracitada substituída por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Além disso, foi também

15 Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; h) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente fôr Tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratar de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância.

16 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: LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

criada a figura do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, CFRB/88). (SGANZERLA, 2017, p. 96)

O passado não é para se esquecer, é para ser enfrentado. Qualquer possibilidade de conciliação para a objetiva escolha do futuro exige este enfrentamento, especialmente com a Constituição de 1967/69. Contudo, o Brasil sempre preferiu esconder seus horrores, como se não tivéssemos antissemitismo, escravidão e racismo em todas as suas formas. No mesmo sentido, os crimes e as violações institucionais da ditadura militar iniciada em 1964 também não são encarados, e os resultados podem ser observados no contexto sociopolítico atual.

Por quais motivos somos levados a crer que a democracia subsistirá, se até o momento sobram elementos que apontam o contrário? Como não enfrentamos nosso passado recente, tudo indica que não fomos capazes de construir nossa escolha pelo futuro que selamos desde 1988. A Constituição de 1967/69, com seus fantasmas, parece que sinaliza a volta da naturalidade com que são rompidos os pactos constituintes. Talvez esta seja a maior advertência que resta para a sociedade e, de forma toda especial, para os juristas.

4. CONCLUSÕES

Diante do exposto, torna-se notório o avanço da Carta Constitucional pós ditadura militar no que toca direitos e garantias fundamentais. Portanto, apesar das inúmeras críticas pertinentes acerca do texto constituinte, é irrefutável que ele é capaz, ao contrário das Constituições de 1967 e 1969, de, como uma barreira no quebra mar que não se parte, conter o processo político de poder, o que Karl Loewenstein (1975, p. 217) define como uma Constituição Normativa. E esse fato se deve justamente à importância que a assembleia deu ao tema na época de abertura.

Os avanços inegáveis da sociabilidade democrática propiciada pela inauguração da Constituição de 1988 destravaram interdições pretéritas da institucionalidade pátria da Constituição de 1967/69, ainda que mantendo alguns territórios minados como a questão agrária, a financeira, a policial, a tutela das forças armadas sobre o processo político, a ausência de regulação democrática das mídias etc. O novo pacto constitucional que

estabeleceu a capacidade de intervenção do Estado na promoção da justiça distributiva trouxe dignidade à política como construto metabólico das maiorias em movimento, inclusive incentivo a uma miríade de processos participativos e prevendo instrumentos para viabilizá-los, o que alterou o funcionamento do Estado e de seus elos com as diversas classes sociais.

Aos poderes, aos agentes estatais, ao Estado e o conjunto de suas instituições foram reinscritos no real como peças a serviço do povo, dos direitos e da cidadania. Saindo assim de uma concepção formalista, alienada de Estado para outra, substantiva, visceralmente comprometida com a efetividade dos direitos e aspirações mais profundas da personalidade humana. Ao próprio judiciário foi atribuído novas e mais expandidas responsabilidades radicadas na imediata aplicabilidade dos direitos, franquias e prerrogativas do cidadão, sem os atavios sempiternos de uma razão de Estado abstrata, divorciada, e mais voltada para a afirmação do poder ensimesmado.

De todos os poderes, o Judiciário foi aquele que menos alteração experimentou na transição de 1967/69 para a Constituição de 1988: sua estrutura permaneceu a mesma, seus integrantes também remanesceram os mesmos. A significativa alteração fica por conta da criação do Superior Tribunal de Justiça como guarda da lei federal, e a criação dos cinco hoje existentes tribunais regionais federais. No destaque reservado à proteção da lei federal — que outra coisa não significa senão defesa do federalismo — constata-se a assimilação da recepção do Direito da Constitucionalidade alemão: *Bundesrecht bricht Landesrecht*, isto é, “Direito Federal precede ao Direito estadual”, segundo a conhecida doutrina.

Dáí as tentativas recorrentes de bloqueio à Constituição Federal de 1988, por vezes partindo até dos 3 poderes da República Federativa do Brasil, contra uma Constituição como expressão da unidade ontológica do povo, da identidade constitucional que modula, define sua historicidade como coletividade nacional dotada de aspirações, quereres e valores centrais. Retomar o veio da Constituição de 1988 e resgatá-la como o fio de prumo da dinâmica complexa de uma sociedade de massas, ávida pelo reconhecimento de suas categorias, de seus regimes de direitos, de sua dignidade, é uma tarefa imperativa para todos os democratas, os adeptos de um Estado de Direito substantivo.

A globalização e os cursos da mundialização não podem ser apreendidos apenas sob a ótica do capital e seus ciclos de produção e reprodução ampliada, mas também pela supremacia da vida, da universalização da cidadania, da consumação da autonomia individual e coletiva, da tutela do meio ambiente, da cultura, e de um humanismo retemperado. Os que intentam atacar a Constituição de 1988 e a golpeiam com virulência, são os mesmos atores os quais investiram contra a obra constitucional de 1946. Ao mandarem “às favas os escrúpulos da consciência”, o constitucionalismo autoritário de 1969 abre as portas para a instabilidade e a recusa quando da aceitação do pacto celebrado.

O que se pode dizer com alguma segurança é que, mesmo os pactos firmados pelos partidos da ordem podem ser interrompidos, o que justifica o pensamento de Engels. Até numa realidade de economia de mercado, assim pactuada constitucionalmente com autoritarismo, como era a Constituição de janeiro de 1967, os atores políticos não aceitam o que fora acertado por eles próprios, como explicita Engels (1963, p. 525):

A ironia da história mundial tudo revolve. Nós, os ‘revolucionários’, os ‘agitadores’ temos muito mais a ganhar através dos métodos legais, do que pela ilegalidade e agitação. Os partidos da ordem, como eles se denominam, perecem diante da legalidade por eles próprios estabelecida e clamam desesperados com Odilon Barrot: la légalité nos tue, a legalidade é a nossa morte [...].

A democracia só realizará suas promessas generosas de redenção e de potência instituinte inexaurível se for plasmada numa Constituição política e jurídica dotada de força normativa, a qual torne exequível a subordinação do Estado às maiorias da sociedade civil, abrindo sendas para a gradual afirmação da autonomia, da auto-organização popular, e da realização plena de suas forças emancipatórias.

REFERÊNCIAS

ALVES, Murilo Ricardo Silva. A Constituição da República Federativa do Brasil e sua classificação ontológica: uma conversa com Karl Loewenstein, Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. **Âmbito Jurídico**, **Rio Grande**, v. 75, p. 01-04, 2010.

- ARAUJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel da; SANTOS, Desirree dos Reis. *Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho*. 2013.
- BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Letteratura italiana Einaudi. A cura de Renato Fabietti: Mursia/Milano, 1973.
- BELLO, Enzo; Bercovici, G; y Lima, Martonio. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Rev. Direito e Práxis*, 10, (3), 1769-1811. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470 | ISSN: 2179-8966, 2019
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. Ática, 1995.
- ENGELS, Friedrich. Einleitung zu Marx' "Klassenkämpfe in Frankreich 1848 bis 1850" (1895). **Karl Marx – Friedrich Engels Werke**. Bd. 22. Berlin: Dietz Verlag, 1963, p. 506-527.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 1975.
- MANGABEIRA, João. **Rui: O Estadista da República**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Senado Federal: Brasília, 1999.
- SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**, v. 6, n. 30, 2009.
- SEGATTO, Antonio Carlos; ABATI, Leandro. A positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988:(Re) conquista da proteção estatal do cidadão. **Argumenta Journal Law**, v. 14, n. 14, p. 135-167, 2011.
- SGANZERLA, Rogerio Barros. De que lado a Constituição brasileira estava? Uma análise do rol de direitos e garantias fundamentais vigente durante o regime militar no Brasil (1964-1985). **Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado**, v. 1, n. 1, 2017.
- SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Remédios constitucionais na América Latina: um breve panorama histórico-comparativo das garantias fundamentais no Brasil e do amparo latino-americano. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista**

Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional,
v. 7, n. 13, p. 496-516, 2015.

VASCONCELLOS, Fernanda Gausmann; DE SOUZA, Lucimara Rocha; SOUTO, Raquel Buzatti. Uma análise histórico-doutrinária dos remédios constitucionais: habeas-corpus e mandado de segurança. Termo *In*: ANAIS DA I MOSTRA INTERDISCIPLINAR EM LINGUAGENS E HERMENÊUTICA. **Anais da I mostra interdisciplinar em linguagens e hermenêutica**. Cruz Alta: Comissão editorial da Universidade de Cruz Alta: 2020.

OS CONFLITOS ENTRE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO E O PAPEL DOS DIREITOS SOCIAIS

*João Alexandre Menegassi*¹⁷

INTRODUÇÃO

Segundo Gilberto Bercovici, “a constituição é a declaração da vontade política de um povo, é um ato de soberania, um ato constituinte.” (BERCOVICI, 2020, p. 14). Por buscar garantir a unidade de um povo, a constituição é política. E discutir o movimento histórico das constituições é discutir, também, os programas, as estruturas e a atuação do Estado na sociedade.

Dentre os tipos de constitucionalismo existentes, dois chamam a atenção para este trabalho: o constitucionalismo social e o constitucionalismo econômico. Enquanto o primeiro visa estabelecer um programa e uma atuação ativa do Estado para a garantia dos direitos sociais, o segundo devolve ao Estado um papel passivo, de conformação da economia e, agora, também de efetivação de uma ordem econômica dos mercados.

Ao serem analisadas sob a ótica do papel que as constituições econômicas exercem nas constituições do século XX, as espécies de constitucionalismo aparentam ser dicotômicas. No entanto, há algo que ainda en-

17 Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado.

trelaça esses dois constitucionalismos para além da constituição: os direitos sociais. Se o constitucionalismo social quer efetivar os direitos sociais pela via das constituições econômicas, o constitucionalismo econômico parece muito mais preocupado com a efetivação de uma economia livre para a atuação dos mercados. Realizar os direitos sociais parece ser uma preocupação que foge da competência econômica do Estado.

Com base nessas premissas, indaga-se: os conflitos entre o constitucionalismo social e econômico implicam em uma inefetividade dos direitos sociais e da constituição econômica?

A partir da visão inicial do tema, a hipótese formulada é a de que o constitucionalismo econômico, ao fundo de sua teoria, promulga a não efetividade dos direitos sociais, chegando até mesmo a buscar sua extirpação de dentro dos textos constitucionais.

A presente pesquisa se justifica especialmente pela sua atualidade e relevância, uma vez que a crise do constitucionalismo social deságua também nas discussões nacionais e internacionais sobre o papel do Estado na economia, ainda mais no atual momento de crise econômica em tempos de pandemia.

Para enfrentar o tema e testar a hipótese que se apresenta, será utilizado o método hipotético-dedutivo, empregando como fontes da pesquisa a revisão bibliográfica sobre o constitucionalismo social e econômico, a constituição econômica e a teoria dos direitos sociais, além da revisão de artigos científicos, livros, ensaios, teses e dissertações.

O presente estudo está fracionado em três capítulos distintos, mas interdependentes. O primeiro tem intenção de conceituar constitucionalismo social e a constituição econômica dentro das constituições do século XX, com especial ênfase na Constituição de Weimar. O segundo analisa a teoria da escola ordo-liberal e o constitucionalismo econômico. E, por fim, convergindo os fundamentos traçados anteriormente, o último capítulo se presta a dedicar uma análise crítica do constitucionalismo econômico vivenciado na atualidade.

1. DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: ASCENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

O constitucionalismo é um movimento histórico o qual busca efetivar a implantação de uma constituição que possa regular, limitar, organi-

zar e ditar as relações de poder e a estrutura e atuação do Estado perante a sociedade (PEIXOTO, 2011). Para Maurizio Fioravanti, “o constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que desde meados do século XVII se dedicaram a resgatar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia.” (FIORAVANTI, 2001, p. 85)¹⁸.

Segundo Dieter Grimm, as constituições modernas idealizadas pelo constitucionalismo não nascem espontaneamente, de modo orgânico, pelos processos de independência dos Estados Unidos e pela Revolução Francesa no século XVIII. A criação dessas constituições ocorre por duas circunstâncias principais: o descontentamento, não com a autoridade em si, mas com todo o sistema político nessas nações; e o nascimento da ideia de uma ordem social justa, a qual demandava a transformação da própria ordem pela positivação das normas, pensada a partir da teoria do contrato social (GRIMM, 2016).

Jorge Miranda sintetiza que, com o constitucionalismo moderno nascido no século XVIII, as constituições passam a disciplinar que toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados sejam declaratórias de uma vontade autônoma de refundação da ordem jurídica, com a pretensão de abarcar todo o âmbito do Estado. O constitucionalismo moderno, para Miranda, é caracterizado pela como constituição como: (i) fundação ou refundação do ordenamento; (ii) sistematização racional das normas estatutárias; e (iii) a própria lei, sendo conjunto de normas de fonte legal (MIRANDA, 2018).

O ideário liberal do século XVIII é a racionalização do poder, o fim dos privilégios, a garantia dos direitos, a nação auto representada e a quase identidade entre os governantes e governados (STOLLEIS, 2011; BERCOVICI, 2020). Se no século XVIII constituição e revolução coincidem, no século XIX as constituições perdem as suas características revolucionárias. O fundamento econômico das constituições liberais é a garantia da propriedade. Os mercados devem funcionar regularmente e, para isso, o Estado deve garantir a paz e a segurança jurídica (BERCOVICI, 2020). Assim, os sistemas de direito público têm como pilares a soberania do Es-

18 “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía” (tradução livre).

tado, o Estado de direito e a constituição estatal deliberadamente privada de uma origem popular (FIORAVANTI, 2001; BERCOVICI, 2020).

Já durante a ascensão do constitucionalismo moderno em sua vertente liberal, iniciam-se discussões a respeito dos direitos sociais na doutrina política. Carlos Miguel Herrera trata da ideia de um “direito do trabalho” concebido pelos escritos trabalhistas de meados do século XIX, principalmente com as intervenções de Louis Blanc, bem como de um “caráter social dos direitos do homem” defendidos por Robespierre (HERRERA, 2008).

Porém, como afirma Lucia Barros Del Picchia, é no período entre-guerras que se dá o cenário da radicalização das divergências e rupturas com a tradição do pensamento liberal. A transformação da sociedade com o germe da sociedade de massas, a organização dos trabalhadores em sindicatos e partidos políticos e as teorias políticas críticas ao capitalismo e liberalismo abalam as estruturas da tradição do pensamento liberal oitocentista (DEL PICCHIA, 2012). Além disso, todo o debate em torno do sufrágio universal também apontava os limites do sistema jurídico do constitucionalismo liberal (LOSURDO, 2004; BERCOVICI, 2020).

Essas questões desaguam no direito público do século XX. Surge, assim, um constitucionalismo social, nome dado ao movimento de incorporação de normas que determinam programas de conteúdo econômico e social dentro dos textos constitucionais (HERRERA, 2008). Esse constitucionalismo social é inaugurado, principalmente, com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919 (DEL PICCHIA, 2012).

Para Gilberto Bercovici é a Constituição de Weimar que, à época, melhor discutiu as mudanças e possíveis respostas à crise do Estado liberal em razão de suas diversas inovações (BERCOVICI, 2020). Leticia Vita, por exemplo, aponta as diversas questões abordadas na Assembleia Nacional de Weimar, as quais debatiam temas como a origem da constituição, a garantia e efetivação de direitos sociais e, até mesmo, a criação do próprio Estado social (*Sozialstaatsgedanke*) (VITA, 2018).

Na visão de Maurizio Fioravanti, a Constituição de Weimar representa, em certo sentido, o começo das constituições democráticas do século XX (FIORAVANTI, 2001). A partir de um ponto de vista histórico e em comparação com as demais constituições democráticas do século XX, é

a Constituição de Weimar quem contém todos os elementos próprios e específicos desse “tipo histórico” de constituição democrática (FIORAVANTI, 2001; PINHEIRO, 2006; STOLLEIS, 2013).

Com isso, é a Constituição de Weimar quem exerce decisiva influência sobre a evolução política em todo o Ocidente. Esse novo Estado social, de certa forma já prescrito na Constituição Mexicana de 1917, progrediu com a promulgação da Constituição de Weimar, tornando-se o norte das constituintes para a elaboração de suas constituições ao longo do século XX (COMPARATO, 2003; VITA, 2018). Apenas como exemplo, podem ser citadas as constituições brasileiras de 1934 e 1937, as quais buscavam inaugurar o Estado social no país (BONAVIDES; ANDRADE, 1991; BERCOVICI, 2005; BONAVIDES, 2007; DEL PICCHIA, 2012).

E uma das formas de garantir a efetividade dos direitos sociais, agora presentes nos textos constitucionais, é a partir das constituições econômicas. Vital Moreira entende a constituição econômica como

[...] o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica (MOREIRA, 1979, p. 35).

Washington Peluso Albino de Souza, por sua vez, entende que a constituição econômica é parte integrante da totalidade da constituição. A constituição econômica caracteriza-se pelo conteúdo econômico dentro do texto constitucional, assimilada pela ideologia constitucionalmente adotada¹⁹. Essa incorporação não precisa obedecer a uma estrutura rígida; se houver regulação da política na constituição, há ali, também, uma constituição econômica (SOUZA, 2002).

19 A ideologia constitucionalmente adotada é uma técnica hermenêutica que busca uma análise dos vieses econômicos da constituição, extraíndo-se os princípios considerados fundamentos ideológicos do Estado. É uma técnica que atua como fundamento da ordem econômica e busca limitar voluntarismos hermenêuticos dos intérpretes (SOUZA, 2002; CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2018).

O grande debate em torno das constituições surge com as constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial. Essas constituições são consideradas como parte do novo constitucionalismo social em ascensão (BERCOVICI, 2003; BERCOVICI, 2005).

Isso não quer dizer, porém, que a constituição econômica é uma inovação do constitucionalismo social. Toda teoria constitucional está composta por uma constituição econômica (TAVARES, 2011). A existência de uma ordem econômica sempre esteve presente no texto constitucional do Estado liberal. A constituição econômica liberal existia para garantir os fundamentos do sistema econômico vigente, versando em seu texto sobre a autonomia contratual, direito de propriedade, liberdade de comércio e liberdade de indústria (MOREIRA, 1979; BERCOVICI, 2005; GRAU, 2018). O que difere a constituição econômica do século XIX da constituição econômica do século XX é que esta última não busca somente receber a estrutura econômica existente, mas também modificá-la (BERCOVICI, 2005).

Especificamente sobre o que há de constituição econômica na Constituição de Weimar, o texto era dividido em duas partes: uma sobre a organização do Estado e a outra sobre os direitos e deveres dos cidadãos (BERCOVICI, 2003). A ordem econômica constava na segunda parte; ali é, de fato, o momento em que as constituições econômicas ganham corpo dentro do texto constitucional (GRAU, 2018).

Como a Constituição de Weimar não pretende somente receber a estrutura econômica, mas também transformá-la, uma novidade presente no texto é a criação de normas que determinam tarefas a serem cumpridas pelo Estado na esfera econômica, com o intuito de se atingir objetivos prescritos também no texto constitucional (MOREIRA, 1979; BERCOVICI, 2003).

A ordem econômica da Constituição de Weimar era organizada em três níveis: (i) direitos fundamentais sociais e econômicos; (ii) a busca de um limite do sistema capitalista pela função social da propriedade; e (iii) um mecanismo de colaboração entre os trabalhadores e seus respectivos empregadores (HERRERA, 2012). Nessa esteira, a ordem econômica da Constituição de Weimar propunha a efetivação de uma transformação social na Alemanha, dando aos sindicatos papel central para a execução desta tarefa. Dispositivos jurídicos que tratavam de direitos sociais eram a base

da construção de um Estado social, cujo objetivo era a realização da liberdade social (NEUMANN, 1981; BERCOVICI, 2003).

Segundo Gilberto Bercovici, o debate da Constituição de Weimar era a conciliação de classes. Tratava-se de uma constituição de compromisso, com conteúdos concorrentes dentro do quadro de um compromisso pluralista. O debate publicista da época variava desde a posição de Hermann Heller sobre a utilização da constituição alemã como ponto inicial de uma transição ao socialismo até a crítica de Carl Schmitt ao caráter de compromisso e de indefinibilidade da constituição (BERCOVICI, 2020).

Todavia, mesmo com o parlamento formado por muitos trabalhadores tendentes ao socialismo, a crise econômica faz com que os setores da economia vissem o Estado social como o causador de seus problemas. A Constituição de Weimar se torna frágil em razão do capitalismo organizado (BERCOVICI, 2003; POSSAS, 2019; BERCOVICI, 2020).

No que tange aos seus posteriores desdobramentos e ao não cumprimento dos compromissos, a Constituição de Weimar, segundo Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, deve sempre ser lembrada por um texto que visa efetivamente concretizar uma conduta ativa por parte do Estado para viabilização da fruição, por todos os cidadãos, dos direitos fundamentais de que são titulares (PINHEIRO, 2006).

Thiago Lemos Possas, por sua vez, aponta que se há algo que a Constituição de Weimar demonstrou é que a mudança do modelo socioeconômico não virá por meio do direito, mas é importante “identificar as bandeiras que merecem ser portadas no combate à lógica mercantil e sua aplicação no âmbito jurídico” (POSSAS, 2019, p. 567). Os direitos sociais e sua radicalidade não podem ser menosprezados, mas seus limites devem também ser considerados (POSSAS, 2019).

De qualquer forma, a Constituição de Weimar será a base das constituições modernas, até mesmo das constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial (COMPARATO, 2003). Tratar brevemente dela e da sua relação intrínseca com o constitucionalismo social é necessário, visto que, conforme será ventilado doravante, o constitucionalismo econômico também nasce na Alemanha e com base na constituição posterior a Weimar: A Lei Fundamental de Bomm de 1949.

2. A ESCOLA ORDO-LIBERAL E O CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO

A Lei Fundamental de Bomm, de 1949, altera o debate na Alemanha sobre a constituição econômica. O silêncio da lei quanto a um sistema econômico próprio desencadeou um conflito sobre a constituição econômica (MOREIRA, 1979; BERCOVICI, 2005). De acordo com Gilberto Bercovici, a justificativa para que a Lei Fundamental alemã não tenha explicitado uma constituição econômica em seu texto foi a de talvez tentar evitar o ocorrido com a Constituição de Weimar: incorporar os direitos sociais e as disposições relativas à ordem econômica de forma clara (BERCOVICI, 2005).

Basicamente foram três as correntes defendidas à época. A primeira argumentava que a Lei Fundamental alemã não tinha decisão econômica em seu texto normativo, sendo ela aberta e neutra, cabendo ao legislador ordinário tomar as decisões sobre a economia. A segunda defendia que a constituição trazia ainda possibilidades de socialização, ligando os direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana. E a terceira advogava a tese de que a Lei Fundamental previa uma “economia social de mercado”, cabendo ao Estado alemão garantir a livre concorrência dos agentes econômicos privados (BERCOVICI, 2005; GRAU, 2018).

Esta última linha teórica era promovida pela escola ordo-liberal.

A teoria ordo-liberal surge na Alemanha com a Escola de Freiburg. O ordo-liberalismo se mostra liberal em suas bases; porém, tem em seus fundamentos o Estado como necessário para que os mercados e a competição possam ser formados. A teoria ordo-liberal prevê que o mercado deve ser controlado, e o Estado deve prover e garantir a concorrência e estabilidade monetária. Com efeito, a teoria também ficou conhecida como “economia social de mercado” (DE MELLO KLEIN, 2012).

Seu maior expoente era Walter Eucken. Eucken defendia que o Estado, ao final do século XIX e início do século XX, era cada vez mais capturado por grupos de interesse privado. Como consequência houve a politização da economia. Politizada, a economia se tornava anticompetitiva. Isso invariavelmente gerava a formação de oligopólios e o desvirtuamento da concorrência (EUCKEN, 1992).

Para Daniel Johnson, Eucken acredita que a tentativa de capturar a realidade de uma situação histórica com teorias de aplicação limitada são falhas. Ele, então, cria sua própria categoria, o *Wirtschaftsordnung* (constitucionalismo econômico), cujas decisões são promovidas por uma *Wirtschaftsverfassung* (constituição econômica) (JOHNSON, 1989).

De modo semelhante, Franz Böhm defende uma espécie de dualidade da constituição, com a existência de uma Constituição do Estado e uma Constituição da Economia. A constituição econômica seria autônoma e paralela às decisões políticas da constituição do Estado (TUMLIR, 1989; BERCOVICI, 2005).

É com a escola ordo-liberal, então, que surge a teoria do constitucionalismo econômico. Como explica David J. Gerber, os ordo-liberais procuravam proteger a ordem econômica e a competição. Estavam convencidos de que a economia e o direito, isolados, não poderiam resolver os problemas econômicos e políticos existentes naquele período. Os dois precisavam estar relacionados entre si de maneira específica. Com isso, articulou-se uma nova forma de liberalismo, na qual o direito era um companheiro necessário do mercado, que transformava este último, de uma fonte de divisão social, em uma ferramenta de integração social (GERBER, 2001). Assim, “a economia precisava estar inserida em um arcabouço jurídico-constitucional que protegesse e ajudasse a interagir a sociedade a seu redor.” (GERBER, 2001, p. 15)²⁰.

De forma diversa, Kanishka Jayasuriya entende que a ideia motriz da tradição ordo-liberal seria a construção de uma ordem econômica que não pode acontecer de modo espontâneo pelo mercado. Para os ordo-liberais, os processos econômicos, políticos e jurídicos são inter-relacionados. Cada ato de intervenção governamental deve ser visto como uma conexão entre os processos. Por isso, os ordo-liberais acreditam que o Estado não deve conduzir a economia; em vez disso, deve fornecer um sistema de instituições jurídicas o qual facilite a construção do mercado (JAYASURIYA, 2006).

A característica principal do constitucionalismo econômico teorizado pela teoria ordo-liberal é o isolamento das instituições sociais e econômicas de efeitos da política. O constitucionalismo econômico aciona os mo-

20 “The economy needs to be imbedded in a constitutional-legal framework that would both protect it and help integrate society around it” (tradução livre).

dos de conduta apropriados para uma economia de mercado competitiva. Assim, na visão ordo-liberal, as instituições são projetadas para proteger a ordem econômica de mercado da política. O constitucionalismo econômico ordo-liberal pressupõe que os mercados são produto de interferência estatal, por isso a intervenção do Estado deve ser sistemática em favor deles (JAYASURIYA, 2001; JAYASURIYA, 2006).

O que fica evidente é que as ideias de constitucionalismo econômico e social divergem entre si; enquanto o constitucionalismo econômico defende uma ordem dos mercados, o constitucionalismo social busca uma posição ativa do Estado na ação econômica, com o intuito de garantir aos cidadãos a efetivação de seus direitos fundamentais.

No próximo e último capítulo tratar-se-á dessas divergências e de como elas afetam as análises e até mesmo o cumprimento dos direitos sociais e de uma constituição econômica na atualidade.

3. OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS SOCIAIS E O (NEO) CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO

O cientista político Kanishka Jayasuriya tornou-se um importante divulgador e defensor da tese de que, na atualidade, o constitucionalismo econômico tornou-se um importante aliado do neoliberalismo na gestão de sua política econômica.

Segundo Kanishka Jayasuriya, a globalização molda a soberania. Ela molda a forma de soberania e como a soberania se assume em um mercado globalizado. A ordem econômica globalizada não pode simplesmente ser subsumida pela noção tradicional do direito internacional. Isso porque se cria uma soberania fragmentada. O Estado soberano é, de certa forma, substituído por agências reguladoras autônomas. E é por essa fragmentação do Estado que a economia se mostra nessa forma globalizada. Com isso, há um crescimento de autoridades internacionais privadas que: (i) operam com base em normas e costumes que levam à produção de um novo direito internacional consuetudinário; (ii) engajam o Estado na gestão desses regimes, com o envolvimento de agências reguladoras independentes; e (iii) a maioria desses regimes depende de normas e padrões informais, que “informalizam” o direito (JAYSURIYA, 2001).

Para Jayasuriya, é nesse estado de coisas em que surge uma nova forma de constitucionalismo econômico. Esse novo constitucionalismo econômico se refere a uma tentativa de tratar o mercado como uma ordem constitucional própria, seguido de suas próprias regras, procedimentos e instituições. Toda essa ordem de mercado opera para protegê-lo de interferências políticas, pressões sociais, discussões populares e da própria intervenção estatal. Essa nova forma de constitucionalismo econômico exige a construção de um tipo específico de organização e estrutura de Estado: um Estado regulador cuja finalidade regulatória é a salvaguarda da ordem de mercado (JAYASURIYA, 2001)

O Estado, dessa maneira, não conduz a economia; apenas fornece um sistema de instituições jurídicas que facilite a construção do mercado (JAYASURIYA, 2006). O “novo” constitucionalismo econômico tenta colocar instituições reguladoras fora do alcance das políticas democráticas, desenvolvendo uma “política antipolítica, ou despolitizada” (JAYASURIYA, 2001).

Até mesmo nos casos em que os governos oferecem políticas sociais, tais políticas não colidem com ou sequer tentam dirimir os efeitos das políticas econômicas neoliberais. O constitucionalismo econômico da contemporaneidade também atua para que políticas de inclusão se adequem à democracia de mercado (*citizenship market*). Desse modo, enquanto a ideia do Estado social foi organizada na constitucionalização do conflito de interesses e nas negociações e interpelações entre mercado e esfera social, a democracia de mercado molda e subordina as políticas sociais ao próprio imperativo de mercado (JAYASURIYA, 2006).

Para Gunther Teubner, a grande questão é que o constitucionalismo econômico busca legitimar a constituição econômica pela tecnocracia econômica. A teoria do constitucionalismo econômico afirma que as regras das constituições devem ser exclusivamente baseadas em uma escolha racional, isso excluiria qualquer perspectiva social geral e não forneceria nenhuma visão sobre os efeitos destrutivos da ação econômica em seus ambientes. O problema é que, como qualquer outra constituição, a constituição econômica é produto de inúmeras decisões de incerteza que possuem elemento político irreduzível. Ao ignorar seu fundamento não econômico, ela está fadada a um déficit de legitimidade o qual não pode ser remediado (TEUBNER, 2012).

A prática econômica desenvolvida pelos defensores dessa forma de constitucionalismo seria, para Teubner, similar à prática imperialista: conhece apenas as formas de coordenação social do mercado, lucro e competição, expandindo-as para todos os meios possíveis, mesmo por meio de intervenções políticas em áreas que estão fora das transações monetárias (TEUBNER, 2012). De acordo com Gunther Teubner,

Constitucionalismo econômico, teoria dos custos de transação, teoria dos direitos de propriedade, escolha pública, economia das instituições e economia legal são todas vertentes diferentes de um movimento que deseja substituir os termos supostamente obsoletos de interesse público, justiça e solidariedade com o ideal de eficiência econômica. [...] A racionalidade interna do mercado e da organização é identificada com a natureza da sociedade moderna, que precisa refletir a constituição legal da economia e da sociedade (TEUBNER, 2012, p. 34).

Em uma síntese feita por Maurício Muriack de Fernandes Peixoto (2011), o constitucionalismo dentro da ótica neoliberal promove a redução geral da presença do Estado, em especial: (i) na concretização de direitos sociais; (ii) na abertura de mercados; (iii) na desregulamentação de atividades econômicas; (iv) na conspurcação e mitigação da ideia de soberania nacional; (v) na confusão entre sentimentos nacionalistas e xenófobos; (vi) na criação de estruturas de produção em escala mundial; (vii) na crescente otimização das tecnologias, o que evolui ainda mais a presença de capital especulativo financeiro em diversos países; e (viii) na desconstitucionalização de matérias que sejam de interesse do capitalismo financeiro por meio de reformas constitucionais ininterruptas.

De forma clara, essa ascensão do constitucionalismo econômico acaba com os direitos sociais, além de transformar e ressignificar o Estado social. É impossível afirmar uma convivência entre as duas formas de constitucionalismo.

O que acontece, porém, é que com a agonia dos direitos sociais no constitucionalismo econômico, há também um próprio déficit da participação política das pessoas na economia. Como afirma Vera da Silva Telles (1998, p. 43), a destruição dos direitos sociais significa também “a

erosão de mediações políticas entre o mundo social e as esferas públicas, de tal modo que estas se descaracterizam como esferas de explicitação de conflitos e dissenso, de representação e negociação.” Segundo a autora, isso leva a uma ideia de que o mercado é o único princípio estruturador da sociedade e da política, devendo apenas realizar a administração técnica de seus imperativos. Com efeito, a violação de direitos sociais leva também a uma invisibilidade das pessoas e da sociedade, neutralizando os problemas de iniquidade e privilégios que se inscrevem nas formas como as relações sociais são ordenadas. Para Telles, não há propriamente um problema de julgamento, de escolha e de discernimentos do que é justo ou injusto; há somente o imperativo inarredável da sobrevivência (TELLES, 1998).

Por fim, Gilberto Bercovici, ao fazer um balanço do constitucionalismo social, argumenta que o constitucionalismo social, desde o início, enfrentou vários obstáculos para sua concretização. Na prática, o núcleo emancipatório das constituições sociais é suspenso e a contrarrevolução neoliberal conservadora ainda pleiteia não apenas sua suspensão, mas a própria extirpação formal do texto constitucional (BERCOVICI, 2020).

É nessa forma perversa de supressão de direitos sociais em que se renova o constitucionalismo econômico. A doutrina do constitucionalismo econômico demonstra a relação instrumental do capitalismo e liberalismo e o reforço do Estado perante os direitos sociais e o constitucionalismo social (ROSANVALLON, 2002). No fundo, ambas as doutrinas não convivem de forma harmoniosa e a decisão pelo constitucionalismo econômico implica na mitigação e quiçá extirpação dos direitos sociais. Viver sob o constitucionalismo econômico é, de certa forma, retornar ao Estado liberal oitocentista.

CONCLUSÃO

Após a revisão teórica sobre os conceitos centrais de constitucionalismo social, direitos sociais, constituição econômica e constitucionalismo econômico, ao final do presente artigo, a hipótese inicialmente formulada — a qual sustenta a inefetividade dos direitos sociais dentro da perspectiva do constitucionalismo econômico — restou confirmada.

O que foi demonstrado, principalmente a partir da revisão bibliográfica que se desenvolveu ao longo deste artigo, foi que o constitucionalismo

econômico — que é utilizado não somente pela teoria ordo-liberal, mas também neoliberal — compromete a execução dos direitos sociais pelo Estado ao prever que ele somente garanta a ordem de mercado, sob a ideia de regulação da livre concorrência.

As conclusões do recorte da pesquisa, deste modo, corroboram as críticas feitas ao constitucionalismo econômico por Kanishka Jayasuriya e Gunther Teubner, evidenciando ações antidemocráticas e autoritárias da teoria, além de demonstrarem o cerceamento dos direitos sociais.

Portanto, o conflito entre o constitucionalismo social e o econômico vai além da divergência entre ambas as teorias: ele também opera na efetivação (ou não) dos direitos sociais e do papel do Estado na economia, sendo que a opção pelo constitucionalismo econômico causa o desvirtuamento dos programas sociais previstos em constituições sociais do século XX.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado total e o Estado social: atualidade do debate sobre Direito, Estado e Economia na República de Weimar**. 2003. 172f. Tese (Livre-Docência na Área de Direito Econômico). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para um crítica ao constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O direito econômico, o pioneirismo de Washing-

ton Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 3, n. 73, p. 301-324, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1950>. Acesso em 23.06.2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE MELLO KLEN, Caroline Rippe. O ordoliberalismo alemão expresso no ideário econômico de Roberto Campos. **Revista do Historiador**, Porto Alegre, v. 5, n. 5, p. 103-118, 2012. Disponível em: <https://revistahistoriador.com.br/index.php/principal/issue/view/7>. Acesso em 24.06.2021.

DEL PICCHIA, Lucia Barbosa. **Estado, democracia e direitos na crise do constitucionalismo liberal: uma comparação entre o pensamento jurídico francês e o brasileiro**. 2012 433f. Tese (Doutorado em Direito Econômico em Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-141125/pt-br.php>. Acesso em 23.06.2021.

EUCKEN, Walter. **The foundations of economics: history and theory in the analysis of economic reality**. Translated by T. W. Hutchison. New York: Springer Heidelberg, 1992.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trola, 2001.

GERBER, David J. Economic constitutionalism and the challenge of globalization: the enemy is gone? **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)**, v. 157, n. 1, p. 14-22, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present, and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

- HERRERA, Carlos Miguel. **A política dos juristas: direito, liberalismo e socialismo em Weimar**. Trad.: Luciana Caplan. São Paulo: Alameda, 2012.
- HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5-24.
- JAYASURIYA, Kanishka. Economic constitutionalism, liberalism and the new welfare governance. *In*: ROBISON, Richard (ed.). **The neo-liberal revolution: forging the market state**. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2006. p. 234-253.
- JAYASURIYA, Kanishka. Globalization, sovereignty and the rule of law: from political to economic constitutionalism? **Constellation**, v. 8, n. 4, p. 441-460, 2001.
- JOHNSON, Daniel. Exiles and half-exiles: Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow and Walter Eucken. *In*: PEACOCK, Alan; WILLGERODT, Hans (ed.). **German neo-liberals and the social market economy**. Hampshire: Palgrave MacMillan, 1989. p. 40-67.
- LOSURDO, Domenico. **Democracia e bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal**. Trad.: Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: UNESP, 2004.
- MIRANDA, Jorge. Constituição e democracia. *In*: MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da (coord.). **Justiça constitucional**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 9-39.
- MOREIRA, Vital. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.
- NEUMANN, Franz. The social significance of the basic laws in the Weimar Constitution. **Economy and Society**, v. 10, n. 3, p. 329-347. Disponível em: 10.1080/03085148100000017. Acesso em 23.06.2021.

- PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Do constitucionalismo social ao desconstitucionalismo neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob a perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo, **Amicus Curiae**, online, v. 8, p. 1-28, 2011. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/577>. Acesso em 23.06.2021.
- PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição de República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92449>. Acesso em 23.06.2021.
- POSSAS, Thiago Lemos. Para uma crítica ao constitucionalismo social: fragmentos weimarianos, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 118, p. 511-571, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/591>. Acesso em 23.06.2021.
- ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico: história da ideia de mercado**. Trad.: Antônio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- STOLLEIS, Michael. **History of social law in Germany**. Translated by Thomas Dunlap. New York: Springer Heidelberg, 2013.
- STOLLEIS, Michael. Judicial interpretation in transition from the Ancien Régime to constitutionalism. In: MORIGIWA, Yasumoto; STOLLEIS, Michael; HALPERIN, Jean-Louis (editors). **Interpretation of Law in the Age of Enlightenment**. New York: Springer Heidelberg, 2011. p. 3-20.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

- TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata? **Revista USP**, n. 37, p. 34-45, mar./mai. 1998. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/27023>. Acesso em 24.06.2021.
- TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Translated by Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TUMLIR, Jan. Franz Böhm and the development of economic-constitutional analysis. In: PEACOCK, Alan; WILLGERODT, Hans (ed.). **German neo-liberals and the social market economy**. Hampshire: Palgrave MacMillan, 1989. p. 125-141.
- VITA, Leticia. Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer. **Historia Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 569-591, 2018. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/503>. Acesso em 23.06.2021.

A OBSTINAÇÃO DOS PODERES PELA PRERROGATIVA DE LEGISLAR

Ronaldo Spricigo²¹

INTRODUÇÃO

Com a evolução constitucional aumentando a competência legislativa exclusiva ao Executivo para propositura de determinadas matérias, e ampliando a discricionariedade do Judiciário a ponto de inovar o ordenamento jurídico, desfigurou-se, em partes, o princípio da separação dos poderes. *É necessário*, portanto, realizarmos um estudo sobre a constitucionalidade dessas ações que, teoricamente, invadem as funções típicas do Poder Legislativo.

O presidente da República possui atribuição legiferante para emitir medidas provisórias em matérias relevantes que exijam urgência, porém, a ausência de controle sobre esses pressupostos permite o uso dessa normativa em larga escala, e o Poder Executivo, com muita frequência, acaba usurpando funções próprias do Legislativo.

Outro ponto a ser analisado com cautela são as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais nem sempre observam os requisitos constitucionais e então extrapolam a competência do Judiciário.

21 Advogado. Procurador Legislativo da Câmara de Vereadores do Município de Curitiba. Bacharel em Direito pela UNIPLAC. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Unyleya, Pós-graduado em Direito Eleitoral Municipal pela UniBF, Pós Graduado em Licitações e Contratos Administrativos Municipais pela UniBF. Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pela Unifacvest.

Por fim, verificamos algumas inconstitucionalidades praticadas pelo Executivo e ratificadas por diversos Tribunais de Justiça Estaduais, as quais restringem a atuação do Poder Legislativo.

1. HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DA INICIATIVA LEGISLATIVA

Pelo princípio tradicional da separação dos poderes, trazido por Montesquieu, o Executivo não teria competência de iniciativa legislativa.

Entretanto, as constituições brasileiras, além de atribuírem ao Chefe de Governo a possibilidade de propor projetos de lei, também lhe conferiram exclusividade de iniciativa em determinados casos.

1.1. A CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL (1824)

A primeira Constituição Brasileira, outorgada em 1824, previu a iniciativa parlamentar como regra, mas também atribuiu ao Poder Executivo a possibilidade de propor leis²².

Destaca-se nessa Constituição que o imperador possuía o Poder Moderador, o qual encontrava-se acima dos demais poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Por mais que a iniciativa legislativa estivesse dentro das competências dos Parlamentares e dos ministros de Estado, esse poder era relativo, considerando que a tarefa de legislar era restrita ao imperialismo vivido na época.

1.2. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1891)

A Constituição de 1891 pôs fim ao Poder Moderador, implementou a tripartição de poderes delimitando suas respectivas funções e conferiu independência entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

22 Art. 52. A Proposição, oposição, e aprovação dos Projetos de Lei compete a cada uma das Câmaras.

Art. 53. O Poder Executivo exerce por qualquer dos Ministros de Estado a proposição, que lhe compete na formação das Leis; e só depois de examinada por uma Comissão da Câmara dos Deputados, onde deve ter princípio, poderá ser convertida em Projeto de Lei.

A iniciativa legislativa, à luz da Constituição de 1891, pertencia aos Poderes Legislativo e Executivo, os quais possuíam competência para legislar sobre todas as matérias²³.

1.3. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1934)

A Constituição de 1934 manteve a iniciativa geral como regra e instituiu proposituras legislativas de iniciativa privativa do presidente da República²⁴.

Destarte, a exclusividade de iniciativa do Poder Executivo restringia-se aos projetos que versavam sobre aumento dos vencimentos de funcionários e a criação de empregos em serviços já organizados, além de modificarem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas.

23 Art. 29 - Compete à Câmara a iniciativa do adiamento da sessão legislativa e de todas as leis de impostos, das leis de fixação das forças de terra e mar, da discussão dos projetos oferecidos pelo Poder Executivo e a declaração da procedência, ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, nos termos do art. 53, e contra os Ministros de Estado nos crimes conexos com os do Presidente da República.

[...]

Art. 36 - Salvas as exceções do art. 29, todos os projetos de lei podem ter origem indistintamente na Câmara ou no Senado, sob a iniciativa de qualquer dos seus membros.

24 Art. 41. A iniciativa dos projetos de lei, guardado o disposto nos parágrafos deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, ao Plenário do Senado Federal e ao Presidente da República; nos casos em que o Senado colabora com a Câmara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões.

§ 1º Compete exclusivamente à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa das leis de fixação das forças armadas e, em geral, de todas as leis sobre matéria fiscal e financeira.

§ 2º Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais, quanto aos respectivos serviços administrativos, pertence exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas.

§ 3º Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.

1.4. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1937)

A Constituição de 1937, imposta por Getúlio Vargas sem passar pela Comissão Constituinte e pelo Congresso Nacional, instituiu um regime ditatorial, contrariou a dialética de separação dos poderes, dissolveu o Congresso e centralizou os Poderes Executivo e Legislativo nas mãos do presidente da República.

Somente o presidente da República tinha a prerrogativa de propor projetos de lei²⁵. Os parlamentares não possuíam a atribuição de ingressar com matérias legislativas, competindo a eles apenas a deliberação sobre os projetos apresentados pelo Executivo.

Foi retirado por essa constituição a atividade típica do Poder Legislativo (legislar).

O Legislativo estava enfraquecido e poderia ser colocado em inatividade a qualquer momento pelo chefe do Executivo.

1.5. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (1946)

A Constituição de 1946 restaurou a tripartição dos Poderes (independentes e harmônicos entre si), retornou a iniciativa parlamentar comum e estabeleceu exclusividade ao Executivo para propor projetos que criem cargos, funções ou empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública, e disponham sobre a fixação das Forças Armadas²⁶.

25 Art. 64. A iniciativa dos projetos de lei cabe, em princípio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa.

§ 1º A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projetos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um quinto de Deputados ou de membros do Conselho Federal.

§ 2º - Qualquer projeto iniciado em uma das Câmaras terá suspenso o seu andamento, desde que o Governo comunique o seu propósito de apresentar projeto que regule o mesmo assunto. Se, dentro de trinta dias, não chegar à Câmara a que for feita essa comunicação, o projeto, do Governo voltará a constituir objeto de deliberação o iniciado no Parlamento.

26 Art. 67 - A iniciativa das leis, ressalvados os casos de competência exclusiva, cabe ao

1.6. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1967)

A Constituição de 1967 manteve a iniciativa legislativa comum como regra, positivou que o presidente da República poderia dar início a projetos de lei que versassem sobre qualquer conteúdo e ampliou as matérias de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo.²⁷

A Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969, ampliou o rol de iniciativas exclusivas do executivo, contudo, não trouxe alterações substanciais nos temas.

1.7. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

Por fim, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu a regra de iniciativa legislativa geral ou concorrente, atribuindo aos parlamentares, ao presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal (STF), aos Tribu-

Presidente da República e a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

§ 1º Cabe à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei sobre matéria financeira.

§ 2º Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado e dos Tribunais Federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre a fixação das Forças Armadas. Aos projetos oriundos dessa competência exclusiva do Presidente da República não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista.

27 Art. 60 - É da competência exclusiva do Presidente da República a Iniciativa das leis que:

I - disponham sobre matéria financeira;

II - criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;

III - fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;

IV - disponham sobre a Administração do Distrito Federal e dos Territórios.

Parágrafo único - Não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista:

a) nos projetos oriundos da competência exclusiva do Presidente da República;

b) naqueles relativos à organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Tribunais Federais.

nais Superiores, ao procurador-geral da República e aos cidadãos o poder de propositura de projetos de lei.

É importante salientar que não foi conferido a nenhum dos órgãos e cargos supracitados o poder de iniciar proposições legislativas sobre matérias de qualquer natureza. Todos possuem poder de iniciativa limitado.

O STF, os Tribunais Superiores e os procuradores-gerais só podem iniciar matérias legislativas que tratem sobre seu próprio funcionamento, e mesmo quanto a isso possuem competência reservada.

O Supremo Tribunal Federal é o único com poderes para iniciar matérias legislativas as quais versem sobre o Estatuto da Magistratura; e o procurador-geral e o presidente da República possuem iniciativa legislativa concorrentes para dispor sobre a organização do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

Denota-se que os Tribunais e os procuradores possuem iniciativa restrita às matérias expressamente previstas pela Constituição.

Já o presidente da República possui iniciativa legislativa ampla, excluindo apenas os casos de iniciativa reservada claramente citados na Constituição.

Além disso, o chefe do Poder Executivo também possui iniciativa privativa das leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou que digam respeito ao aumento de sua remuneração; a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos territórios; os servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, o provimento de cargos, a estabilidade e a aposentadoria; a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como das normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos estados, do Distrito Federal e dos territórios; a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 84, VI; os militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, o provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva²⁸.

28 Art. 61 da Constituição Federal de 1988.

As iniciativas reservadas ao presidente da República dispõem sobre assuntos ligados diretamente aos interesses do Poder Executivo, consagrando o princípio de independência dos Poderes.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a figura da iniciativa popular com atribuições legislativas gerais, excluindo apenas as matérias privativas ou reservadas.

A iniciativa popular, apesar de sua difícil implantação, considerando que necessita ser subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuídos pelo menos em cinco estados com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, é uma das formas de democracia participativa trazidas pela Constituição.

Por fim, a iniciativa legislativa parlamentar é composta de todas as matérias as quais não estejam reservadas expressamente pela Constituição Federal ao Poder Executivo, aos Tribunais e ao Ministério Público.

2. A DISTORÇÃO DO PODER LEGIFERANTE DO EXECUTIVO NAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Nos termos da Constituição Federal, o Presidente da República possui a prerrogativa de editar medida provisória com imediata força de lei em casos de relevância e urgência, a qual será posteriormente analisada pelo Congresso Nacional.

A ocorrência de medidas provisórias deveria ser esporádica e excepcional, no entanto, tornaram-se corriqueiras devido à subjetividade e à discricionariedade do presidente da República em fundamentar sua relevância e urgência.

Consta no rol de legislações da Câmara dos Deputados²⁹ que as medidas provisórias (MP) editadas e reeditadas nos anos de 1994 a 2001 superaram o número de leis ordinárias promulgadas.

Esse excesso legiferante do Executivo levou os parlamentares à aprovação da Emenda Constitucional (EC) n. 32/2001, a qual, dentre outros aspectos, tornou vedada a edição de medidas provisórias sobre determinadas matérias e proibiu a reedição da MP na mesma sessão legislativa,

29 <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>, acesso em 22 jun. 2021.

trazendo maior proteção jurídica e restaurando, em partes, o equilíbrio entre os poderes.

A EC 32/2001 cumpriu parcialmente com os objetivos principais: reduziu o número de medidas provisórias e aumentou a participação do Poder Executivo no processo legislativo por meio de projetos de lei ordinária.

No entanto, embora tenha sido atingido certo reequilíbrio entre os poderes, ainda permanece elevada a quantidade de medidas provisórias editadas, abalando a democracia e a segurança jurídica.

A medida provisória é um importante instrumento de governabilidade, no entanto, deve ser aplicado um controle mais eficiente dos pressupostos de urgência e relevância que hoje estão abertos à mera interpretação do Poder Executivo.

Não pode o presidente da República continuar desvirtuando a função constitucional da medida provisória, invadindo as atribuições do Legislativo e comprometendo o Estado Democrático de Direito.

3. A USURPAÇÃO DE FUNÇÕES DO PODER LEGISLATIVO PELO JUDICIÁRIO

O artigo 103-A da Constituição Federal³⁰, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, permite que Supremo Tribunal Federal (STF)

30 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará

aprove súmulas como forma de sintetizar um entendimento já consolidado em relação a matérias constitucionais.

As súmulas aprovadas pelo STF possuem efeito vinculante e obriga os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública em geral a cumpri-las integralmente.

No entanto, o que se evidencia é que através de súmulas vinculantes o Judiciário está inovando o ordenamento jurídico, invadindo assim as atribuições constitucionais do Poder Legislativo.

Na concepção clássica da teoria de separação dos poderes, o Legislativo possui a função típica de legislar, e o Judiciário a função de julgar conforme o ordenamento jurídico.

No entanto, esse pensamento evoluiu e no entendimento de hoje a interpretação judiciária possui maior grau de discricionariedade. O problema está na extrapolação desse limite pelo Poder Judiciário.

Teoricamente, o conteúdo das súmulas vinculantes é a interpretação do STF sobre a aplicabilidade da legislação em casos concretos, não estando a Suprema Corte legislando, considerando que não prescreve novos atos normativos. Também não estaria o Supremo ferindo a harmonia entre os poderes, considerando que o Legislativo não está vinculado aos efeitos das súmulas.

Nota-se, porém, que os ministros do STF estão criando normas através de súmulas vinculantes, usurpando de forma notória as prerrogativas legislativas.

4. O EXCESSO DE RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO LEGISLATIVO

A função de legislar é atribuída constitucionalmente ao Poder Legislativo, portanto, compete a este a iniciativa dos projetos de lei, exceto quando há expressa previsão em sentido contrário na Constituição Federal.

O apontamento das matérias cuja iniciativa exclusiva é alheia ao Poder Legislativo é um rol taxativo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca³¹.

Dessa forma, as hipóteses de iniciativa privada devem ser interpretadas de forma restritiva, não admitindo a ampliação interpretativa desses dispositivos constitucionais. Inexistindo previsão constitucional expressa, não existe reserva de iniciativa.

Porém, essas regras constitucionais são frequentemente desrespeitadas. É comum nos municípios brasileiros o chefe do executivo vetar projetos de lei de iniciativa parlamentar com base em interpretações ampliativas das normas constitucionais de reserva de iniciativa.

Um exemplo clássico e muito utilizado como razão de veto nos projetos parlamentares é a afirmação equivocada de que o Legislativo não pode gerar despesas ao Poder Executivo.

É possível notar que esta restrição foi abolida pela Constituição Federal de 1988, e sua utilização se tornou inconstitucional por infringir o rol taxativo das matérias de competência privativa do Poder Executivo, conforme supra explanado.

Porém, muitos prefeitos ainda vetam projetos de lei de origem legislativa alegando inconstitucionalidade por gerarem despesas ao Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal julgou, em regime de repercussão geral, o RE 878.911/RJ, no ano de 2016, reafirmando a jurisprudência dominante sobre a matéria naquela corte, a qual permite ao parlamentar a apresentação de projetos que gerem despesas para o Poder Executivo³².

A decisão do STF não deixou dúvidas de que o vício de iniciativa é restritivo e não amplia o rol taxativo previsto pelo legislador constituinte.

31 STF, Pleno, ADI-MC nº 724/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 27.4.2001.

32 Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.

No entanto, mesmo com a decisão proferida em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, constata-se que grande parte dos municípios e dos Tribunais de Justiça dos estados não adotaram esse entendimento e insistem na interpretação ampliada das matérias de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo para declararem como inconstitucionais as legislações de origem parlamentar que aumentam ou geram despesa ao município.

Essa restrição das funções constitucionais do Poder Legislativo é apenas uma das muitas arbitrariedades que constatamos no cenário jurídico atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar que o Poder Executivo e o Poder Judiciário buscam fortalecimento com a obtenção de maior poder legislativo.

O Poder Executivo utiliza de forma abusiva o instituto da medida provisória, desfigurando sua natureza de urgência e relevância. A ausência de controle eficaz sobre esses pressupostos favorece que o presidente da República exceda seu poder de legislar e invada a esfera constitucional reservada ao Poder Legislativo.

Foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal, além de protetor das normas constitucionais, passou a exercer, ainda que esporadicamente, uma função típica legislativa ao editar súmulas vinculantes criando normas.

O Parlamento vem perdendo a exclusividade das proposições normativas e tendo sua iniciativa reduzida à medida que os demais poderes passam a legislar. A separação dos poderes e a soberania popular, representada pelo Legislativo, ficam enfraquecidas, comprometendo assim a harmonia entre os poderes e a própria democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1967) **Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAZ, Petrônio. **Tratado de Direito Municipal. Poder Legislativo Municipal**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2009.

LIMA, Altair Roberto de. Restrições à participação do Presidente da República no Processo Legislativo Brasileiro. *In: Biblioteca da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.* Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/465/457>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OLIVEIRA, Clarice. O Deslocamento da Função de Legislar para o Governo: A interdependência entre Executivo e Legislativo nas Medidas Provisórias e a Intervenção do Judiciário. *In: Uniceub.* Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14505/1/61550019.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

RODRIGUES, Geraldo. Procução Legislativa: Poder Executivo & Congresso Nacional. *In: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados.* Disponível em: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/producao_legislativa_rodrigues%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/producao_legislativa_rodrigues%20(1).pdf). Acesso em: 19 jun. 2021.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Processo Legislativo.** ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

A INFLUÊNCIA DA CAMBRIDGE ANALYTICA E DAS MICROPROPAGANDAS NAS ELEIÇÕES DE 2018 NO BRASIL: UM ATAQUE DIRETO À DEMOCRACIA E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS.

*Júlia Maria Ramalho Lisboa*³³

*Letícia Giannini Alves de Lima*³⁴

*Mariana Linja Roque Aquino*³⁵

*Tatiana Roberta de Souza*³⁶

INTRODUÇÃO

Diante de um novo cenário mundial cada vez mais tecnológico, é crescente a popularização das redes sociais e, com isso, há uma intensa

33 Estudante do 8º período do curso de graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

34 Estudante do 2º período do curso de graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

35 Estudante do 7º período do curso de graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

36 Estudante do 6º período do curso de graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara

transformação no modo em como as pessoas vivem em sociedade. Assim, as empresas perceberam nas mídias sociais um vasto campo para acesso a informações através da análise de dados — seja pelo marketing digital, softwares ou até mesmo *big data* —, como forma de se aproximar do público-alvo. Sobre a *big data*, Rodrigo Nascimento disserta:

Por isso o *Big Data* é tão essencial nos dias de hoje. Conseguimos obter informações de mercado por meio de nossos consumidores, extraindo o que eles estão dizendo sobre tudo o que você faz. Insatisfações, satisfações, desejos, necessidades entre outros, são possíveis de captar em mídias sociais e cruzar com dados internos de sua empresa e assim criar *insights* incríveis. (NASCIMENTO, Rodrigo 2017)

Porém, essa análise de dados deixou de ser usada apenas em um contexto comercial, para a busca de posicionamento das organizações no mercado, e passou a ser utilizada no meio político.

Assim, a empresa *Cambridge Analytica* (CA) vem à luz como a organização que, com seu modelo de negócios baseado exclusivamente no uso de dados pessoais, influenciou o rumo de várias campanhas eleitorais pelo mundo. A organização foi contratada para trabalhar no Reino Unido, na campanha Pró-Brexit; na Nigéria; no Quênia; na República Tcheca; na Índia; na Argentina e, como destaque principal, na campanha eleitoral nos EUA, a qual culminou na vitória de Donald Trump.

A *Cambridge Analytica* inovou o método de utilização das informações colhidas através da análise de dados, alterando o comportamento das pessoas através dele. Por essa razão, indaga-se: até que ponto o método inovador da CA influenciou e continua influenciando as eleições do Brasil?

O trabalho apresentará como o marketing digital, através de softwares e da *big data analytics*, utilizou dos mecanismos de *behavior microtargeting* influenciando nas eleições brasileiras em 2018, investigando como o uso de dados pessoais interfere no comportamento dos eleitores através de propagandas direcionadas, além de descrever como a manipulação de dados atenta contra os direitos fundamentais dos cidadãos e infere na democracia do país. Ainda, será abordada uma comparação entre o comitê de inteligência do Senado Americano e a indiferença no âmbito brasileiro. Ao final, serão

apresentadas algumas propostas para o combate à desinformação e à manipulação de dados no âmbito computacional, como a promulgação da LGPD.

1. DE QUE MANEIRA O USO DE DADOS PESSOAIS INDUZ O COMPORTAMENTO DOS ELEITORES ATRAVÉS DAS MICROPROPAGANDAS DIRECIONADAS.

O uso de dados pessoais é usado para direcionar e manipular a informação que chega até os usuários desde que as redes sociais começaram a se popularizar, fato este conhecido como *microtargeting*. Tal fenômeno acontece quando o algoritmo capta as informações de navegação e dados pessoais, dividindo os usuários em grupos de acordo com o que mais consomem; assim, direciona os anúncios para o público mais propenso a consumir tal conteúdo, fazendo uma projeção do que o usuário quer ou precisa antes mesmo que ele procure por isso. Conquanto, o compartilhamento indevido de dados pessoais através das redes sociais afetou consideravelmente o resultado de eleições no Brasil.

O limite entre campanhas eleitorais e campanhas publicitárias é muito menor do que se percebe em uma primeira visão. O uso de dados no cenário político brasileiro se tornou um produto tanto quanto o é no cenário publicitário-comercial. O *marketing* trabalha com estratégias de venda as quais manipulam a mente do consumidor e induzem sua escolha de forma que este nem percebe que foi cativado a isso, e tais estratégias são aplicadas da mesma ou semelhante maneira nas campanhas eleitorais, onde o produto é o candidato.

Uma vez que o compartilhamento de dados interfere no resultado das eleições, não surpreende que eles sejam comercializados. Em 2019, o Ministério da Justiça multou o *Facebook* em R\$6,6 milhões pela quebra de privacidade de mais de 443 mil usuários brasileiros. Em outros países foi confirmado o fato de a rede social ter compartilhado dados de usuários com a *Cambridge Analytica*, já no Brasil não há evidência que comprove o exposto.

Ademais, não só a *Cambridge* busca comprar dados pessoais. Na atualidade, com o valor atribuído às informações pessoais e de navegação, várias empresas buscam comprar, mesmo que ilegalmente, dados de usuários através das redes sociais.

Denominadas “redes”, as redes sociais possuem tal nome justamente por estarem interligadas não só umas com as outras, mas também com um grande banco de dados, conhecido como *big data*, o qual reúne dados de diversas fontes. No caso do *Facebook*, a rede social tem acesso a dados de diversos lugares, como aplicativos de saúde, aplicativos de compra, aplicativos de leitura, entre muitos outros; obtendo assim uma abundante fonte de informação sobre quem é cada usuário, ou o que é cada usuário, uma vez que se tornam apenas mais um número entre milhares³⁷.

Os dados ficam armazenados com o intuito de entregar uma experiência personalizada a cada usuário, os quais recebem, então, anúncios direcionados e, de fato, personalizados. Acontece que no cenário político essa atitude contribui para a propagação de notícias falsas, resultando na manipulação dos usuários, os quais cada vez menos buscam informações com fontes confiáveis e por conta própria. Atualmente, a informação que vem sendo consumida é aquela difundida pelos disseminadores de *fake news*, além das notícias produzidas pela grande mídia, já mastigada e muitas vezes incorreta e incompleta, o que nos induz a uma escolha a qual talvez não faríamos se não fosse a existência de propagandas direcionadas.

Após a coleta de dados exposta, fica evidente que as grandes empresas de *marketing* por trás das campanhas eleitorais utilizam a psicometria. A psicometria nas mídias digitais consiste em conhecer e mapear a mente do usuário, criando uma estratégia ainda mais consistente para manipular o resultado das eleições. A análise dos usuários se tornou uma arma poderosa para derrubar candidatos e elevar outros, afinal, ao conhecer o que cada eleitor teme e o que ele admira fica demasiadamente fácil manipular a sua decisão³⁸.

I. A CAMBRIDGE ANALYTICA E AS ELEIÇÕES NO BRASIL

A *Cambridge Analytica* é uma corporação britânica atuante no mercado de marketing, fundada em 2013, cuja especialidade é combinar a mine-

37 COSTA, Camila; Como descobrir o que o Facebook sabe sobre você; BBC Brasil, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43493673> Acesso em: 06/08/2021

38 Como o big data e a psicometria ajudaram Trump a vencer as eleições americanas?; CNseg; Disponível em: <https://cnseg.org.br/noticias/como-o-big-data-e-a-psicometria-ajudaram-trump-a-vencer-as-eleicoes-americanas.html> Acesso em: 06/08/2020

ração e análise de dados, realizando o tratamento de grande quantidade de informações pessoais de internautas, a fim de construir estratégias as quais, supostamente, seriam eficazes quando utilizadas em vários tipos de campanhas publicitárias, tanto no contexto comercial quanto no contexto político. Nas análises efetuadas por essa empresa, eram combinados elementos da ciência comportamental com a tecnologia de anúncios orientadas pelo exame prévio de dados (MARTINS; TATEOKI, 2019).

Em março de 2018 foi noticiado por vários órgãos da imprensa internacional que a *Cambridge Analytica* teve acesso a dados pessoais de mais de 50 milhões de usuários do *Facebook* por meio de um aplicativo que coletava estes elementos para fins de pesquisa com o consentimento do usuário. Esses dados foram utilizados nas eleições presidenciais norte americanas, influenciando, em um nível que ainda precisa ser mais bem averiguado, a eleição presidencial de 2016, a qual culminou na vitória do candidato republicano Donald Trump. Ainda recentemente, a empresa de Mark Zuckerberg anunciou que suspenderia a companhia por supostas violações à sua política de privacidade. Portanto, os materiais coletados pela CA para fins de pesquisa foram compartilhados e utilizados para fins comerciais de análise de comportamento e tentativa de influência eleitoral.

Conforme explicam Martins e Tateoki (2019), foi descoberto que a *Cambridge* utilizou de conhecimentos teóricos das ciências comportamentais para identificar diversos parâmetros de personalidades existentes na imensa base de dados colhidos e, com isso, engendrou uma campanha publicitária específica para cada tipo de usuário, favorecendo grandemente a campanha presidencial de Donald Trump frente a sua concorrente, a candidata democrata Hillary Clinton.

Assim, os autores supracitados, baseados em dados divulgados pela *BBC*, citam que o algoritmo para analisar os dados dos usuários criado pela *Cambridge* poderia ser bastante preciso, uma vez que através de algumas “curtidas” seria possível revelar com elevada precisão aspectos da personalidade de alguém. Destarte, com esses dados em vista, a publicidade eleitoral dentro do próprio *Facebook* foi dirigida para cada tipo de pessoa.

Ademais, Martins e Tateoki (2019) destacam que veicular a propaganda eleitoral que identifique o candidato, exponha suas principais ideias e apresente suas proposições é diferente de manipular o eleitor apresentando-lhe um candidato irreal, alguém fabricado que diz exatamente aquilo

que o agrada, criando “diversos candidatos”, quantos forem necessários, para atender aos perfis selecionados dos cidadãos. Em uma pesquisa realizada pela Universidade de Oxford é possível ter uma ideia da propensão de eleitores influenciados e suas ideologias políticas:

[...]Essa percepção foi reforçada por outra pesquisa, esta do Instituto de Internet da Universidade de Oxford (Oxford Internet Institute – OII), divulgada em primeiro de novembro de 2018 (JUNK..., 2018). O OII mostrou que a quantidade de junk News (um conjunto que agrega, além das fake news propriamente ditas, as mensagens de ódio, ou “discursos de ódio”, e as múltiplas versões de teorias conspiratórias) aumentou consideravelmente entre a campanha de 2016 a de 2018 (as chamadas midterm elections) e mostrou que elas fazem mais sucesso com o público de direita. Em 2016, pelas medições realizadas na pesquisa de Oxford, 20% das notícias analisadas eram junk news; em 2018, o número subiu para 25%. Além disso, o texto anota que os grupos mais à direita sobrepujam os demais no uso de junk news. (BUCCI, Eugênio, p.22).

Nesse cenário em que a coleta e utilização dos dados dos usuários das redessociais servem não apenas para analisar perfis, mas também para manipular milhões de eleitores alterando todo o rumo político de um país, é relevante verificar se houve influência comprovada da *Cambridge Analytica* nas últimas eleições decorridas no Brasil, em 2018, especialmente ao que se refere às eleições presidenciais.

No Brasil, de acordo com Braga e Carlomagno (2018), o uso das mídias digitais em campanhas eleitorais não é recente, bem como a utilização de robôs e das chamadas *fake news* (notícias falsas divulgadas amplamente). Segundo os autores, a partir de 2010 iniciou-se uma fase na qual as campanhas online foram caracterizadas pela “queda das restrições legais” e pelo “uso crescente de diferentes recursos digitais” (2018, p.15). Foi nessa época, portanto, em que teve início no contexto brasileiro a utilização das redes sociais para fins eleitorais.

Dados divulgados em um estudo elaborado pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas (DAPP) da Fundação Getúlio Vargas revelaram que robôs foram responsáveis por cerca de 10% das interações no *Twitter*

durante a campanha para as eleições de 2014. Conforme os dados desse estudo, tanto a campanha de Dilma quanto a de Aécio Neves, os dois principais candidatos à presidência, utilizaram robôs, sendo que a plataforma do PSDB fez isso em uma escala maior, chegando a gastar R\$ 10 milhões no desenvolvimento de contas automatizadas no *Twitter*, *Facebook* e no *WhatsApp* (ARNAUDO, 2018). Além disso, houve continuidade no uso de contas automatizadas pelo partido PSDB após as eleições contra o governo da candidata vencedora, Dilma Rousseff, bem como a favor do impeachment da presidenta, o qual foi efetivado entre 2015 e 2016.

Em 2018, quando o Brasil contava com mais de 110 milhões de internautas e ocupava o terceiro lugar entre os países com maior número de usuários no *Facebook* e o sexto lugar entre usuários do *Twitter* (RUEDIGER, 2018a), houve ampla propaganda computacional com a utilização de robôs nas jornadas eleitorais dos presidentiáveis, além de frequente disseminação de *fake news*, o que culminou na vitória do candidato Jair Bolsonaro.

Em meio a esse contexto, Arnaudo (2018) afirmou que a propaganda computacional na forma de robôs atuando em rede, as *fake news* e a manipulação por meio de algoritmos passou a desempenhar um papel central no sistema político brasileiro. Segundo o autor, a comunicação política digital da campanha vitoriosa de Jair Bolsonaro apresentou indícios claros de propaganda computacional.

O jornal *El País*, por sua vez, divulgou em setembro de 2018 que postagens em grupos públicos de mídias digitais favoráveis ao candidato Jair Bolsonaro difundiram desinformação de forma evidente (BENITES, 2018). As *fake news* aparecem mais ligadas, no cenário brasileiro, à rede social *WhatsApp*, ao passo que na corrida presidencial de 2016, nos EUA, o *Facebook* foi amplamente utilizado (RUEDIGER, 2018). Ainda, a Universidade de Oxford pesquisou a campanha brasileira de 2018 e constatou que:

[...] os dados sobre o Brasil se tornaram públicos algumas semanas antes – e mostrou que tanto partidários de Bolsonaro quanto eleitores de Fernando Haddad (candidato do Partido dos Trabalhadores – PT – que ficou em segundo lugar) recorriam às *fake News* e às *junk news*, mas, e isso é particularmente relevante para

este artigo, os primeiros se sobressaiam. Segundo Caio Machado, um brasileiro que participou do estudo, “apoiadores do Bolsonaro compartilham notícias falsas em maior amplitude e replicam quase todas as fontes identificadas como falsas” (BULLA, 2018). Ou seja, a diferença entre um pólo e outro não estaria na estratégia das duas campanhas (ambas teriam se valido de mentiras), mas na aptidão dos dois públicos: as audiências mais conservadoras seriam mais propensas, também no Brasil, a espalhar as notícias fraudulentas. (BUCCI, Eugênio, p.22)

Ao se tratar do *Facebook*, o monitoramento sugere que no Brasil não foi utilizada uma tática de propaganda como a da campanha de Donald Trump, em 2016 nos Estados Unidos, a qual se beneficiou do envio de propaganda microdirecionada. Conforme explicaram Brito Cruz e Massaro (2018), não há indícios de uma grande campanha de anúncios pagos pela campanha de Bolsonaro, nem mesmo ações relevantes de microdirecionamento, porém, é importante ressaltar que a corrida política feita através dos grupos de *WhatsApp*, pela própria natureza do aplicativo, é direcionada a grupos específicos os quais se constituem e dialogam entre si e podem rapidamente replicar o conteúdo que está sendo discutido em seu interior, seja ele verdadeiro ou não.

De acordo com a Revista Fórum (2020), ocorreu a troca de mensagens entre um presidenciável — o qual não teve o nome citado — e o ex-diretor do grupo SCL no Brasil, Pedro Vizeu-Pinheiro — do qual a *Cambridge Analytica* faz parte —, agendando uma reunião entre eles. Contudo, não foram encontradas evidências de que as negociações com o candidato chegaram à fase final: nos e-mails, a empresa elenca somente quatro contratos feitos com prefeitos brasileiros, cujos nomes também não foram expostos. A informação foi obtida através de uma executiva da *Cambridge Analytica*, Brittany Kaiser, que decidiu revelar uma série de e-mails da organização.

Além da aproximação com o candidato, Vizeu-Pinheiro foi o responsável por criar uma relação entre a *Cambridge Analytica* e a Ponte Estratégia, empresa comandada pelo executivo André Torretta, mais conhecido como “o Marqueteiro”, um empresário baiano que adotou a metodologia da *CA*. Torretta acredita em uma tropicalização da estratégia da empresa

por causa das diferenças legais e tecnológicas entre os dois países. Com isso, a mudança aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente Michel Temer em 2017, através da reforma eleitoral, ajudou a mudar o rumo das campanhas eleitorais na medida que permitir propagandas políticas pagas na rede pode ter sido o fator crucial para que organizações como a Cambridge ou a Ponte Estratégia pudessem influenciar nas eleições do ano de 2018, bem como nas futuras. Luís Simionedi disserta acerca deste assunto:

De todo modo, para Torretta, qualquer estratégia que só considere o Facebook no Brasil não será completa. “A grande rede social no Brasil é o WhatsApp”, diz ele. É aí que se completa a *tropicalização* do método à qual se referiu, sua “gambiarra” preferida. Ele pretende usar todos os bancos de dados à mão – o primeiro deles é o do partido com o qual for trabalhar – para transformar os usuários de WhatsApp em cabos eleitorais virtuais. (SIMIONE, 2017)

Portanto, apesar de não ter ocorrido a atuação da organização nas últimas eleições brasileiras, houve, de fato, grande utilização de redes sociais como o *WhatsApp* e o *Twitter* em prol de candidatos e, como principal estratégia, ocorreu a divulgação das *fake news*, as quais impactaram de forma importante o resultado das eleições presidenciais de 2018.

II. AS INVESTIGAÇÕES DO COMITÊ DE INTELIGÊNCIA DO SENADO AMERICANO E A INDIFERENÇA NO ÂMBITO BRASILEIRO.

Em 2016, a democracia americana foi duramente afetada pela interferência da empresa *Cambridge Analytica* nas eleições do mesmo ano. Por esse motivo, os Estados Unidos são classificados, pelo site *Democracy Matrix*³⁹, como uma *Deficient Democracy*, conceito concebido pelos cientistas políticos Wolfgang Merkel, Hans-Jürgen Puhle e Aurel S. Croissant. Uma democracia saudável pode acabar se tornando uma democracia deficiente quando ocorrem interferências na tomada de decisão dos eleitores em um pleito eleitoral, interferência tal investigada pelo Comitê de Inteligência

39 <https://www.democracymatrix.com/ranking>

do senado americano, denominada “*Russian Active Measures Campaigns and Interference in the 2016 U.S Election*”. De 2017 a 2019, o Comitê realizou audiências, entrevistas e analisou a inteligência relacionada às tentativas russas de acessar a infraestrutura eleitoral americana em 2016. Procurou determinar também a extensão das atividades russas, identificando a resposta do governo dos Estados Unidos frente a ameaça, em nível estadual, local e federal, e fazendo recomendações sobre como se preparar melhor para tais ameaças no futuro⁴⁰, uma vez que existem fortes indícios de que a *Cambridge Analytica* pode ter fornecido dados de usuários vazados através do Facebook na Rússia. Christopher Wylie, o informante que denunciou o sequestro de dados do Facebook, afirma existirem motivos razoáveis para suspeitar que a *Cambridge Analytica* pode ter sido alvo da Inteligência dos serviços de Segurança da Rússia, visto que a empresa usou pesquisadores russos para o garimpo de dados.

Durante as sessões do Comitê de Inteligência, o CEO do *Facebook*, Mark Zuckerberg, atendeu ao Senado, tendo respondido a diversas perguntas das quais duas dispuseram de maior relevância: A primeira, feita pela ex-senadora do estado da Califórnia, Kamala Harris, onde questiona a hipótese de o Facebook ter enganado seus usuários; obviamente, Zuckerberg afirma não os ter enganado, mas admite que, definitivamente, cometeram um erro. Contudo, quando questionado pelo Senador Richard J. Durbin, de Illinois, sobre a possibilidade de compartilhar o assunto e os nomes das pessoas com quem Zuckerberg havia trocado mensagens naquela semana, através de sua própria rede social, Mark Zuckerberg declarou que não escolheria compartilhar estes dados. É possível compreender, através apenas de duas simples e breves perguntas e suas respectivas respostas, que as redes sociais não são um ambiente tão seguro como imaginamos ser. A coleta de dados de usuários realizada de maneira ilegal pode ser considerada um afronta aos direitos fundamentais, dado que estamos sendo constantemente vigiados e assim produzindo cada vez mais informações pessoais, as quais empresas como a *Cambridge Analytica* utilizam para manobras políticas e disseminação de *fake news*.

40 Report of the Select Committee on Intelligence United States Senate on Russian Active Measures Campaigns and Interference in the 2016 U.S. Election; Volume 1: Russian Efforts Against Election Infrastructure with

No Brasil, as denominadas *fake news* foram amplamente disseminadas por todas as redes sociais; entretanto encontraram-se mais presentes no aplicativo *WhatsApp*. As notícias falsas foram utilizadas como instrumento da campanha eleitoral de 2018, uma vez que conseguem se espalhar e se tornarem virais em pouquíssimo tempo. Em março de 2019, foi instaurado pelo Supremo Tribunal Federal o inquérito das *Fake News*, para que fosse apurada a existência e disseminação de notícias falsas contra ministros do STF, as quais atingiam a honorabilidade e a segurança dos membros do Supremo e de seus familiares. Todavia, nenhum inquérito foi instaurado para apurar a interferência das *fake news* no pleito eleitoral de 2018, como realizado pelo Comitê de Inteligência do Senado Americano.

Assim como os Estados Unidos, o Brasil também é classificado como uma *Deficient Democracy*; contudo, atualmente o Brasil encontra-se na 75^a posição do ranking de países mais democráticos, enquanto os EUA são identificados na 36^a posição. As *fake news* dispuseram de um assombroso impacto na democracia brasileira, intervindo até mesmo em direitos políticos, uma vez que influenciaram na tomada de decisão dos eleitores em 2018.

[...] a dominação privada do Estado, por sua vez, lança gases venenosos sobre a única modalidade de direitos que parecem avançados, os políticos, reduzindo a crença na esfera pública democrática, passo primeiro para a precipitação do “engodo autoritário” (SAMPALIO, 2010, p. 333).

É notório que durante a corrida eleitoral de 2018 a democracia brasileira sofreu uma forte interferência de grupos que viriam a se tornar os governantes do país. Um governo precisa ser pautado na verdade para que o povo possa desfrutar abundantemente da democracia. Quando um governante alcança o seu cargo político manipulando a população com a disseminação de notícias falsas, há então uma clara interferência nos direitos políticos dos cidadãos, dado que estes não irão votar por suas próprias convicções, mas sim pelo fato de terem sido enganados, o que causa sérios danos à democracia.

III. COMO A MANIPULAÇÃO DE DADOS ATENTA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS E EM DECORRÊNCIA INFERE NA DEMOCRACIA DO PAÍS

Elencados na Constituição Federal, os direitos fundamentais dizem respeito à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. São especificados no artigo 5º da CF, os direitos fundamentais que podem ser considerados os mais importantes: “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 (...).”

Por conseguinte, percebe-se que o direito à liberdade é um dos direitos essenciais, sendo representado, além de pelo direito de ir e vir, também pelo direito à opinião, à informação e à escusa de consciência (artigo 5º, caput, CF).

Ainda, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais direitos podem ser divididos em três gerações: primeira geração (liberdade); segunda geração (igualdade); e terceira geração (fraternidade). A primeira geração tem como elemento principal a liberdade individual direcionada aos direitos civis e políticos. Os direitos individuais civis são uma forma de proteger o ser humano contra a influência e o abuso do poder estatal na seara cível, citando como mais importantes para o presente trabalho a liberdade de expressão e a proteção à vida privada. Enquanto os direitos políticos asseguram a participação do cidadão na administração do Estado, são, portanto, direitos de cidadania que asseguram direitos ligados ao processo eleitoral. Contudo, ante ao exposto durante a pesquisa, resta nítido que os direitos fundamentais dos brasileiros, bem como os de outros países, estão sendo atacados.

À medida em que somos induzidos a escolher um candidato através de micropropagandas e *fake news*, não só é perdido o direito à liberdade de pensamento, como também o povo se desapodera do direito ao voto consciente e, por conseguinte, de seus direitos políticos.

Organizações como a *Cambridge*, a *Ponte Estratégia* e outras, buscam na atualidade a compra de dados pessoais, mesmo que de forma ilegal, justamente com o intuito de manipular o público-alvo a aderir o que eles

“vendem”, seja realmente um produto ou até mesmo um candidato. E o povo, ao ter suas informações vazadas como forma de comércio, acaba por ter outro direito fundamental atingido: o direito à privacidade. Sobre a quebra indevida de privacidade, Luiz Antônio de Paula Iennaco afirma:

O acesso não autorizado a esses dados configura ofensa a um direito fundamental da humanidade: o direito à privacidade e à proteção de informações pessoais. As consequências do acesso e uso indevido dessas informações não se limita à exposição indesejada da intimidade pessoal. A recolha em massa de dados estruturados e não estruturados fornece a matéria-prima para um trabalho de “mineração” de dados no universo eletrônico que, uma vez organizados, permitem analisar perfis e tendências de grupos e/ou indivíduos. (IENNACO, 2019, p.5).

Não obstante a grave lesão ao artigo 5º da Carta Magna, o resultado almejado por empresas de garimpo de dados e micropropagadas direcionadas provoca um ambiente hostil e de assustadora polarização política, se convertendo em uma preocupante ameaça à democracia brasileira, onde grupos detentores de opiniões divergentes se esquivam do debate interpartidário, subjugando a opinião de seu grupo de influência como verdade absoluta e impedindo o diálogo entre indivíduos detentores de diferentes percepções, algo tão essencial em uma democracia.

Em apenas 11 anos o Brasil regrediu 28 posições no ranking de países democráticos, dado que, em 2010, o país se encontrava na 47^a posição. Tal assimilação se faz valiosa no debate a respeito dos direitos fundamentais pois, no momento em que direitos políticos e o direito à privacidade são, sobremaneira, anulados, podemos afirmar que a nossa democracia corre grande perigo.

[...] democracias ainda morrem, mas por meios diferentes [...] como não há um momento único - nenhum golpe, declaração de lei marcial ou suspensão da Constituição - em que o regime obviamente “ultrapassa o limite” para a ditadura, nada é capaz de dissipar os dispositivos de alarme da sociedade. Aqueles que denunciam os

41 https://graphics.eiu.com/PDF/Democracy_Index_2010_web.pdf; Acesso em: 06/08/2021

abusos do governo podem ser descartados como exagerados ou falsos alarmistas. **A erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível.** (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 16 e 17)

Consoante ao congressista norte-americano John Lewis⁴², em tradução livre: “Democracia não é um estado. É um ato, e cada geração deve fazer sua parte para ajudar a construir uma nação e uma sociedade mundial em paz consigo mesma.” (Democracy is not a state. It is an act, and each generation must do its part to help build a nation and world society at peace with itself).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As comunicações, principalmente aquelas realizadas por meio da internet, massificaram e atingiram grandes contingentes populacionais ao redor do mundo. O uso da internet e em especial das redes sociais, como as citadas neste trabalho (*facebook, twitter, whatsapp*, dentre outras), confere a oportunidade a milhões de cidadãos de manifestarem suas preferências e críticas, bem como de opinarem e debaterem sobre os mais variados temas.

Todavia, deixamos diariamente um rastro dos nossos dados disponibilizados na rede, dados de caráter pessoal os quais podem ser utilizados para diversas finalidades, as quais nem sempre conhecemos ou estamos conscientes. A utilização para o mercado de consumo é apenas uma dentre as muitas possibilidades, assim como o seu uso no contexto das campanhas eleitorais. A usurpação de dados pessoais de usuários, bem como a coleta dessa grande quantidade de informações de forma contínua e sem o real conhecimento do proprietário, faz com que o seu tratamento e análise possam tecer perfis comportamentais dos indivíduos ou grupos de indivíduos, facilitando a criação de narrativas inverossímeis a eles direcionadas. Tais narrativas é que podem impactar nas decisões dos eleitores e afetar todo o contexto político de um país.

Diante dos fatos analisados no contexto do presente artigo, fica ressaltada a importância da proteção das informações pessoais para a manuten-

42 John Lewis, o líder dos direitos civis e congressista que morreu em 17 de julho de 2020, escreveu este discurso pouco antes de sua morte. (The New York Times, 2020) <https://www.nytimes.com/2020/07/30/opinion/john-lewis-civil-rights-america.html>

ção da própria democracia, evitando que, a partir de elementos colhidos nas redes eletrônicas, em especial no que se refere às redes sociais, o eleitor seja manipulado ou induzido a escolherem determinado candidato.

Nesse sentido, um importante passo no intuito de proteger os dados dos usuários foi a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018), a qual teve sua vigência iniciada em agosto de 2020 e afeta diferentes setores e serviços, e todos os brasileiros, seja no papel de indivíduo, empresa ou governo. A lei inicialmente define o que são os dados pessoais, trazendo ainda os chamados “dados sensíveis” (aqueles relativos a crianças e adolescentes), e institui que os dados tratados tanto nos meios físicos como nos digitais estão sujeitos à regulação. A LGPD também estabelece que, ainda que a sede de uma organização ou o centro de informações dela estejam localizados no exterior, se houver o processamento de conteúdo de pessoas, brasileiras ou não, as quais estejam em território nacional, a lei também deverá ser respeitada. Além disso, determina ainda que é permitido compartilhar informação com organismos internacionais e com outros países, desde que isso ocorra a partir de protocolos seguros e/ou para cumprir exigências legais.

No que se refere ao processo eleitoral como instrumento para a concretização da democracia, compreendeu-se, no âmbito deste artigo, que quando o voto dos eleitores é influenciado pelo uso das redes sociais, a comunicação digital pode se transformar em um problema, uma vez que a consciência eleitoral é afetada e a liberdade de escolha, que sem dúvidas constitui um dos pilares da democracia, diminui.

Dessa forma, ao eleger representantes com base em informações distorcidas, o povo faz uma escolha viciada a qual, em decorrência, pode inflar a “crise de representação” e aumentar os níveis de desconfiança e descontentamento para com o governo, de modo a ampliar a apatia política e gerar baixa participação da população na esfera pública, o que coloca em cheque a já fragilizada democracia do país.

REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Vick. Fake News como ameaça a democracia e os meios de controle de sua disseminação. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. v. 6, n. 1, jun. 2020. Disponível

em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/6465>> Acesso em 28 maio de 2021

ANTONIUTTI, Cleide Luciane. Usos do Bid Data em campanhas eleitorais, 2015. Disponível em: <https://ridi.ibict.br/handle/123456789/849> Acesso em 28 maio de 2021

ARNAUDO, D. Computational Propaganda in Brazil: Social Bots during Elections. Oxford Internet Institute, Working Paper No. 2017.8, 2017. Disponível em: <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/89/2017/06/Comprop-Brazil-1.pdf>. Acesso em 28 maio 2018.

BENITES, A. A máquina de ‘fake news’ nos grupos a favor de Bolsonaro no WhatsApp. **El País Brasil**, 28 set 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/26/politica/1537997311_859341.html. Acesso em 28 maio de 2021.

BRAGA, S.; CARLOMAGNO, M. Elections as usual? Longitudinal analysis of the changes caused by digital technologies in Brazilian electoral campaigns (1998-2016). **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 26: 7-62, 2018.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em 28 maio de 2021

BRITO CRUZ, F.; MASSARO, H. Um raio-X do marketing digital dos presidenciáveis. **Você na Mira - InternetLab – Relatório #2**, 2018b. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/informacao-e-politica/um-raio-x-do-marketing-digital-dos-presidenciais/>. Acesso em: 28 maio de 2021.

BUCCI, Eugênio. Seriam as fake news mais eficazes para campanhas de direita? **Revista Novos Olhares**, São Paulo, 9 dez. 2019. Vol.8, N.2, p. 22-23.

Complete Ranking: Total Value Index 2020 (Context Measurement). Disponível em: <https://www.democracymatrix.com/ranking>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

FREIRE, Carolina Djovana da Silveira. A deterioração da democracia representativa: os efeitos do microtargeting sobre o direito à participação política, 2021. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14868> Acesso em 28 maio de 2021

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3^a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IENNACO, Luiz Antonio de Paula. Limites éticos e jurídicos ao uso de dados do cyberspace na propaganda eleitoral, 2019. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/2765/4/TMD%2079.pdf> Acesso em 28 maio de 2021

IENNACO, Luiz Antonio de Paula; COSTA, Eva Dias. Interferência do uso de dados eletrônicos em processos eleitorais - revisão de literatura. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://liennaco.jusbrasil.com.br/artigos/836480263/interferencia-do-uso-de-dados-eletronicos-em-processos-eleitorais-revisao-de-literatura> Acesso em 28 maio de 2021

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Marcelo Guerra; TATEOKI, Victor Augusto. Proteção de dados pessoais e democracia: fake News, manipulação do eleitor e o caso da Cambridge Analytica. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n.3, p. 135-148, out. 2019.

MASSARO, Heloisa; et al. Proteção de Dados nas Eleições: democracia e privacidade. Grupo de Estudos em Proteção de Dados e Eleições, 2020.

MESQUITA, Lara. Entre o marketing e a ciência política: emoções ocultas e estratégias eleitorais. Scielo - Brasil, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/c3wzbHckPbr9NZtPgsYxgqr/?lang=pt> Acesso em 28 maio de 2021.

Ministério da Justiça multa Facebook em R\$ 6,6 milhões em apuração sobre compartilhamento de dados. **G1**, 30 dez, 2019. Disponível

em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/12/30/ministerio-da-justica-multa-facebook-em-r-66-milhoes-em-apuracao-sobre-compartilhamento-de-dados.ghtml> Acesso em 28 maio de 2021.

NASCIMENTO, Rodrigo. Afinal o que é Big Data? **Marketing por dados**, 27 mar. 2017. Disponível em: <<http://marketingpordados.com/analise-de-dados/o-que-e-big-data-%F0%9F%A4%96/>> Acesso em 28 maio de 2021.

RELATORIA Especial para a Liberdade de Expressão. **OEA**: mais direitos para mais pessoas. Seção Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/>> Acesso em 28 maio de 2021.

ROCHA, Lucas. Exclusivo: Arquivos revelam que Cambridge Analytica veio ao Brasil para trabalhar com um candidato a presidente. **Revista Fórum**, jan. 2020. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/exclusivo-arquivos-revelam-que-cambridge-analytica-veio-ao-brasil-para-trabalhar-com-um-candidato-a-presidente> . Acesso em 28 maio de 2021.

RUEDIGER, M.A. Redes sociais nas eleições 2018. Policy Paper 1, 2018b. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25737/Redes-Sociais-nas-Elei%C3%A7%C3%B5es18_Policy%20Paper%201.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 28 maio de 2021.

RUEDIGER, M.A. Robôs, redes sociais e política no Brasil: Análise de interferências de perfis automatizados nas eleições de 2014. **Policy Paper**, 2018a. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25739>>. Acesso em 28 maio de 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SIMIONE, Luís. O marqueteiro brasileiro que importou o método da campanha de Trump para usar em 2018. **El País Brasil**, 15 out. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507723607_646140.html. Acesso em 28 maio de 2021.

- SOUZA, Isabela. Direitos humanos: conheça as três gerações. Politize, 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em 28 maio de 2021.
- SUDBRACK, Shana. Desordens informativas e bolhas ideológicas na campanha eleitoral2018: Os impactos do uso do Facebook no comportamento eleitoral, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/207752>. Acesso em 28 maio de 2021.
- United States Senate. Report of the Select Committee on Intelligence United States Senate on Russian Active Measures Campaigns and Interference in the 2016 U.S.Election. Washington, DC. 2019.
- VALENTE, Jonas. Reforma eleitoral abre espaço para propaganda paga em site. **Agência Brasil**, Brasília, 17 out. 2017. Caderno Política. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-10/reforma-eleitoral-abre-espaco-para-propaganda-paga-em-sites>. Acesso em 28 maio de 2021.
- WITKER, Jorge. Cómo elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO E A SUA GARANTIA: A CONDIÇÃO DO TRAVESTI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO⁴³

Milena Thaís Kekhoff Utzig⁴⁴

INTRODUÇÃO

O direito à identidade de gênero, tido como um direito fundamental por estar intrinsecamente relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade, foi reconhecido e assegurado pela Corte Suprema brasileira em 2018, apesar de implicitamente tutelado pelo ordenamento jurídico.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, assim como as decisões proferidas no âmbito de todo o Poder Judiciário a respeito da identidade de gênero e assuntos correlatos, é imprescindível para que as pessoas travestis, bem como toda a população LGBT⁴⁵, tenham o mínimo de dignidade para o desenvolvimento de uma vida plena, seja na sociedade ou nos estabelecimentos prisionais.

Nesse sentido, o presente trabalho versa sobre o travesti no sistema penitenciário brasileiro, o qual está inserido em um contexto de dupla vulnerabilidade: justamente por ser estigmatizado no cotidiano, quando

43 Artigo parcialmente modificado após ser protocolado como trabalho de conclusão do curso da pós-graduação em Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

44 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), exerce o cargo de assistente II de Juiz.

45 A sigla LGBT identifica lésbicas, gays, bissexuais e a população trans: travestis e transexuais. Na sigla, a adição da letra "I" inclui os intersexuais (DIAS, 2016, p. 54).

no cárcere está exposto à violência, além de situações que rompem com a expressão da sua identidade de gênero.

A problemática, portanto, reside na verificação da possibilidade do exercício do direito à identidade de gênero pelos travestis quando condicionados ao sistema penitenciário brasileiro, sem que haja a atuação proativa do Poder Judiciário para tanto.

Dessa forma, por hipótese tem-se que a garantia do direito à identidade de gênero está nas mãos do Poder Judiciário por falta de legislação federal que o discipline e da escassez de políticas públicas.

Sendo assim, a discussão e a abordagem do tema são importantes do ponto de vista social já que, em momento anterior ao julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais pelo STF citadas neste trabalho, não havia solução aparente quanto à correta alocação dos travestis nos estabelecimentos prisionais do país, de modo que inexistia uma uniformidade nas decisões dos juízes singulares sobre o assunto.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO PARA O TRAVESTI

Nos últimos anos, o reconhecimento do direito à identidade de gênero tornou-se possível além do mensurável, seja na sua dimensão social ou na esfera jurídica.

Utilizando do senso comum, poder-se-ia dizer que ambas as esferas foram concomitantemente responsáveis para que a discussão a respeito do direito à identidade de gênero chegasse ao patamar atual.

Entretanto, compreender a identidade de gênero nos parâmetros atuais demanda a observação de conceitos prévios os quais auxiliam nessa percepção, a começar pelas possibilidades de concepção da palavra “sexo”.

Leandro Reinaldo da Cunha enfatiza que “[...] o conceito de sexo é parte integrante da vida das pessoas, podendo certamente ser tido como um dos caracteres mais elementares de identificação da pessoa natural.” (2015, p. 21), isso porque o conceito permeia desde o ato sexual em si e a configuração anatômica dos indivíduos, à distinção das pessoas como pertencentes ao gênero masculino ou feminino (CUNHA, 2015, p. 21).

Neste particular, a fim de identificar o pertencimento do indivíduo ao grupo masculino ou feminino, foram desenvolvidas formas de verificação do sexo das pessoas, conforme se observa:

O sexo morfológico, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas (acusando a presença de ovários na mulher e dos testículos no homem), ressalta feita aos casos de intersexualidade, o sexo cromossômico ou genético, pela análise dos cromossomos (conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear estabelecido pelo exame de cromatina sexual (o sexo cromatínico aponta para características feminizantes, ausentes nos cromossomos masculinos, o corpúsculo de Baar); o sexo psicológico ou social, definido pelo comportamento; o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica; o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes das glândulas sexuais, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher. Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais ou psíquicos [*sic*] (MALUF, 2015, p. 311).

A partir dessas concepções, destaca-se o sexo jurídico, o qual apresenta fundamental importância na vida cotidiana pois está contido no registro civil de cada pessoa. Contudo, mostra-se cada vez mais incongruente o embasamento do sexo jurídico apenas na concepção anatômica, como primordialmente feito, já que o sexo psicológico é de igual relevância para as pessoas transgêneras, transexuais e travestis.

Travesti é aquela “pessoa que, independentemente da sua orientação sexual, aceita o seu sexo biológico, mas se veste, assume e se identifica como do gênero oposto.” (DIAS, 2016, p. 56). Ademais, ao não sentir repulsa por sua genitália, se difere do transexual, vez que este sente a necessidade de redesignar seus órgãos sexuais por meio cirúrgico (DIAS, 2016, p. 56).

Bruna Benevides e Sayonara Naider Bonfim Nogueira complementam o conceito ao afirmar que a pessoa travesti apresenta sexo anatômico masculino, mas tem expressão de gênero feminina, contudo, “não se rei-

vindicam como mulheres da forma com que o *ser mulher* está construído em nossa sociedade.” (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, p. 10).

É nesse sentido que o travesti possui a sua própria identidade de gênero. E por identidade de gênero, então, entende-se aquela

[...] referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento 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 o modo de vertir-se, o modo de falar e maneirismos. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2021, online).

A experiência interna e individual quando compatível com o sexo biológico faz a pessoa ser chamada de cisgênero, enquanto a percepção de pertencimento ao gênero contrário ao sexo biológico caracteriza o indivíduo como transgênero (VIEIRA, 2017, p. 393), conforme elucida Tereza Rodrigues Vieira, estando o travesti inserido neste último conceito.

Referidas conceituações são abordadas também na jurisprudência pátria, a qual, sintetizando o assunto, anuncia:

Para que se compreenda adequadamente o objeto da controvérsia, é importante esclarecer o significado das expressões “sexo”, “gênero” e “orientação sexual”. Como já tive a oportunidade de esclarecer, a palavra sexo, de modo geral, é utilizada para referir-se à distinção entre homens e mulheres, com base em características orgânico-biológicas, baseadas em cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos. Gênero designa o autoconceito que o indivíduo faz de si mesmo como masculino ou feminino. Orientação sexual refere-se à atração afetiva e emocional de um indivíduo por determinado gênero. As pessoas cisgênero são aquelas que se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo e que se encontram nas fronteiras convencionais culturalmente construídas sobre o tema. As pessoas transgênero são aquelas que não se identificam plenamente com o gênero atribuído ao seu sexo biológico, incluindo-se entre as últimas os transexuais, indivíduos que se reconhe-

cem no gênero oposto a seu sexo biológico. Quanto à orientação sexual, são heterossexuais os que se atraem afetiva e sexualmente pelo gênero oposto; homossexuais, os que se atraem pelo mesmo gênero; bissexuais, os que se atraem por ambos os gêneros etc. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2019).

À vista do exposto, infere-se que a expressão da identidade de gênero pelo travesti e pessoas trans constitui um direito, implicitamente abordado no ordenamento jurídico brasileiro como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, à medida que “a dignidade é o fundamento, a origem e o ponto comum entre os direitos fundamentais, os quais são imprescindíveis para uma vida digna.” (NOVELINO, 2018, p. 293).

A dignidade humana é o ponto de partida para a compreensão dos direitos fundamentais. É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, o que o torna detentor de direitos e deveres fundamentais contra qualquer ato degradante e desumano, além de garantir condições existenciais mínimas para o desenvolvimento de uma vida saudável (SARLET, 2015, p. 71).

Portanto, a partir da tutela da dignidade da pessoa humana juntamente com os princípios da liberdade e igualdade, dispostos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, tem-se o direito ao desenvolvimento da personalidade diante da “antijuridicidade de imputar a alguém orientações ou características incompatíveis com a forma pela qual ela se apresenta socialmente.” (KONDER, 2018, p. 9).

A Constituição Federal, ao lançar os alicerces do desenvolvimento da personalidade humana, ao lado dos Princípios de Yogyakarta e do Pacto de São José da Costa Rica, abre caminhos para que outros diplomas legais disponham, especificamente, acerca dos direitos da personalidade, mesmo que não seja em rol taxativo, tal o caso do Código Civil Brasileiro do artigo 11 ao 21.

Flávio Tartuce expõe, nesse aspecto, que os direitos da personalidade dizem respeito aos modos de ser do indivíduo, sejam físicos ou morais (2016, p. 99), mas que não deixam de ser fundamentais, pois no entender de José Afonso da Silva, “no qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” (2014, p. 180).

Por conseguinte, privar as pessoas que se identificam com o gênero oposto, apesar do seu sexo biológico, de exercerem todos os direitos decorrentes da sua identidade de gênero, porquanto tutelados pelo ordenamento jurídico, implica de imediato na violação da dignidade humana, preceito fundamental ao desenvolvimento da vida humana de forma plena.

2. FATORES DETERMINANTES PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história do Brasil é feita da luta por direitos. Este é um fato inegável quando se observa o longínquo tempo decorrido desde a primeira tentativa de abolição da escravidão, com a Lei Eusébio de Queiroz, em 1850, até a publicação da Lei Áurea em 1888. Por sua vez, o voto feminino assegurado pela Constituição de 1934 vinha sendo discutido desde a Constituinte de 1890 (BENTO, 2014, p. 170).

Na mesma proporção, a jornada de trabalho das empregadas domésticas foi regulamentada somente em 2013, setenta anos após a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (BENTO, 2014, p. 168-169).

Seguindo esse histórico, os esforços empenhados pelas pessoas trans (os travestis, os transexuais e os transgêneros) não seriam diferentes no que concerne à luta pelo direito à identidade de gênero, conforme exposto alhures. Assim como é a luta de toda a comunidade LGBT pela garantia de outros direitos fundamentais não respeitados. Entretanto, em nenhum outro momento o Poder Judiciário se fez tão atuante e imprescindível nesse contexto, mas isso graças ao modelo constitucional contemporâneo.

Perdurava até a Segunda Guerra Mundial o modelo conhecido como “Estado Legislativo”, no qual figurava a centralidade da lei e a primazia do parlamento, posto que a Constituição jurídica era vista como um documento político e, portanto, não era aplicada diretamente, o que a deixava à mercê do legislador ou do administrador (BARROSO, 2018, p. 42-43).

Naquele tempo, a norma e a realidade encontravam-se isoladas (HESSE, 1991, p. 13). Após as barbáries da guerra, gradativamente o Estado constitucional de direito se consolidou.

O modelo constitucional conhecido por neoconstitucionalismo trouxe efetividade ao Estado constitucional de direito, justo porque a dignidade da pessoa humana é o centro do ordenamento jurídico junto aos direitos fundamentais e ao Estado constitucional democrático (NOVELINO, 2018, p. 58).

Acompanhando as diretrizes do neoconstitucionalismo, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal (STF), precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102, CF/88), de modo que cabe à Corte Constitucional brasileira “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.” (BARROSO, 2018, p. 54).

Dessa forma, fica evidente a participação ativa do Poder Judiciário como promotor dos direitos fundamentais, visto que o Poder é a jurisdição constitucional consubstanciada na interpretação e aplicação da Carta Magna por órgãos judiciais (BARROSO, 2018, p. 43).

Para além da jurisdição constitucional, verifica-se a crescente judicialização da vida nos últimos anos, dado que as questões políticas estão sendo decididas em última medida pelo Poder Judiciário (VERBICARO, 2008, p. 390; BARROSO, 2018, p. 44).

Nesse particular, Loiane Prado Verbicaro aponta, como condições facilitadoras do processo de judicialização da política, os seguintes fatores:

a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão

da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório (2008, p. 390).

Embora Verbicaro aponte a hipertrofia legislativa como fator facilitador do processo de judicialização da política, quando se trata dos direitos das pessoas trans e da população LGBT parece mais adequado falar em atrofia legislativa.

Tal premissa é facilmente constatada a partir da tramitação do Projeto de Lei 580/2007. Apresentado na Câmara dos Deputados em 27 de março de 2007 com o objetivo de alterar a Lei nº 10.406/2002 e dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva — tendo como apensos, dentre outros, os projetos de lei 4914/2009 e 5167/2009 —, teve sua última movimentação em 11 de abril de 2019, quando foi designado o relator (BRASIL, 2007). Ou seja, após doze anos, o referido projeto ainda tramita e não saiu do papel.

Nesse contexto de morosidade, não resta alternativa senão a atuação da Corte Constitucional brasileira para exercer o papel conferido pela Lei Maior do Estado.

Destarte, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, em 05 de maio de 2011, de forma a reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico por meio da interpretação conforme a Constituição (BRASIL, 2011). Não só nesse caso, a Corte teve importante atuação no julgamento da ADI 4275 no sentido de possibilitar a alteração do prenome e da classificação do gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou laudos de terceiros, pautando-se no direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL, 2018). O julgamento da ADI 4275 pelo Plenário do STF ocorreu em 01 de março de 2018.

Outro ponto importante a contribuir para a judicialização da política e sua intrínseca relação com o protagonismo judicial advém da escassez e da descontinuidade das políticas públicas implantadas por governos anteriores.

Apesar do Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) ter lançado, no ano de 2002, o Programa Nacional de Direitos Humanos 2 (PNHD 2), o qual continha uma sessão exclusiva de políticas públicas para “Gays,

Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais – GLTTB” (ARAGUSUKU; LARA; FRACCAROLI; MARTINS, 2019, p. 12), as ações “não chegaram a ser assumidas por nenhum órgão de governo como um conjunto de diretrizes para a formulação de políticas públicas” (MELLO; BRITO; MARAJOLA, 2012, p. 408).

Por outro lado, embora o Governo Lula tenha criado o programa Brasil Sem Homofobia (2004) e implantado o Conselho Nacional LGBT em 2010 (MELLO; BRITO; MARAJOLA, 2012, p. 408-409), o Governo Temer, ao jogar politicamente com conservadores e progressistas, abriu espaços mínimos para o desenvolvimento de políticas públicas de direitos humanos (ARAGUSUKU; LARA; FRACCAROLI; MARTINS, 2019, p. 23).

No que toca à proteção das pessoas trans e da comunidade LGBT, não se pode afirmar que as políticas públicas, “entendidas como diretivas de governo expressas em ações postas em prática por agentes públicos, funcionam como diretrizes e princípios norteadores da ação do poder público” (PEDRA; SOUZA; RODRIGUES; SILVA, 2018, p. 180), estejam ausentes no cenário político brasileiro, entretanto, há notória fragilidade e deficiências estruturais as quais acarretam na falta de efetividade das ações governamentais, dentre elas:

- a) ausência de respaldo jurídico que assegure sua existência como políticas de Estado, livres das incertezas decorrentes das mudanças na conjuntura política, da homofobia institucional e das pressões homofóbicas de grupos religiosos fundamentalistas;
- b) dificuldades de implantação de modelo de gestão que viabilize a atuação conjunta, transversal e intersetorial, de órgãos dos governos federal, estaduais e municipais, contando com a parceria de grupos organizados da sociedade civil;
- c) carência de previsão orçamentária específica, materializada no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA); e
- d) reduzido número de servidoras públicas especializadas, integrantes do quadro permanente de técnicas dos governos, responsáveis por sua formulação, implementação, monitoramento e avaliação (MELLO; BRITO; MARAJOLA, 2012, p. 418).

Portanto, a conjuntura política brasileira claramente demonstra a atrofia legislativa e, conseqüentemente, a inevitável judicialização da política. Esses fatores favorecem o protagonismo do Poder Judiciário ao proteger e promover os direitos fundamentais pautados no princípio da dignidade humana.

3. A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES EM FACE DA VULNERABILIDADE DO TRAVESTI NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Antes mesmo do julgamento da ADI 4275, em 2018, na completa ausência de legislação acerca dos direitos das pessoas trans, o respeito à identidade de gênero foi traduzido em “nome social”. Instituições como universidades, escolas, ministérios, dentre outras, passaram a permitir o uso do nome social e do gênero escolhido pelas pessoas trans a fim de evitar, por exemplo, a evasão escolar e garantir ambientes menos hostis (BENTO, 2014).

Esse “jeitinho brasileiro” de contornar o problema também ocorria em decisões judiciais, por volta de 2012, onde aprovaram a mudança de nome no registro civil, porém o sexo biológico era mantido o mesmo nos documentos civis. Essa inconsistência foi chamada por Berenice Bento de “cidadania precária”, por ser “uma forma de continuar condenando a pessoa a uma morte em vida” (BENTO, 2014, p. 178).

O termo “cidadania precária”, por outro lado, cai como uma luva diante da situação de dupla vulnerabilidade na qual o travesti está inserido dentro do sistema penitenciário brasileiro.

A vulnerabilidade da pessoa travesti se mostra evidente no cotidiano. O *Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019* aponta que “99% das pessoas LGBTI participantes [da pesquisa realizada] afirmaram não se sentirem seguras no país”, enquanto 121 travestis foram vítimas de assassinato em 2019 (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021). Por seu turno, no sistema penal brasileiro essa vulnerabilidade é ainda mais aparente e não menos impactante.

A função do direito penal, nas palavras de Yuri Carneiro Coêlho, “se traduz na necessária proteção de bens jurídicos, diante da ameaça de lesão ou exposição a perigo de lesão de um bem jurídico.” (2019, p. 74),

sendo os exemplos mais comuns de bens jurídicos “a vida, integridade física, saúde, patrimônio, moralidade administrativa, meio ambiente, ordem econômica entre outros.” (COELHO, 2019, p. 75).

Ao tutelar a integridade física e a saúde da vítima, por exemplo, o sistema penal brasileiro entra em contradição, justo porque não é capaz de garantir a observância desses mesmos preceitos nos locais de cumprimento de pena, os quais são tradicionalmente divididos entre instituições ou alas masculinas e femininas.

Dessa forma, as instituições penais refletem a cultura da heteronormatividade. Contudo, tal padrão não se mostra mais suficiente para garantir a integridade física dos detentos.

O documento técnico elaborado em 2020 pelo Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT, vinculado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, aferiu que estavam em unidades prisionais masculinas 1333 gays, 572 bissexuais, 455 travestis e 163 transexuais. Ao passo que nas unidades femininas havia 1356 lésbicas, 866 bissexuais e 3 transexuais (BRASIL, 2020, p. 20).

A pesquisa assevera, por outro lado, que os dados quantitativos não podem ser utilizados como instrumento de censo devido à natureza e à dificuldade em garantir a homogeneidade da amostra. O que roborava uma realidade subjugada, longe de ser conhecida de fato, para além da existência da frequente violação dos Direitos Humanos no cárcere.

Nesse contexto, a travesti Vitória Rios Fortes, presa por tráfico em 2009, relatou para a jornalista Sandra Kiefer (2014) que mutilou os braços para chamar a atenção da diretoria da penitenciária, pois

Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. (KIEFER, 2014).

Vitória revela, ainda, que chegou a sofrer 21 estupros em um único dia, além de ter contraído hepatite e sífilis (KIEFER, 2014).

Sobre o assunto, a coordenadora de Diversidade Sexual do governo de Minas Gerais, Walkíria La Roche, aduz que “Dentro das cadeias, os

travestis são usados como moeda de troca entre os presos”, assim, “muitos evitavam declarar a homossexualidade dentro da prisão para não sofrer preconceito. Nem todo gay é afeminado, mas os travestis e transexuais já trazem isso no crachá.” (KIEFER, 2014).

Ao realizar um diagnóstico técnico no Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco, a Corte Interamericana de Direitos humanos constatou que

O Estado informou que havia realizado uma reforma para abrigar e proteger o grupo LGBTI, mas o que se viu no PFDB, na inspeção efetuada pelos Representantes, em 29 de maio de 2018, foi a instalação de um alambrado, que torna o local mais parecido com uma jaula. Pelo menos 10 pessoas dormiam no chão com seus colchões velhos, e o Estado não forneceria roupa de cama ou uniformes para os internos. **As presas e presos LGBTI do Complexo de Curado continuam em celas dentro dos pavilhões masculinos, os quais são vigiados por “chaveiros”, deixando, principalmente, as presas transexuais e travestis vulneráveis à violência, especialmente de natureza sexual.** Reiteraram que tampouco há acesso por parte desse grupo a nenhuma das especificidades que seu encarceramento exige, como hormônios, e a sua identidade de gênero. Apesar da ordem específica da Corte, não se dispõe de nenhum dado proporcionado pelo Estado sobre presos e presas LGTBI, desde o número de presos nesse grupo até seu acesso à saúde, sendo impossível averiguar se existe discriminação no acesso a serviços básicos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018) (grifo do autor).

Salienta-se, a partir das constatações da Corte Interamericana, o fato da população LGBTI continuar em celas nos pavilhões masculinos sob a guarda dos chaveiros, ou seja, aqueles que detêm a ordem interna do Instituto sem que esta seja exercida pela autoridade penitenciária (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018), tendo em vista a exposição dos travestis à violência sexual, principalmente. Ainda, carecem de acesso a hormônios e padecem de qualquer direito de expressão da sua identidade de gênero.

A privação do acesso a hormônios, por exemplo, fere o artigo 7º, parágrafo único, da Resolução Conjunta nº 01/2014 (BRASIL, 2014), criada no sentido de minimizar a degradante situação vivenciada pelo travesti no encarceramento, bem como de outras pessoas LGBT.

A Resolução também prevê que, às travestis privadas de liberdade, são oferecidos espaços de convivência específicos, condicionados à expressa manifestação de vontade, conforme artigo 3º e parágrafo segundo (BRASIL., 2014). Ademais, a pessoa travesti pode usar roupas masculinas ou femininas, ter cabelos longos, e garantir outros caracteres secundários devido à identidade de gênero (BRASIL; Ministério da Justiça; Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, 2014).

No que tange à Resolução Conjunta ser clara quanto aos procedimentos de acolhimento dos travestis, o direito de encaminhamento para unidades prisionais femininas foi concedido apenas às mulheres transexuais. Desse modo, a travesti D.S.S, por meio da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, interpôs Agravo Regimental em face do indeferimento do pedido de pernoite em cela feminina, o qual foi negado pelo Tribunal de Justiça Rio-grandense (BRASIL, 2021).

Por via de consequência, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a dirimir a questão após ser impetrado *Habeas Corpus* pela paciente travesti, concedendo a liminar no sentido de:

À vista do exposto, concedo a liminar para determinar a colocação da paciente em espaço próprio, compatível com sua identidade de gênero, separada dos homens e mulheres que cumprem pena no Presídio Estadual de Cruz Alta. Não sendo, como tudo indica, possível o imediato atendimento desta determinação, deverá a paciente ser colocada na ala feminina no presídio, preferencialmente em cela individual. [...] De toda sorte, em nenhuma hipótese poderá a paciente continuar a pernoitar no alojamento masculino do Presídio Estadual de Cruz Alta ou de qualquer outro estabelecimento penal do Estado do Rio Grande do Sul (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2021).

As frequentes decisões judiciais conflitantes a esse respeito — conforme observado no caso da travesti D.S.S, a qual teve que fazer uso de

Habeas Corpus para exercer o direito ao pernoite em cela feminina — ensejaram o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527.

Ao julgar a referida ADPF, cessando as discussões a respeito do pernoite do travesti em cela feminina, o relator ministro Luís Roberto Barroso pautou-se no Princípio 9 de Yogyakarta⁴⁶, de forma a outorgar tanto às travestis quanto às transexuais “com identidade de gênero feminina o direito de opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança” (BRASIL, 2021).

A análise dos dados e da vivência das travestis no cárcere permite concluir que a dupla vulnerabilidade decorrente da inserção delas nesse ambiente tende a ser minimizada pelo Supremo Tribunal Federal — mesmo existindo portarias e resoluções administrativas sobre o assunto — ao preferir decisões no sentido de promover os direitos fundamentais decorrentes da identidade de gênero quando não observados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, abordou-se o direito à identidade de gênero de modo a esclarecer o que se entende por identidade de gênero em relação à pessoa do travesti e porque esse direito é considerado fundamental. Por conseguinte, o estudo perpassou alguns dos fatores que propiciam a judicialização da política e a atuação sem precedentes do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Dentre esses fatores, encontram-se a atrofia legislativa, as deficiências estruturais e o jogo político no país.

Por fim, no último capítulo buscou-se refletir criticamente sobre a dupla vulnerabilidade do travesti no sistema prisional brasileiro e, via de consequência, em que medida as decisões do Superior Tribunal de Justiça e — com a última palavra — do Supremo Tribunal Federal asseguraram a expressão de identidade de gênero do travesti nas instituições prisionais,

46 Princípio 9 - DIREITO A TRATAMENTO HUMANODURANTE A DETENÇÃO: “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa”. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 19/05/21.

de modo a eliminar decisões conflitantes preferidas por juízes singulares a esse respeito.

A partir da análise do tema, é possível concluir que o direito fundamental à identidade de gênero (e correlatos) não seria reconhecido se não fosse pelas decisões promulgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Porquanto, tais decisões, de certa forma, atenuam a dupla vulnerabilidade que recai sobre os travestis no sistema penitenciário brasileiro a medida em que a vulnerabilidade a qual estão sujeitos está longe de findar.

Conseqüentemente, os resultados obtidos com a pesquisa refletem a relevância e a necessidade da atuação das Cortes Superiores brasileiras na promoção dos direitos fundamentais enquanto garantia da ordem constitucional vigente frente às críticas a respeito da judicialização da política e do papel contramajoritário desempenhado pelo STF, a serem analisadas em momento oportuno.

REFERÊNCIAS

- ARAGUSUKU, Henrique Araujo; LARA, Maria Fernanda Aguilar; FRACCAROLI, Yuri; MARTINS, Alexandre Nogueira. Estado, políticas sexuais e cidadania LGBT no Brasil pós-impeachment. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, Redenção, v. 2, n. 4, 2019. Disponível em: <<https://revistas.unilab.edu.br/index.php/rebeh/article/view/244/209>>. Acesso em: 15/04/21.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. *E-book* Kindle.
- BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (Orgs). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>>. Acesso em: 15/04/21.
- BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Contemporânea**, São Carlos, v. 4, n. 1, p. 165-182, Jan./Jun. 2014. Disponível em: <<http://www.contemporanea.org>>.

ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197/101>. Acesso em: 30/03/21.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02/03/21.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 580/2007**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>>. Acesso em: 15/04/21.

_____. Conselho Nacional de Combate de Discriminação; Ministério da Justiça; Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. **RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1, DE 15 DE ABRIL DE 2014**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2014/resolucao-conjunta-no-1-de-15-de-abril-de-2014.pdf/view>>. Acesso em: 12/03/21.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 02/03/21.

_____. Lei nº 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. PL 634/1975.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Documento técnico contendo o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>>. Acesso em: 12/03/21.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 497.226**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 13 de março de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC%20Min%20Schietti.pdf>. Acesso em: 20/03/21.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 01 de março de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399205/false>>. Acesso em: 06/10/18.
- _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%204277&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 20/03/21.
- _____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527**. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 18 de março de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1181625/false>>. Acesso em: 20/03/21.
- _____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 600**. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1057056/false>>. Acesso em: 05/03/21.
- COELHO, Yuri Carneiro. **Manual de direito penal**: volume único. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Assunto do Complexo Penitenciário de Curado**, 2018. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/api/files/1546979100673fvksh1xqjwu.pdf>>. Acesso em: 15/03/21.
- CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero**: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KIEFER, Sandra. Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação. **Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 25 de nov. de 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml>. Acesso em: 10/03/21.
- KONDER, Carlos Nelson de Paula. O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. **Pensar**, Fortaleza, v.23, n. 1, p. 1-11, jan./mar. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/7497/pdf>>. Acesso em: 30/03/21.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Debus. **Curso de bioética e biodireito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MELLO, Luiz; BRITO, Walderez; MARAJOLA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 39, p. 403-429, Dez. 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/cpa/a/YQWsXdYVRgF-gWsW9c5w8mnw/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 10/03/21.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- PEDRA, Caio Benevides; SOUZA, Evelyne Cirilo; RODRIGUES, Raphael Vasconcelos Amaral; SILVA, Thaysa Sonale Almeida. Políticas públicas para inserção social de travestis e transexuais: uma análise do programa “Transcidadania”. **Revive** - Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.1, p. 170-199, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/revive/article/view/5091>>. Acesso em:10/03/2021.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 19/05/21.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista da Direito GV**, n. 8, p. 389-406, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/xw8SQHNmZc7PHw7hzzjdZbC/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 10/03/21.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade, transgênero, cisgênero e o bem-estar autodeterminado. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

O STF E A ADI Nº 4.439/DF: REFLEXÃO SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

*Albino Gabriel Turbay Junior*⁴⁷

*José Bruno Martins Leão*⁴⁸

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é marcada pela diversidade de etnias, concepções políticas, valores sociais, culturais e econômicos, o que constitui uma sociedade heterogênea e complexa. Por isso, a ideia de soberania deve estar vinculada ao sentido pluralista e democrático.

Nesse cenário de diversidade constata-se a existência de vários tipos de religiões, cada qual assumindo suas particularidades no que concerne aos seus objetos de culto, prática de liturgias e exercício público de crenças voltadas à assunção de uma religiosidade; em especial por ser o reduto no

47 Doutor em Direito (Instituição Toledo de Ensino - ITE). Mestre em Direito (UNIPAR). Especialista em Direito Processual (PUC/PR) e em Docência do Ensino Superior (UNIPAR). Bacharel em Direito (UNIPAR). Professor no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e do curso de Direito (UNIPAR). Advogado.

48 Mestrando em Direito (UNIPAR). Especialista em Análise Criminal, Ciência Política, Criminologia, Direito Penal e Processual Penal, Docência Jurídica, Docência do Ensino Superior, Educação Especial e Inclusiva, Educação de Jovens e Adultos (EJA), Gestão em Segurança Pública, Metodologias em Educação a Distância e Psicologia Forense e Jurídica. Graduado em Direito, Filosofia e Letras. Advogado.

qual muitas pessoas encontram a solução e o conforto diante dos medos, angústias e de questões variadas sobre o real sentido da vida.

O Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal, assegura a todos o direito à liberdade religiosa, consubstanciada na inviolabilidade da liberdade de crença e de consciência, bem como na proteção aos locais de cultos e suas liturgias, conforme o artigo 5º, capítulo VI. Isto é, a liberdade de se assumir sectário de crenças e cultos religiosos pertence ao cidadão, não ao Estado, uma vez que o ente público deve permanecer distante de qualquer postura que adote uma religião com ares de oficialidade institucional.

Partindo dessa conjuntura social e jurídico-constitucional, e respaldado em revisão bibliográfica, o presente artigo tem como objetivo analisar a diretriz da liberdade religiosa em alguns documentos internacionais, salientando dispositivos do ordenamento jurídico pátrio e, ao final, apresentar a discussão realizada no Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADI nº 4.439/DF, a qual teve por objeto de análise a (in)constitucionalidade do ensino religioso praticado nas escolas públicas brasileiras, em contraposição à condição de laicidade necessariamente ostentada pelo Estado.

1. NOTAS DE DIREITO INTERNACIONAL SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA

Num Estado Democrático de Direito, um dos valores mais caros para a sociedade é a proteção da liberdade da pessoa humana, tais como a liberdade de locomoção, de associação e de expressão do pensamento, além da conhecida liberdade religiosa, a qual abrange a liberdade de crença e de culto, que é, aliás, “uma das mais antigas reivindicações do indivíduo”, motivo pelo qual também “foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e a alcançar a condição de direito humano e fundamental”, o que, de igual forma, a consagrou na seara “do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, on-line).

Importa salientar que a liberdade religiosa, no entender de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), compreendida como a proteção de opiniões e cultos de expressão de viés religioso, relacionando-se com a ideia da espiritualidade muito presente no interior das sociedades, sempre se manteve

em destaque nas agendas nacionais e internacionais a título de tutela de direitos humanos e fundamentais; razão pela qual encontra contundente respaldo nos textos normativos de variados documentos de repercussão jurídica transnacional.

Nesse sentido, cumpre transcrever o que diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, na qual em seu artigo 18, na linha defensiva das liberdades, consigna com clareza: “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.”.

Na mesma linha temática, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 18, foi além dos termos consagrados universalmente no bojo da declaração de direitos acima referida:

ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 12º, trata sobre o exercício da liberdade religiosa. A Convenção assim dispõe:

Artigo 12º - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado. 2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças. 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Ainda, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 9º, ao versar acerca da “Liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, prescreve:

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

Tavares (2020) lembra que as declarações de direitos de modelo ocidental comumente versam sobre a relação entre Estado e Igreja. Desse modo, como exemplo de outros documentos internacionais responsáveis pela previsão da liberdade religiosa como expressão do tecido social, am-

parados igualmente pela noção do jusnaturalismo, o autor cita a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a qual proclamou a ampla liberdade de religião, e a Declaração Francesa de Direitos, de 1789, na qual se aborda um caráter mais voltado à tolerância religiosa.

Nesse ponto, restou entendido que a liberdade religiosa é um preceito fundamental integrante do rol de direitos humanos e que em muito transcende as disposições afirmadas no direito pátrio. Dessa forma, ecoa no cenário internacional a proteção do direito de escolher uma religião, manifestar-se publicamente a seu respeito, praticá-la em locais legalmente protegidos de culto e, inclusive, o direito de modificar a qualquer momento a escolha de consciência religiosa anteriormente assumida sem que, neste contexto, haja quaisquer interferências do Poder Público, de modo a restringir o exercício de tal direito, seja ao minar suas disposições normativas, seja ao lhe retirar a eficácia por meio de investidas autoritárias do Estado.

2. A LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

No âmbito da Constituição Federal de 1988, a primeira reflexão feita sobre a extensão da religiosidade e seu respectivo amparo se encontra no preâmbulo, pois assinalou-se a expressa invocação da proteção de Deus como norte direcionador da ação do legislador constitucional.

Na ocasião, por deliberação da Assembleia Nacional Constituinte, assentou-se a seguinte nota introdutória da Lei Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

A respeito do preâmbulo, entende-se que ele “é como a certidão de nascimento da nova ordem jurídico-constitucional, anunciando o texto normativo da CF que lhe servirá de marco.”. Dessa forma, “Nele se inscrevem os fins últimos da ordem política fundamental, propiciando origem, legitimidade e unidade ao ordenamento normativo que a ele se seguirá.” (MACHADO; FERRAZ, 2018, p. 1).

Indaga-se, porém, se o texto do preâmbulo da Constituição brasileira teria ou não força vinculante em relação aos textos positivados pelos constituintes estaduais, particularmente, aqui, no que concerne à invocação da salvaguarda divina. A fim de não restar dúvidas, prevalece a tese da redação constitucional preambular “não integrar a parte normativa da CF”, a despeito de estabelecer “as pretensões e intenções do constituinte e os valores supremos do constitucionalismo brasileiro, condicionando os meios para sua realização.” (MACHADO; FERRAZ, 2018, p. 1).

Relativamente a essa questão, o Supremo Tribunal Federal (STF) também já se manifestou, em especial sobre o excerto referente à “proteção de Deus”:

CONSTITUCIONAL. *CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, ADI 2076/AC, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 15/08/2002, Publicação: 08/08/2003).*

Constata-se que o debate levado à Suprema Corte é sobre a natureza de norma central em relação aos enunciados normativos componentes do texto constitucional, debate a partir do qual se ratifica o entendimento de que normas constitucionais centrais devem ser obrigatoriamente re-

produzidas na redação das constituições dos Estados enquanto entes da federação.

Daí firmou-se que o preâmbulo da Constituição não configura norma central, afastando-se, pois, o questionado dever de reprodução obrigatória referida, vez que o preâmbulo “não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte.” (BRASIL, 2002).

A despeito do posicionamento abertamente assumido no preâmbulo da Constituição Federal, prevalece o fato de que a República Federativa do Brasil, em verdade, trata-se de um Estado laico, sendo por definição um modelo de Estado o qual não adotou qualquer religião oficial, não considerado, portanto, um Estado confessional, “embora o modelo de Estado confessional não implique, necessariamente, a intolerância com a prática de outras confissões.” (TAVARES, 2020, online).

De qualquer forma, o que importa é que a Constituição brasileira de 1988 propugnou a liberdade religiosa, especificamente ao proclamar ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.” (artigo 5º, VI).

Pela leitura do texto constitucional, infere-se que a denominada liberdade religiosa, no Brasil, comporta uma série de liberdades particulares e inerentes à confissão de determinada escolha de fé, culto ou qualquer outra noção de espiritualidade na medida em que tal direito, com natureza fundamental, também inclui a liberdade de

- i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada. (TAVARES, 2020, on-line).

Tavares (2020) registra que, ao mesmo tempo em que o Estado possui o dever de não imiscuir na esfera privada da pessoa humana no que diz respeito à sua plena liberdade de consciência e de crença (direito fundamental negativo), cabe também ao Poder Público, num contexto de dimensão positiva da liberdade de religião, manter um espaço adequado para o desenvolvimento das variadas confissões religiosas professadas no território brasileiro, de maneira a se

vislumbrar vedações dirigidas ao Estado, quando se trata de liberdade religiosa, como a proibição de: i) guerras santas; ii) discriminação estatal (*lato sensu*) arbitrária e danosa entre as diversas igrejas; iii) obrigar que o indivíduo apresente e divulgue suas convicções religiosas; iv) estabelecer critérios axiológicos para selecionar as melhores religiões; v) estabelecer pena restritiva de direitos junto a templo religioso. (TAVARES, 2020, on-line).

A partir das razões jurídico-constitucionais acima expostas, cabe então analisar o debate sobre liberdade religiosa, ocorrido no Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.439/DF, na tentativa de delimitar os contornos entre as ingerências constitucionais e legítimas do Estado de Direito e o direito fundamental à liberdade religiosa.

3. O STF E O ENSINO RELIGIOSO (ADI Nº 4.439/DF)

No dia 27 de setembro de 2017, em Plenário, os ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora ministra Cármen Lúcia, julgaram, por maioria de votos, improcedente a ação direta de inconstitucionalidade nº 4439/DF, restando vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Deste julgamento, assentou-se a ementa do acórdão, “*in verbis*”:

ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFSSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO

CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. 2. A interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da *tolerância e diversidade de opiniões*. 3. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. 4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, *caput*), de ensino confessional das diversas crenças. 5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu *direito subjetivo ao ensino religioso* como disciplina dos horários normais das escolas públicas

de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos *dogmas da fé*, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões. 6. O binômio *Laicidade do Estado/ Consagração da Liberdade religiosa* está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a *voluntariedade da matrícula para o ensino religioso*, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente *impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso*, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais. 7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. (STF, ADI nº 4439/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Roberto Barroso, Redator do acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, Julgamento: 27/09/2017, Publicação: 21/06/2018).

Para compreender a emenda acima transcrita, é importante tomar conhecimento de informações precisas constantes do relatório a fim de explicitar a iniciativa, o objeto e a finalidade da ação direta em comento. Desse modo, é indispensável rememorar que se tratou de “ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria-Geral da República, tendo como objeto o artigo 33, *caput* e incisos 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”)", além do “artigo 11, inciso 1º do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (“Acordo Brasil-Santa Sé”)", sendo este “aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado por meio do Decreto nº 7.107/2010.” (BRASIL, 2017).

Torna-se necessário, neste momento, a transcrição dos dispositivos legais impugnados no bojo da ação direta em tela:

Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

Decreto nº 7.107/2010 - Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé

Artigo 11. [...]

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

Diante disso, a ADI buscou “conferir interpretação conforme a Constituição Federal aos referidos dispositivos, com vistas a assentar que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional”, proibindo também a “admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.”. Ainda, pretendeu “obter subsidiariamente a declaração de inconstitucionalidade do trecho ‘católico e de outras confissões religiosas’, constante no artigo 11, parágrafo 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.” (BRASIL, 2017).

À época do julgamento, a Procuradoria-Geral da República defendeu a tese segundo a qual “a única forma de compatibilizar o caráter laico do Estado brasileiro (CF/1988, artigo 19, I) com o ensino religioso nas escolas públicas (CF/1988, artigo 210, parágrafo 1º) consiste na adoção de modelo não-confessional.”. Isso porque, “nesse modelo, a disciplina deve ter como conteúdo programático a exposição das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões”, o que inclui “posições não-religiosas, ‘sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores’, e deve ser ministrada por professores regulares da rede pública de ensino”, e não tão somente por “pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas” (BRASIL, 2017).

Dessa forma, assegurou-se ser o princípio da laicidade não compatível com o modelo “(i) confessional, que tem como objetivo a promoção de uma ou mais confissões religiosas e é, preferencialmente, ministrado por representante da confissão”; nem com o modelo “(ii) interconfessional ou ecumênico, cujo objetivo é a promoção de valores e práticas religiosas, com base em um consenso entre as religiões dominantes na sociedade”, podendo, inclusive, “ser ministrado tanto por representantes das comunidades religiosas quanto por professores da rede pública sem filiação religiosa declarada.” (BRASIL, 2017).

Segundo o parecer da PGR, “ambos os modelos implicariam endosso ou subvenção estatal a crenças, não existindo a neutralidade estatal em matéria religiosa postulada pelo princípio da laicidade.”. E pelas mesmas razões a PGR defendeu que “representantes das diferentes denominações religiosas não podem ser admitidos na condição de professores da disciplina.” (BRASIL, 2017).

Em voto vencido, o relator ministro Roberto Barroso fez considerações a respeito da religião na vida da comunidade contemporânea. Para o eminente relator: “No plano existencial, a religião se liga a sentimentos humanos, como medo e esperança, e ao cultivo de valores morais e espirituais, que remetem ao bem, à solidariedade e à compaixão”; considerando, aliás, os tempos atuais, onde “a ascensão das ciências e o avanço tecnológico não deram conta das demandas espirituais da condição humana.” (BRASIL, 2017).

Por isso que para o relator, ante a relevância deste debate — especialmente quando se coloca a figura do Estado soberano diante da liber-

dade individual de crença e de consciência — tem-se que ao Estado, em primeiro lugar, “cabe-lhe assegurar a *liberdade religiosa*, promovendo um ambiente de respeito e segurança para que as pessoas possam viver suas crenças livres de constrangimento ou preconceito” e, em segundo lugar, “é dever do Estado conservar uma posição de *neutralidade* no tocante às diferentes religiões, sem privilegiar ou desfavorecer qualquer uma delas.” (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, ao esboçar as principais normas constitucionais a respeito do fenômeno religioso, o relator faz a transcrição dos seguintes dispositivos presentes no Texto Maior, “*in verbis*”:

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:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Art. 210. [...]

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Estabelecidas as premissas textuais de ordem constitucional sobre a temática, insta registrar que em seu voto, o relator ministro Roberto Barroso, após anunciar a disposição expressa da Constituição Federal, também estrutura pilares da controvérsia prático-constitucional aqui aven-

tada, mormente ao organizar contornos reflexivos do possível conteúdo jurídico da ideia de laicidade do Estado.

Assim, como primeira dimensão desse conteúdo jurídico, identificador Estado verdadeira e legitimamente laico, tem-se a (i) separação formal entre Estado e Igreja, tendo em vista que “Um Estado laico não pode identificar-se formalmente com qualquer religião ou doutrina religiosa”; em seguida, impõe-se a exigência de (ii) neutralidade estatal em matéria religiosa, “que veda o estabelecimento, pelo Estado, de preferências ou discriminações entre as confissões religiosas, bem como de interferências da religião no exercício das funções estatais.” (BRASIL, 2017). Nessa linha, assevera o relator:

Assim, a laicidade como neutralidade impede que o Estado (i) favoreça, promova ou subvencione religiões ou posições não-religiosas (*neutralidade como não preferência*); (ii) obstaculize, discrimine ou embarace religiões ou posições não-religiosas (*neutralidade como não embarço*); e (iii) tenha a sua atuação orientada ou condicionada por religiões ou posições não-religiosas (*neutralidade como não interferência*). (BRASIL, 2017).

E como último conteúdo jurídico essencial da laicidade do Estado, percebe-se a presença da (iii) garantia da liberdade religiosa, a qual configura, em primeiro lugar, “um direito fundamental autônomo em relação ao princípio da laicidade, positivado expressamente pela Carta de 1988 (arts. 5º, VI e VIII, 143, § 1º e 150, VI, b)”, ao mesmo tempo em que “integra a autonomia individual e o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, sendo expressão nuclear da dignidade humana.” (BRASIL, 2017).

Em última menção ao entendimento do relator na referida ação direta, embora não vencedor, o ministro Roberto Barroso afirmou

É preciso que o objetivo de transmitir, da forma mais neutra e imparcial possível, conhecimentos sobre as diferentes religiões (e, assim, favorecer a tolerância e o respeito mútuo) permeie a definição dos conteúdos, práticas docentes e a implementação da disciplina no dia-a-dia da sala de aula, de modo a evitar que a escola

pública se transforme em espaço de doutrinação não admitida pela Constituição. (BRASIL, 2017).

E é exatamente nesse contexto em que o ministro Alexandre de Moraes, ao ecoar a tese vencedora na ação direta, adverte que essa linha de raciocínio a partir da qual se entende o ensino religioso apenas como uma abordagem meramente tolerada pelo Estado, no sentido de abordá-lo em sala de aula através de uma metodologia a qual eventualmente o exponha de forma neutra e imparcial, abarcando os aspectos gerais de diferentes religiões, em verdade, configura

forte censura prévia às opiniões religiosas diversas, ao pleitearem um conteúdo neutro e meramente descritivo de religiões, em uma impensável “doutrina religiosa oficial”, criada artificialmente pelo Poder Público, mesmo que em disciplinas de matrícula facultativa; confundindo a proibição de um Estado Confessional com a determinação constitucional para que o nosso Estado Laico garanta, em igualdade de condições, o ensino religioso no ensino fundamental das escolas públicas, somente para aqueles que queiram. (BRASIL, 2017).

Por tal motivo, o ministro Alexandre de Moraes, ao consignar que o ensino religioso enquanto constitucionalmente garantido não se trata de um dever imposto pelo Estado, mas, com efeito, de um direito subjetivo individual contendo em seu núcleo definidor “os dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, de cada uma das diversas confissões religiosas”, a partir do que se percebe “que não há possibilidade de neutralidade ao ministrar essa disciplina, que possui seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o diferenciam.” (BRASIL, 2017).

Nos fundamentos de seu voto, o ministro Alexandre de Moraes esclarece que a disciplina de ensino religioso deve “ser oferecida segundo a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal”, pois “seja ao impor determinada crença religiosa, seja ao estabelecer fictício conteúdo misturando diversas crenças religiosas, em desrespeito à singularidade de cada qual”, o que acabaria

“confundindo o ensino religioso com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões.” (BRASIL, 2017).

Enquanto o relator da ação direta, ministro Roberto Barroso, sugere inclusive que o Ministério da Educação (MEC) estabeleça orientações curriculares gerais aos demais sistemas de ensino (estados-membros, distrito federal e municípios) sobre o ensino da religiosidade em escolas públicas, para o ministro Alexandre de Moraes essa possibilidade de controle anterior de conteúdos religiosos seria um dirigismo impositivo:

O respeito ao binômio *Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade Religiosa*, na implantação do ensino religioso de matrícula facultativa, somente será atingido com o afastamento do dirigismo estatal na imposição prévia de conteúdo, que significaria verdadeira censura à liberdade religiosa, e com a observância do Poder Público, tanto da livre e voluntária opção do aluno ou de seus pais e responsáveis na indicação de determinada crença religiosa, quanto da autonomia e autossuficiência das organizações religiosas em oferecerem as disciplinas de acordo com a confissão religiosa do aluno, em igualdade de condições. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Por fim, vale ressaltar o entendimento do ministro Alexandre de Moraes, alicerçado pela maioria da Suprema Corte, no sentido de julgar improcedente a ação direta discutida, declarando constitucionais os artigos 33, *caput* e incisos 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e 11, inciso 1º, do acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Afirmando ainda a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

CONCLUSÕES

Do exposto, infere-se que a Constituição Federal assegura a todos, indistintamente, a liberdade religiosa consistente na possibilidade de livremente assumir diferentes concepções de vida, atinentes a crenças e consciências pessoais, em particular no que tange à liberdade de escolher qual religião professar, bem como a maneira de exteriorizar convicções particulares; razão pela qual são igualmente salvaguardados os cultos e suas

liturgias na medida em que estão cabalmente vedadas qualquer forma de ingerência estatal capaz de suprimir o exercício de referida liberdade.

Embora o preâmbulo da Constituição brasileira tenha expressamente invocado a proteção de Deus, isso não significa que todos os demais entes federados tenham a obrigação de reproduzir referido pleito de intervenção divina na condução da vida do Estado e da sociedade, muito menos que os cidadãos sejam obrigados a compartilhar determinados valores religiosos uma vez que, inserido em tal liberdade de crença e culto, está o direito igualmente legítimo de simplesmente não adotar qualquer percepção ou entendimento de natureza essencialmente religiosa.

Sobre liberdade religiosa, o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/DF, pôde se manifestar a respeito do ensino religioso a ser praticado nas escolas públicas brasileiras, prevalecendo o entendimento de constitucionalidade dos artigos 33, *caput* e incisos 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e 11, inciso 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Com isso, assegurou-se a prática do ensino religioso — mediante matrícula facultativa — como parte integrante da formação básica do cidadão, a ser desempenhada nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental no sentido de respeitar a diversidade cultural religiosa do Brasil.

Neste sentido, o ensino religioso nas escolas públicas do Estado brasileiro não retira do ente soberano a característica da laicidade, portanto se distancia da assunção formal de qualquer religião oficial, com o intuito de não gerar qualquer forma de discriminação em relação aos credos confessados pelas demais pessoas. Sendo assim, deve prevalecer a coexistência pacífica no ordenamento jurídico e na prática social entre a consagração da liberdade religiosa e o denominado Estado laico, posto que ao mesmo tempo em que o Poder Público não deve assumir e/ou impor posicionamentos religiosos, também é garantida aos cidadãos a liberdade de assumir e publicamente professar qualquer religião.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 de junho de 2021.

_____. UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**: adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:< <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 8 de junho de 2021.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos**. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 8 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 2076/AC**, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 15/08/2002, Publicação: 08/08/2003. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 8 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 4439/DF**, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Roberto Barroso, Redator do acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, Julgamento: 27/09/2017, Publicação: 21/06/2018. Disponível em:< <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>>. Acesso em: 9 de junho de 2021.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em:< <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 8 de junho de 2021.

MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.). **Constituição federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri/SP: Manole, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em:< <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&-IID=4>>. Acesso em: 8 de junho de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** [livro eletrônico]. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A MODERNIDADE LÍQUIDA E O CONSTITUCIONALISMO ALÉM DO ESTADO SOB A ÓTICA DA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

*Jamile Gonçalves Calissi*⁴⁹

*Renato Zanolla Montefusco*⁵⁰

INTRODUÇÃO

A percepção da modernidade no contexto da teia social é orgânica. Segundo Zygmunt Bauman, em sua obra intitulada “Modernidade Líquida” (2001), a modernidade imediata pode ser sensivelmente leve e fluida e, nesse sentido, suplanta o construto da modernidade “sólida” que é evidenciado pela experiência social nos anais da história. Nesse sentido, a transição daquilo denominado sólido para o fluido trouxe à baila profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana.

49 Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauri (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Contemporâneo da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).

50 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Federal de São Carlos – PPGCTS-UFSCAr. Mestrado em Direito com ênfase em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina/PR. Professor das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professor de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenador do Grupo de Pesquisa NEDEEC – Núcleo de Estudos de Direito Empresarial e Economia Circular da Universidade do Estado de Minas Gerais.

A modernidade significa muitas coisas, e sua chegada e avanço podem ser aferidos utilizando-se muitos marcadores diferentes. Uma característica de vida moderna e de seu moderno entorno se impõe, no entanto, talvez como a “diferença que faz a diferença”; como o atributo crucial que todas as demais características seguem. Esse atributo é a relação cambiante entre espaço e tempo [...] (BAUMAN, 2001, p. 16).

Diante da exposição do pensamento acima, infere-se que nuances distintas de impulsos de “modernização” são apresentadas à sociedade nacional e transnacional as quais, por sua vez, encontram-se imersas em provocações necessárias à sua manutenção e própria evolução. Ao caracterizar a “vida moderna” e seu entorno, o binômio “espaço e tempo” se apresenta como moeda de troca necessária, e nesse sentido se estabelece como verdadeiro mecanismo de transição de sólidos modelos sociais, econômicos e políticos para uma forma “mais líquida”.

A liquidez, quiçá a volatilidade, podem ser consideradas elementos caracterizadores de uma desorganização de todas as esferas da vida social, já que é o indivíduo quem forja e moldura a sociedade à sua personalidade. Num primeiro vislumbre, o desapego à modernidade sólida estabelece a perspectiva de que o indivíduo será definido por seu estilo de vida; num segundo momento a percepção da constante movimentação social, política e econômica se apresenta ao indivíduo inserido na sociedade; e por fim, num terceiro momento, a competitividade econômica se apresenta de forma glocalizada. Nesse diapasão, a modernidade líquida é fluida, está em constante movimento e tem imprevisibilidade. Diante desses argumentos, Bauman alerta para o modo ao qual será construída uma ética dentro do cenário fluido.

As condições necessárias para garantir a sobrevivência humana (ou, ao menos, para aumentar suas probabilidades) deixou de ser divisível e localizável. O sofrimento e os problemas de nossos dias têm, em todos as suas múltiplas formas e verdades, raízes planetárias que precisam de soluções planetárias [...] (BAUMAN, 2015, p. 21).

Ao relatar sobre as condições necessárias para a garantia da sobrevivência humana, Bauman estabelece uma tênue linha divisória entre a

“modernidade sólida” e a “modernidade líquida” para a sociedade pós-moderna. Nesse sentido, enquanto a modernidade sólida é constituída por consumidores e produtores, na modernidade líquida observar-se-ão apenas consumidores; enquanto na modernidade sólida é observado o consumo para sobrevivência, na modernidade líquida observar-se-á o consumo para ser aceito socialmente; a existência de instituições sólidas será substituída por instituições fluidas na transição de um modelo de modernidade para o outro; a mobilidade, na modernidade líquida, substituirá gradualmente a imobilidade geográfica e trabalhista da modernidade sólida; e por fim, a obsolescência programada da modernidade líquida substituirá a durabilidade da modernidade sólida. Neste cenário líquido exposto é possível observar o constitucionalismo e o modo ao qual se amolda à sociedade pós-moderna.

O século XX testemunhou o crescimento e a proliferação em amplitude global dos regimes políticos democráticos, o que pode ser considerado uma herança à sociedade do século XXI. Gradualmente observou-se o crescimento de um “novo regime”, o qual afrontava a sistemática política baseada em monarquias centralizadas e buscava a renovação do paradigma político-jurídico onde dimensões globais influenciavam percepções locais; e ao final desse período histórico era possível observar a resiliência de regimes não-democráticos.

Diversas concepções de democracia existem — incluindo percepções de regimes políticos “mais democráticos” em detrimento de outros graduados como “menos democráticos” —, delineando assim inúmeras modelagens e arranjos institucionais que, independente de discussões sobre seu significado, críticas, insucessos, e fracassos, expõem o triunfo deste regime o qual não pode ser ofuscado do século XX e deixa importante legado ao século XXI.

Usualmente associada ao ideal de igualdade e liberdade entre cidadãos está a concepção do que seja democracia. Entretanto, a escalada do sufrágio universal no último século e a agremiação de regimes democráticos com economias de mercado (local e global) provocam tais ideais na sociedade contemporânea. Estabelecer parâmetros para mensurar regimes democráticos é o exercício dos direitos e da cidadania desnuda e, na atualidade, é o desapego de um conceito estático de democracia no singular

e o apego conceitual de democracias no plural. Sob essa perspectiva Bauman afirma:

A capacidade de conviver com a diferença, sem falar na capacidade de gostar dessa vida e beneficiar-se dela, não é fácil de adquirir e não se faz sozinha. Essa capacidade é uma arte que, como toda arte, requer estudo e exercício. [...] O perigo representado pela companhia de estranhos é uma clássica profecia autocumprida. Torna-se mais fácil misturar a visão dos estranhos com os medos difusos da insegurança [...] (BAUMAN, 2001, p. 135).

Sob um prisma conceitual, cingir o conceito estático e singular de democracia a uma nova perspectiva democrática plural representa a necessidade da convivência com diferenças. A sociedade global é “uma somatória de estranhos” com traços em comum que os identificam, e nesse contexto surge a teoria democrática moderna como fruto do fenômeno do constitucionalismo moderno.

A teoria democrática moderna, sob a ótica de Robert Dahl na obra “A Preface to Democratic Theory” (DAHL, 1956), examina três tipos representativos de teoria democrática: (i) Democracia Madisoniana, na qual o Estado é limitado pela Lei; (ii) Democracia Populista, onde soberania popular e igualdade política são princípios fundamentais; e (iii) Democracia Poliárquica, em que a ordem democrática deriva de pré-requisitos sociais. Tais modelos servem para o estudo de vantagens e deficiências de dois métodos de construção de uma teoria democrática contemporânea, o Maximização e o Descritivo.

Pelo método da Maximização é possível inferir de forma valorativa o estado das coisas, por exemplo a igualdade política onde é questionado o modo para alcançar sua concretização. Nesse sentido, seria possível definir democracia pelos arranjos institucionais governamentais necessários à maximização de tal igualdade. Segundo Robert Dahl, a teoria Madisoniana e a teoria Populista estão intimamente ligadas ao método da Maximização. “A madisoniana postula uma república não-tirânica como objetivo a ser maximizado; a teoria populista indica a soberania popular e a igualdade política.” (DAHL, 1989, p.67).

Acerca da Democracia Madisoniana, Dahl demonstra uma ideia geral da seguinte forma:

O que vou chamar de teoria “madisoniana” de democracia constitui um esforço para se chegar a uma acomodação entre o poder das maiorias e o das minorias, entre a igualdade política de todos os cidadãos adultos, por um lado, e o desejo de lhes limitar a soberania, pelo outro. Como sistema político, a transigência mútua, exceto em um interlúdio importante, provou se duradoura. E o que é mais, parece que os americanos o apreciam. (DAHL, 1989, p.13).

Em face dos argumentos acima insculpidos, a democracia coaduna o poder “das maiorias” e o “das minorias” buscando equalizar a percepção de igualdade política dos cidadãos com limitação de soberania.

O fato de a Democracia Populista expor a “soberania popular” e a “igualdade política” como princípios maiores de uma República retrata pensamento contraposto à teoria Madisoniana. Nesse contexto, para ser alcançado o princípio da soberania popular, políticas governamentais carecem de decisão majoritária, sendo assim, para abarcar os objetivos expostos pelo princípio da igualdade política, respeitar a preferência de cada cidadão seria necessário — é a regra da maioria. Entretanto, existem críticas quanto à “regra da maioria” de caráter técnico, ético e empírico, a serem expostas em breve síntese.

Objções técnicas podem ser evidenciadas da seguinte forma: decisão democrática é aquela preferida pela maioria, entretanto muitos eleitores podem não ter preferência alguma; em caso de empate não há solução e, mesmo que não se observe empate, quanto menor a diferença de votos menor a legitimidade. Objções éticas residem no fato de possíveis dificuldades em determinar que a soberania absoluta e a igualdade política são desejáveis. Por derradeiro, objções empíricas refletem a percepção de quais indivíduos manifestam sua preferência pelo sufrágio sendo que a aplicação da regra da maioria legítima poder ilimitado aos representantes políticos.

As objções acima expostas sincretizam breves conclusões. De um lado, a teoria Populista permanece em nível formal e carece de informações sobre o mundo real; do outro lado, jungidos, os princípios da sobe-

rania popular e igualdade política atrelados à regra da maioria, seriam insuficientes. Observar as contraposições dos eixos temáticos expostos pelo método da Maximização desnuda a necessidade de observar o método Descritivo para ser observada a construção teórica democrática condizente com o século XXI. De acordo com Robert Dahl, o método Descritivo

Implica considerar como uma única classe de fenômenos todas essas Nações-Estado e organizações sociais que são geralmente classificadas como democráticas pelos cientistas políticos e, em analisar os membros dessa classe com o objetivo de descobrir, em primeiro lugar, as características distintivas que têm em comum e, em segundo, as condições necessárias e suficientes às organizações sociais que as possuem. (DAHL, 1989, p.67).

Ao passo que se observa a estrutura do pensamento cortejada pela teoria democrática moderna diante do método da Maximização e do método Descritivo, em tempo deve ser observado, com brevidade, a democracia Poliárquica. A poliarquia busca classificar o quão democrático um Estado é, para tanto, dois parâmetros são utilizados: (i) a inclusão popular na escolha de seus representantes; e (ii) o modo pelo qual se opera a disputa política para aquela escolha. Sob essa perspectiva, Robert Dahl, em sua obra “Um Prefácio a Teoria Democrática”, expõe metodologia em busca de uma sociedade mais próxima à democracia, e com base nas premissas e requisitos expostos pelo autor estaríamos diante da nominada sociedade poliárquica, a qual é fortemente inclusiva e amplamente aberta à contestação pública (SANTOS, 2004).

Como aludido, a poliarquia demanda requisitos institucionais os quais podem ser pontuados como: dirigentes eleitos, no qual o controle do governo cabe ao dirigente eleito pelos cidadãos, sendo caracterizado como um governo representativo; eleições livres, justas e frequentes, onde a coerção é relativamente incomum; liberdade de expressão, em que é assegurado a qualquer indivíduo se manifestar, sem constrangimentos, sobre diversos assuntos (DAHL, 1999, p. 101); fontes alternativas de informação, onde resta consignado o direito aos cidadãos de buscar fontes de informação diversificadas, independentes e não subordinadas a qualquer tipo de controle estatal; cidadania inclusiva, na qual, para qualquer in-

divíduo que resida permanentemente no país e esteja sujeito às suas leis, não seja negado direitos; autonomia de associação, ou seja, a liberdade associativa, como grupos de interesse e partidos políticos com o franco objetivo de verem representados os seus direitos (DAHL, 1999, p. 102).

Entrementes, não se pode olvidar da democracia “real” e “ideal”. Norberto Bobbio, em sua obra “O Futuro da Democracia”, traz à baila uma comparação entre o que a democracia deveria ser idealmente e o que é realizado na prática, além de expor uma premissa fundante, uma definição mínima sobre democracia:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente (BOBBIO, 2009, p. 17).

Diante de uma democracia ideal somente uma instituição exerceria o poder (Estado), mas na realidade inúmeras instituições acabam por fazê-lo, e.g. privatizações de alguns locais que instauram inseguranças democráticas. Nesse sentido, não é factível a existência de um poder invisível (não oficial), apesar de, na prática, vários existirem — mídia e crime organizado são exemplos. Ademais, deveriam existir várias elites no poder, entretanto na democracia real existem poucas, o que, por fim, dificulta a representação da maioria. No que tange à representatividade, na democracia real o mandato deveria ser imperativo, ou seja, o agente político representaria a coletividade — todos em um sentido lato, tanto aqueles que votaram como os quais não votaram no dito representante —, entretanto, na prática o mandato é exercido àquela casta votante. Numa democracia ideal na qual existe possibilidade de todos no poder, a utilização de critérios técnicos para indivíduos exercerem o poder acaba se tornando um fator excludente, em outras palavras, não é democrática porque não envolve a todos, sendo necessário limitar a tecnocracia. A democracia real utiliza a

tecnocracia para governar sem precisar responder à sociedade (BOBBIO, 2009, p. 29-52).

1 GLOBALIZAÇÃO, GLOCALIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO SOCIAL

Nesse diapasão, atrelado ao fenômeno democrático observado no século XX, a globalização é outro fenômeno também observado no século passado através da intensificação das relações sociais em escala mundial. A ligação de localidades até então distantes, de tal forma que fatos locais passaram a ser modelados por eventos ocorridos a distância, tornou-se uma práxis e, neste contexto, jungir democracia e globalização tornou-se uma conjugação necessária. Anthony Giddens, em sua obra “As Consequências da Modernidade”, define globalização como “a intensificação das relações sociais à escala mundial, relações que ligam localidades distantes de tal maneira que as ocorrências locais são moldadas por acontecimentos que se dão a muitos quilômetros de distância.” (GIDDENS, 1995, p. 52).

Tal afirmação pode ser entendida como um fenômeno espontâneo impulsionado pela evolução econômico-político-social a qual representa um processo de ampliação da hegemonia econômica, política e cultural desde a época dos “descobrimientos”. Entretanto, ao lado da definição de globalização se faz necessária a percepção sobre globalismo que Paul James, em sua obra sobre globalismo, nacionalismo e tribalismo, observa como:

[...] pelo menos em seu uso mais específico, [...] como ideologia dominante e subjetividade associada a diferentes formações historicamente dominantes de extensão global. A definição implica, portanto, que existiam formas pré-modernas ou tradicionais de globalismo e globalização muito antes de a força motriz do capitalismo procurar colonizar todos os cantos do globo, por exemplo, remontar ao Império Romano no segundo século II, e talvez para os gregos do século V a.c.. (JAMES, 2006, p. 22)

Sendo assim, a globalização e sua respectiva estruturação social, tratada aqui como um processo, representa um “novo rótulo” com capaci-

dade de estruturar a sociedade. O desenvolvimento científico e tecnológico, as transformações estruturais na cadeia de produção e o consumo, além da terceirização econômica, a mundialização da economia, e a urbanização representam a construção de múltiplas modernidades (EISENSTADT, 2007).

Na globalização, que não significa apenas des-localização mas também re-localização, é observado um processo não linear de caráter reflexivo e dialético, onde é alcançada a ressignificação para “local”; como exposto por Roland Robertson, um dos precursores da teoria e da pesquisa ligada à globalização, quando afirma que o fenômeno sempre carrega consigo uma localização (BECK, 2000, p. 94).

O conceito de glocalização, segundo Roland Robertson (1992) e retomado e lapidado por Roudometof (2016), desnuda um entrelaçamento global-local. Com isto, a glocalização não trata apenas de declarações ou posturas locais de distinção, quiçá oposição dos processos globais. Fato é que o pensamento de Robertson em face do “localismo” não é um argumento “comunitarista” de proteção ao “local”, ou um levante isolacionista contra as pressões “externas”. É uma expressão de uso corrente na atualidade, sendo que a primeira referência ao termo remonta à década de 1980 no “The Oxford Dictionary of New Words”, em que define a sua etimologia como “formed by telescoping global and local to make a blend” (OXFORD DIC., 1989, p. 317). O termo foi então adotado e vulgarizado no mundo dos negócios, onde seu significado mais usual remete a um produto ou serviço com distribuição global que é adaptado aos costumes locais, por exemplo: McDonalds não comercializa hambúrgueres de vaca na Índia; Google delimita versões adaptadas de seu buscador de acordo com áreas. Entretanto, o presente artigo não versa sobre a mundialização da economia, mas sobre aspectos relevantes acerca do global *versus* local nas relações democráticas e constitucionais.

Nesse contexto, a glocalização toma forma no contexto global, sendo um neologismo da fusão dos termos global e local, onde é sensível a dimensão local na produção de uma cultura global. O conceito de glocalização guarda o mérito de restituir à globalização seu caráter multidimensional, ou seja, a necessária interação entre global e local. Infere-se, nesse contexto, a necessidade de somar a glocalização ao contexto da democracia e da globalização no século XXI, para ser possível observar o modo pelo

qual o regime político democrático se desdobrará e evoluirá na sociedade pós-moderna. Ulrich Beck delinea em seus pensamentos a preeminente necessidade de serem cortejados novos conceitos fora do arsenal conceitual existente, mas relacionados ao mundo empírico (out of the existing conceptual arsenal, but in relation of empirical world.) (BECK, SLATER e RITZER 2001, p. 263), os quais facilitem uma acrescida apreensão das transformações que a sociedade moderna enfrenta.

Em tempo, o Professor João Batista Herkenhoff afirma que utopia “[...] é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para sua concretização.” (HERKENHOFF, 1999, p. 06), ou seja, uma antevisão consciente da realidade do amanhã no manejo de projetos os quais ainda não existem e, por este fato, podem ser construídos.

Os argumentos acima insculpidos representam aportes epistemológicos para observar a globalização e seus desdobramentos, que em destaque estabeleceram mudanças econômicas e sociais enfrentadas pela sociedade. O discurso científico estabeleceu um conjunto diferenciado de definições em diferentes dimensões as quais impactam os discursos sociais e políticos, como afirmado por Peter Beyer em sua obra “Globalization and Glocalization – promessa utópica e uma ameaça distópica” (BEYER, 2011, p. 98). Avaliar os impactos da globalização, quer seja numa perspectiva de processo (ROBERTSON, 1995) ou numa perspectiva de consequência (GIDDENS, 1995), traz inquietudes, pois corresponde a uma tendência em avaliar de forma binária o local *versus* global, ou o universal *versus* o particular, segundo Robertson (1992).

Um contraponto argumentativo se faz necessário entre os pensamentos de Antony Giddens e Roland Robertson para estabelecer um necessário diálogo de fontes entre a globalização e glocalização, a democracia e o constitucionalismo além do Estado. Como aludido anteriormente, a globalização dita uma intersecção da presença e da ausência ao entrelaçar eventos sociais e relações sociais “à distância” com as contextualidades locais (GIDDENS, 1994, p. 19), entretanto, não significa o fim do local, somente uma intensificação do local e do global. Robertson (1995) defende ser um erro vislumbrar a globalização como processo que substitui o local ou a ideia de localidade. Para Giddens, globalização é uma consequência da modernidade, e para Robertson é uma conjunção do resultado tem-

poral de “globalização-modernidade”. Nesse ínterim, ponderar sobre “o global e o local” no direito moderno, inclusive sobre a chamada soberania nacional, repercute no modo pelo qual a percepção da inclusão dos indivíduos por meio da universalização do direito a ter direitos é uma meta tangível à sociedade contemporânea.

2 SOBERANIA CONTEMPORÂNEA

Um dos principais paradigmas do direito moderno, a chamada “soberania nacional”, a qual representa a supremacia do Estado-nação na ordem interna e a sua absoluta independência em suas relações internacionais tomou forma no século XX. A bem da verdade, durante vários séculos, tal paradigma foi considerado absoluto, no entanto tal pressuposto gradativamente ganha novos contornos e tende a ser relativizado e até mesmo influenciado pelo modelo comunitário internacional e pelos fenômenos da globalização e glocalização. Dessa forma, o direito carece de adaptação a um “novo quadro”, especialmente no que se refere à flexibilização da soberania com base na integração internacional, no fortalecimento das relações supranacionais e, sobretudo, na internacionalização dos direitos humanos e refundação da democracia no Estado pós-moderno.

Um Estado mundial poderia ser cogitado, no qual o monopólio da força legítima transcenderia os Estados-nações até a concentração em um órgão superior mundial, com a pressuposição de apenas uma norma fundamental para todos os Estados. Entretanto, segundo Hans Kelsen, não seria uma postura viável na atual realidade, nesse sentido:

O Direito internacional, como ordem coerciva, mostra, na verdade, o mesmo caráter que o Direito estadual. Distingue-se dele, porém, e revela uma certa semelhança com o Direito da sociedade primitiva, pelo fato de não instituir, pelo menos enquanto Direito internacional geral vinculante em relação a todos os Estados, quaisquer órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas. Encontra-se ainda num estágio de grande descentralização. (KELSEN, 2009, p. 358) [...]

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito

internacional e ordem jurídica do Estado singular. Por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, no entanto, ainda não se pode falar de uma tal comunidade. (KELSEN, 2009, p. 364)

Nesse contexto, uma solução ao exercício da soberania nacional e internacional de um Estado-nação poderia ser avaliada através da construção monista da relação entre direito interno e internacional, e da necessária distinção entre as teorias monistas baseada na oposição de dois pontos de vista. Assim, segundo Hans Kelsen existe uma irrelevância ao conceito de soberania, pois com a tese de ilusão da soberania, o fenômeno passou por variações conceituais até apresentar, na atualidade, uma tendência ao fenecimento de sua gênese, passando por transformações as quais poderão culminar em alterações e redefinições da própria sociedade. Entretanto, Kelsen afirma que essa validade “tem que ser encontrada a partir da validade da ordem jurídica do direito internacional” (KELSEN, 2007, p. 528), ou seja, seria possível somente a partir do princípio da efetividade, quando fosse considerada uma norma positiva de direito internacional determinante à esfera de validade dos ordenamentos jurídicos nacionais. Em tempo, Kelsen afirma:

O princípio da efetividade para Kelsen não se refere a um princípio metafísico legalista, como afirmado por Hobbes, por exemplo, o qual necessariamente confunde as esferas do ser e do dever-ser. A eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam a sua validade, (KELSEN, 2009, p. 236).

Essa questão é resultado direto do pensamento internacional contemporâneo, o qual tenta compreender o Estado de um modo diferente da formatação original, influenciado, primeiramente, pelo surgimento do modelo comunitário de organização social, com origem em um proces-

so integracional, sobretudo econômico, eclodindo questões jurídicas as quais ultrapassam as fronteiras jurisdicionais diante da modernidade. No que tange à modernidade, insta ser mencionado que esta propiciou aos cidadãos o gozo de uma perspectiva mais segura quando em comparação aos sistemas sociais anteriores; entretanto, a contrapartida sombria de tal modernidade foi exposta ao final do século XX, pois a crença de que a modernidade estava atrelada a garantias político-sociais foi desmascarada, segundo Ulrich Beck:

[...] o mito de que a sociedade industrial desenvolvida, com a sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade inteiramente moderna, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe que possa sequer ser mencionado (BECK, 2010, p. 14).

É oportuno observar o apontamento acima com o intuito de compatibilizar o pensamento acerca da democracia e o constitucionalismo além do Estado sob a ótica da sociedade pós-moderna diante da globalização e da glocalização, pois a ideia de crescimento econômico jungido ao exercício democrático passa a ter novos contornos cosmopolitanos os quais, por sua vez, lapidam novos contornos que compatibilizam um constitucionalismo além do Estado, através do exercício da soberania interna e externa pelos Estado-nações o qual, de forma reflexiva, delineia novos contornos à democracia “contemporânea”, como restará evidenciado sob a ótica da modernidade reflexiva.

O mosaico de informações acima exposto desnuda ab initio que o conceito de soberania foi modelado ao longo da constituição dos Estados modernos e ressignificado no Estado “pós-moderno”; entende-se soberano o Estado o qual demonstra capacidade de “fazer valer” seu ordenamento jurídico em seu território — condição para ser reconhecido como igual pela sociedade internacional; na seara internacional soberano é o Estado o qual “impõe” seus interesses perante outros Estados soberanos iguais.

Inferese, portanto, sensíveis alterações nas dimensões do conceito de soberania para a sociedade contemporânea. De início, não pode mais o

Estado se impor perante os cidadãos sem a necessária observância dos limites constitucionais, quizá dos direitos humanos; num segundo momento, não pode o Estado-nação lidar com os demais Estados por qualquer outro meio que não seja pacífico e mediado pelo Direito — observado os exemplos icônicos do século XX quando do rompante da I Guerra Mundial em 1914 e da II Guerra Mundial em 1939. Entrementes, observar que as construções normativas do pós-Guerra contribuíram para a formação de um conjunto de direitos os quais estruturam um “constitucionalismo global” (FERRAJOLI, 2013), no plano fático a perspectiva teórica mostrou-se deficitária.

Inserir-se o assunto na seara da democracia, a qual hoje utiliza um discurso político interno e internacional para justificar suas ações, e pressupõe repensar o princípio da autodeterminação para adequar a legitimação da autoridade e da soberania política por meio de suportes sociais e políticos em outros níveis, supranacionais e subnacionais. Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli afirma:

[...] os direitos dos estados formam uma pluralidade de ordenamentos e, também, cabe acrescentar, o mesmo direito internacional é formado por uma pluralidade de instituições e os correspondentes entes e ordenamentos. Sobretudo, ademais, se reconhece que entre essas diversas instituições existem múltiplas relações de distintas naturezas - de coordenação, subsidiariedade, subordinação, integração - determinadas pelas diversas normas de direito positivo (FERRAJOLI, 2013, p. 473).

É importante observar a pluralidade de ordenamentos jurídicos e instituições no “direito global”. Tais instituições revelam múltiplas relações de integração, coordenação entre outras. Além disso, o Direito das Gentes e os Direitos Humanos, já observados com os olhos do movimento internacional o qual pressiona os Estados-nações, deverão fornecer um enquadramento razoável para o chamado “constitucionalismo global” como forma de validação das constituições nacionais perante o direito internacional. Em contraponto a tal afirmação é possível notar no “direito a cidadania, uma afirmação dos direitos humanos que acaba sendo negada por políticas de criminalização de imigração” (FERRAJOLI, 2013, p. 481),

sendo que se trata de um dos primeiros direitos naturais. É necessário observar um conflito entre soberania e cidadania; a primeira deve ser entendida com base em parâmetros internacionais e que sobrevive na atualidade apoiada no paradigma da nacionalidade, já a segunda estabelece um privilégio aos nacionais. No entanto, onde alocar o aclamado constitucionalismo global quando:

[...] falta de regras, de limites e de vínculos que garantam a paz e os direitos humanos diante dos novos poderes transnacionais, tanto públicos quanto privados, que destronaram os velhos poderes estatais ou que perderam o seu papel de governo e de controle. Penso inclusive que a mesma globalização da economia pode ser identificada, no plano jurídico, com esse vazio de direito público internacional adequado para regular os grandes poderes econômicos transnacionais: não, deve-se notar, um vazio de direito, que não pode nunca existir, mas um vazio de direito público, inevitavelmente preenchido por uma plenitude de direito privado, quer dizer, de um direito de produção contratual que substitui as formas tradicionais da lei e que reflete, comumente, a lei do mais forte. (ATIENZA; FERRAJOLI, 2005, p. 117).

Com isso, a possibilidade de observar, através de aportes epistemológicos, a possível relativização da percepção de soberania, democracia e constitucionalismo além do Estado sob a ótica da sociedade pós-moderna diante da globalização e glocalização urge como uma realidade no século XXI. Sendo factível a influência de um comportamento globalizado, quiçá glocalizado, para revisitar o conceito de democracia garantidora de direitos humanos e fundamentais e, por fim, amoldar este regime jurídico a um novo patamar apto às contingências do presente século.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade líquida e o constitucionalismo além do Estado sob a ótica da sociedade pós-moderna, estabelece uma perspectiva na qual a modernidade imediata pode ser sensivelmente leve e fluida e, nesse sentido, suplanta o construto da modernidade “sólida” evidenciada como experiência social nos anais da história. Nesse contexto, as percepções de

Zygmunt Bauman sobre o contexto no qual a sociedade pós-moderna está inserida reflete um ponto cardeal para estruturar argumentos do constitucionalismo além do Estado.

A liquidez e a volatilidade evidenciadas anteriormente na sociedade líquida (pós-moderna) podem ser consideradas elementos caracterizadores de uma desorganização de todas as esferas da vida social, sendo certo que é o indivíduo quem forja e moldura a sociedade à sua personalidade. O crescimento e a proliferação em amplitude global dos regimes políticos democráticos, que podem ser considerados uma herança à sociedade do século XXI, desnuda caminhos para garantir uma estabilização social em âmbito nacional, e até transnacional.

O resultado direto do pensamento internacional contemporâneo, o qual tenta compreender o Estado, a constitucionalização e a democracia de um modo diferente da formatação original, influenciados primeiramente pelo surgimento do modelo comunitário de organização social, com origem em um processo integracional, sobretudo econômico, pelo qual eclodem questões jurídicas as quais ultrapassam as fronteiras jurisdicionais diante da modernidade — conhecida como líquida, segundo Bauman — propiciou aos cidadãos o gozo de uma perspectiva mais segura quando em comparação aos sistemas sociais anteriores.

Portanto, o constitucionalismo além do Estado é uma práxis, um modelo forjado, uma estrutura ôntica constituída diante da ressignificação da sociedade, moderna num primeiro momento, e pós-moderna e imersa numa modernidade líquida num segundo momento.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el Estado Constitucional de Derecho**. México: UNAM, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2015.

- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, v. 2, p. 11-87, 1997.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. 1 ed. Lisboa: Edições 70, 2015.
- BEYER, Peter. **Globalization and glocalization**, in James A. Beckford & Jay Demerath, *The Sage Handbook of Religions*. Londres, SAGE, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956.
- DAHL, Robert A. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.
- DICTIONARY, Oxford English. **Oxford english dictionary**. Simpson, JA & Weiner, ESC, 1989.
- EISENSTADT Shmuel N. **Múltiplas modernidades: Ensaios**. Lisboa, Livros Horizonte, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris - Teoría del derecho y de la democracia 2: Teoría de la democracia**. Madrid: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2018.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade pessoal**. Oeiras, Celta Editora, 1994.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Firker. São Paulo. Ed: UNESP,1991.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical**. Trad. Álvaro Hattnher. São Paulo. Ed: UNESP, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

JAMES, Paul. **Globalism, nationalism, tribalism: Bringing theory back in**. Pine Forge Press, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptistas Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Sovereignty**. In: PAULSON, Bonnie Litschewski e PAULSON, Stanley (Orgs.). *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. New York: Oxford University Press Inc., p. 525-536, 2007.

ROBERTSON, Roland. **Globalization: Social theory and global culture**. London and Thousand Oaks: Sage, 1992.

ROUDOMETOF, Victor. **Glocalization: a critical introduction**. Abingdon and New York: Routledge, 2016.

REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSTANTES NA “CASE LAW COMPILATION – COVID-19” À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Diogo Santos da Nóbrega*⁵¹

INTRODUÇÃO

A pandemia do covid-19 provocou inegáveis e necessárias mudanças em todo o mundo. Em razão das restrições sanitárias impostas, as pessoas e as instituições públicas e privadas tiveram que mudar drasticamente suas rotinas e se adaptarem à nova realidade com restrição de circulação, proibição de aglomeração em locais públicos ou privados, distanciamento social e uso de máscara de proteção facial.

No Brasil, a pandemia trouxe consigo uma mixórdia de regulamentos, principalmente por parte dos estados e municípios, estabelecendo medidas sanitárias as quais restringem a circulação de pessoas, o funcionamento do comércio e diversos direitos e garantias fundamentais, tudo

51 Advogado, Consultor Jurídico do Município de Ipanguaçu/RN, Professor do curso de Direito da UNINASAU Mossoró/RN. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá.

como forma de tentar impedir o avanço do novo noronavírus em seus territórios.

É da relação conflituosa entre os entes federados no gerenciamento da crise sanitária causada pela pandemia e da infinidade de ações judiciais sobre o tema que surge a necessária intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual tem prolatado diversas decisões judiciais com o objetivo de pacificar o assunto.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal editou uma cartilha denominada “Case Law Compilation – COVID-19”, integralmente em inglês, na qual contém uma compilação das decisões relevantes proclamadas pela Suprema Corte sobre a pandemia do novo coronavírus com o objetivo de difundir internacionalmente os julgados do Tribunal.

Dessa forma, o artigo busca trazer uma reflexão sobre as principais decisões do STF sobre o COVID-19 sob a ótica da Constituição Federal de 1988, o que possibilitará uma produção acadêmica a qual contribuirá para nortear a compreensão porpesquisadores do tema.

A fim de nortear o direcionamento do estudo, foram elaborados os seguintes objetivos: 1) analisar o posicionamento do STF nas decisões colacionadas na cartilha “Case Law Compilation – COVID-19”; 2) discutir a adequação das decisões proferidas pela Suprema Corte com a Constituição Federal de 1988; e 3) analisar os impactos que as decisões do STF produziram na sociedade brasileira durante a pandemia do novo coronavírus.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi feito um estudo com base na bibliografia e jurisprudência existentes acerca da matéria, utilizando como metodologia de análise dos dados coletados o método dedutivo, de onde partir-se-á de uma proposição mais geral para uma questão mais particular. O método empregado tanto na coleta dos dados como na análise foi o observacional. Desta forma, procurar-se-á subsídios os quais comprovem ou não a adequação das decisões do STF sobre o covid-19 à Constituição Federal de 1988.

1. A LEI 13.979/2020 E A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À COVID-19:

A pandemia do novo coronavírus forçou a União, os estados e os municípios a adotarem medidas rápidas e enérgicas para tentar conter a

contaminação do covid-19. Diante do total desconhecimento sobre como tratar os infectados e da ausência de medicamentos e vacinas, os órgãos sanitários recomendaram o uso de Medidas Não Farmacêuticas (MNF), contudo, surge a necessidade de criar amparo legal para que a Administração Pública pudesse agir para conter a pandemia, uma vez que as legislações até então em vigor não eram suficientes para atender os anseios da sociedade.

Prova disso é que em janeiro de 2020 houve a necessidade de trazer brasileiros que estavam em Wuhan, na China (epicentro do novo Coronavírus, à época). Os cidadãos deveriam ficar em quarentena para evitar a disseminação do vírus em solo brasileiro, no entanto não havia previsão legal para a questão na legislação pátria. Ao falar sobre o tema, o presidente da República explicou:

“Nós não temos uma lei de quarentena. Ao trazer os brasileiros para cá, e a nossa ideia, obviamente, é colocar em local para quarentena, mas aí qualquer decisão judicial tira de lá, e daí seria uma irresponsabilidade retirar pessoas que vêm da China para cá”, acrescentou. (VILELA, 2020).

É neste sentido que, em 04 de fevereiro de 2020, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei em regime de urgência, o qual “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, e que foi tramitado e sancionado em 06 de fevereiro de 2020, oportunidade em que surgiu a Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2021b).

A Lei n. 13.979/2020 definiu os conceitos de isolamento e de quarentena, além de ter relacionado as principais ações e instrumentos que poderiam ser adotados pelas autoridades sanitárias para o enfrentamento da pandemia; definiu ainda a competência do Ministério da Saúde para dispor sobre condições e prazos aplicáveis às medidas de isolamento e de quarentena, o que agravou a disputa com os demais entes federados no combate à pandemia do covid-19 (UCHÔA; UCHÔA, 2020).

Ao abordar o tema, Justen Filho *et al.* (2020, p. 102) sustenta que “a situação confirma uma constatação inquestionável: a Administração Pú-

blica é uma realidade multifacetada. Há sobreposições de competências e indefinições a respeito dos limites dos poderes de cada agente ou órgão envolvido.”.

Posteriormente, o Governo Federal editou a Medida Provisória (MP) nº 926 de 20 de março de 2020, a qual alterava a Lei nº 13.979/2020 e previa uma série de regras voltadas às contratações públicas no enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, além de restringir a autonomia dos entes federados quando estes editassem medidas restritivas de combate à pandemia.

Na justificativa da Medida Provisória nº 926/2020, Mandetta *et al.* (2020, p. 1), justifica o dispositivo afirmando que:

No que se refere às alterações da Lei nº 13.979, de 2020, a primeira alteração é específica para reforçar os limites constitucionais legislativos e, ao mesmo tempo, prezar pelo entendimento mútuo entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. É neste sentido que as medidas de isolamento e quarentena, quando afetarem a execução de serviços públicos regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico, em articulação prévia com o órgão regulador ou como Poder Concedente ou autorizador.

Neste ínterim, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, sustentando que a Medida Provisória nº 926/2020, a qual alterava a Lei nº 13.979/2020, interferiu no regime de cooperação entre os entes federados no combate à pandemia do covid-19.

Ao analisar o tema, o STF decidiu que nos termos do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios possuíam competência comum para legislar sobre saúde pública, cabendo ao presidente da República a definição dos serviços públicos e atividades consideradas essenciais, desde que não retirasse a autonomia dos demais entes federados para dispor sobre medidas de vigilância sanitária e epidemiológica (BRASIL, 2021a).

Entretanto, em um momento em que os entes federados deveriam se unir para enfrentar a maior crise sanitária da história brasileira, hou-

ve precisamente o contrário: uma disputa sobre quais normas sanitárias deveriam prevalecer, as do Governo Federal, menos restritivas, ou as dos governos estaduais e municipais, mais restritivas.

Dessa forma, buscando por fim à celeuma e impor o seu posicionamento, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 927/2020, que somada à Medida Provisória nº 926/2020 alterava a Lei nº 13.979/2020 e condicionava as medidas de restrição sanitárias adotadas por estados, municípios e Distrito Federal no enfrentamento à pandemia do novo coronavírus àquelas editadas pelo Ministério da Saúde.

Quando analisada do aspecto formal e tomando por base a necessidade de haver uma articulação das medidas adotadas pelos entes federados no combate à pandemia, a ideia é positiva e se coaduna com o pensamento de Justen Filho *et al.* (2020, p. 103), quando assevera que “sem articulação, as medidas adotadas são ineficazes, quando não se anulam reciprocamente, criam situações no mínimo de impossível cumprimento. Tornam-se ineficazes, por fim.”

Contudo, no aspecto prático é possível observar que em alguns momentos do enfrentamento da pandemia, alguns posicionamentos do Governo Federal confrontaram as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) de modo que vincular as ações dos estados e municípios aos posicionamentos do Ministério da Saúde seria, no mínimo, temerário, e poderia colocar em risco toda a coletividade. Entretanto, tal ponto da discussão não será objeto de exame mais aprofundado deste artigo.

Nesse contexto, o Partido Rede Sustentabilidade ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343 e a Suprema Corte reforçou o entendimento prolatado na ADI nº 6341 de que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios possuem competência comum para legislar sobre saúde pública; acrescentou também a competência concorrente entre os entes para legislar sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, inciso XII, da CF); esclareceu ainda que a própria Constituição Federal e a Lei que criou o Sistema Único de Saúde estabelecem a descentralização da execução dos serviços, inclusive aqueles de vigilância sanitária e epidemiológica, e concluiu que cabe aos entes federados a adoção de Medidas Não Farmacêuticas, recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, tais como a imposição do distanciamento social, quarentena, a suspensão

de atividades de ensino, comércio, atividades culturais e restrições à circulação de pessoas (BRASIL, 2021c).

Posteriormente, em 13 de maio de 2020, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 966/2020, a qual dispunha sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia do covid-19. Na prática, a MP restringia a responsabilidade civil e administrativa dos gestores públicos durante a pandemia, as hipóteses de erro grosseiro e de dolo, tendo sido alvo da ADI nº 6421 proposta pelo partido Rede Sustentabilidade.

Ao analisar o tema, a Corte Constitucional concluiu que os agentes públicos devem observar critérios técnicos e científicos ao realizarem ações voltadas ao combate do covid-19, com as ações sujeitas ao princípio da prevenção e precaução, uma vez que a Administração Pública deve agir com a devida cautela para preservar o interesse público (BRASIL, 2021c).

O Tribunal delimitou ainda no julgamento da ADI nº 6421 o que seria um erro grosseiro, e sustentou que qualquer interpretação da Medida Provisória nº 966/2020 que desse a entender que o agente público possuía imunidade para a prática de um ato ilegal ou improprio deveria ser excluída (BRASIL, 2021c).

2. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19:

A crise sanitária ocasionada pelo covid-19 trouxe inúmeros desafios para a sociedade como um todo, que precisou se adaptar à nova realidade e forçou os entes federados a adotarem medidas as quais assegurassem a saúde pública de toda a coletividade.

Dessa forma, no curso da pandemia foram editadas diversas normas para tentar conter a disseminação do novo coronavírus. Inicialmente, foi editada a Lei 13.979/2020, contudo, com o avanço da pandemia, outras Medidas Provisórias, Decretos, Leis e até mesmo Emendas Constitucionais foram criadas. A urgência era tamanha que surgiam novos dispositivos legais diariamente, como ocorreu com a MP 928/2020, a qual surgiu apenas um dia após a MP 927/2020.

Ocorre que muitas destas normas acabaram restringindo direitos e garantias fundamentais e gerando conflitos com outros.

Uchôa e Uchôa (2020, p. 10) são incisivos nesse aspecto quando expõem:

Sabe-se que é dever do Estado adotar ações para a redução do risco de doença e de outros agravos, que, inclusive, é de relevância pública, conforme prevê o artigo 197 da Constituição da República. Contudo, a interpretação das normas que imponham restrição a outros direitos fundamentais em favor do direito à saúde pública demanda uma interpretação sistêmica e, em especial, um cuidado redobrado quando aplicada em linha ténue à violação de outros direitos fundamentais.

Exemplo claro disto foi a já citada Medida Provisória nº 928/2020, que alterou a Lei 13.979/2020 e passou a restringir o acesso a informações públicas durante a pandemia do covid-19 e a suspender prazos para prestar respostas ao público, além de inadmitir a possibilidade de recurso à decisão que indeferiu o pedido de acesso à informação.

Justen Filho *et al.* (2020, p. 87) sustenta que “o acesso à informação pública e a transparência da atuação estatal são valores essenciais e que devem ser perseguidos mesmo num cenário excepcional.”

O estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia do covid-19 não pode ser utilizado como subterfúgio para mitigar ou afastar os direitos e garantias fundamentais relacionadas ao acesso à informação pública, vez que o acesso à informação, neste momento, torna-se ainda mais necessário como medida apta a fiscalizar a atuação estatal no combate à disseminação do novo coronavírus.

Foi nesse sentido em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com a ADI nº 6351, questionando as restrições à Lei de Acesso à Informação, e o Supremo Tribunal Federal destacou que a Constituição Federal estabelece a publicidade dos atos da Administração Pública como regra, só podendo as informações públicas serem negadas em casos excepcionais. Assim, na visão do STF, a MP 928/2020 subverteu a ordem constitucional ao transformar a exceção em regra, violando o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2021c).

Posteriormente, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 954 de 17 de abril de 2020, a qual autorizava o compartilhamento de da-

dos entre empresas de telecomunicação e o IBGE com o objetivo de realizar a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua). Na justificativa da MP, Guedes (2020, p. 01) afirma que:

Diante da expansão do quadro de pandemia associado ao COVID-19 nas últimas semanas no Brasil, acatando recomendações do Ministério da Saúde, o IBGE decidiu suspender temporariamente todas as entrevistas e coletas de dados presenciais realizadas no âmbito das pesquisas que compõem o plano regular de trabalho do instituto. [...] No caso da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), que consiste na maior operação estatística domiciliar empreendida regularmente pelo IBGE, com mais de 200 mil domicílios pesquisados a cada trimestre, vislumbra-se como alternativa imediata a substituição temporária da coleta presencial pela coleta através de telefone, de modo que sejam garantidas as entrevistas e mantidas as séries históricas da pesquisa. Para que seja viável uma adaptação metodológica dessa natureza, o IBGE necessita ter acesso a informações sobre o número de telefone e respectivo endereço residencial dos consumidores de serviços de telecomunicações, de pessoas naturais ou jurídicas. Tais informações possibilitarão a identificação dos domicílios (ou sede) que já constam na amostra da PNAD Contínua e o contato do respectivo responsável, ao qual aplicar-se-á a entrevista. Informações cadastrais adicionais, embora não sejam fundamentais, podem ser de grande valia para este processo, sem contudo o fornecimento ser revestido de caráter compulsório e, acaso fornecidas, guardarem o mesmo grau de sigilo e zelo.

Ao analisar a MP 954/2020, em sede da ADI nº 6387, o Tribunal entendeu que o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para a realização de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus, viola o direito à intimidade e à vida privada previstos na Constituição Federal (BRASIL, 2021c).

Embora redação da MP nº 954/2020 especificasse que os dados seriam confidenciais, o texto da medida provisória não especificava os mecanismos pelos quais assegurar a confidencialidade dos dados.

Ademais, na época em que a referida medida provisória foi editada, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018) ainda não estava em vigor, de modo que não havia nenhum dispositivo legal em vigor que punisse os agentes públicos pelo mau uso dos dados pessoais obtidos pelo IBGE junto às empresas de telecomunicações.

3. OS IMPACTOS DAS DECISÕES DO STF NA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA DO BRASIL:

A crise sanitária provocada pelo novo coronavírus trouxe consigo o agravamento da crise econômica que o Brasil já vinha enfrentando, com repercussões negativas na produtividade das empresas e nas ofertas de vagas de emprego, o que gerou um crescente número de desempregados e de pessoas na informalidade.

Como forma de mitigar os efeitos da pandemia do covid-19 na economia, o Governo Federal editou as Medidas Provisórias nº 927, de 22 de março de 2020, e a MP nº 936, de 1 de abril de 2020, as quais apresentaram medidas trabalhistas flexíveis para mitigarem, com a participação dos empregadores, empregados e sindicatos das categorias profissionais envolvidas, os efeitos nefastos pela falta de produtividade das empresas e do desemprego.

Belmonte, Martinez e Maranhão (2020, p. 194) ao discorrerem sobre o tema, asseveram que:

A grande questão jurídica que surge dessas medidas provisórias é saber se é válido o acordo individual de trabalho para reduzir proporcionalmente a jornada de trabalho e o salário, na medida em que o artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a irredutibilidade salarial, salvo convenção ou acordo coletivo de trabalho, afastando, consequentemente, o acordo individual do trabalho.

A MP 936/2020 instituía o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispunha sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia do covid-19, as quais autorizaram: a redução da jornada

de trabalho; o corte de salários; e a suspensão por tempo limitado dos contratos de trabalho, por meio de acordos individuais, independente do consentimento do sindicato pelo tempo que perdurasse os efeitos da pandemia do novo coronavírus.

O Partido Rede Sustentabilidade ingressou com a ADI nº 6342, na qual era exposto que a redução de salários e dias de trabalho seria inconstitucional, pois são aspectos de uma garantia social constitucional relacionada à dignidade da pessoa humana e o padrão mínimo de vida de uma pessoa. Sustentou ainda que a redução de salário somente seria possível se houvesse negociação coletiva com a correspondente redução da jornada de trabalho.

Ao analisar o tema, o STF decidiu que a MP nº 936/2020 era constitucional, pois visava o equilíbrio social em razão das desigualdades ocasionadas pela pandemia do covid-19, e o referido instrumento legal deveria ser interpretado à luz dos vetores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito ao trabalho, da livre iniciativa, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, e da marginalização e redução das desigualdades (BRASIL, 2021c)

O STF entendeu que o objetivo da Medida Provisória nº 936/2020 era justamente preservar empregos em um momento em que várias empresas anunciavam demissões em massa por causa da pandemia.

De outro modo, a garantia da não redutibilidade dos salários só poderia fazer sentido se houvesse um emprego primeiro, além do que, a MP 936/2020 seria aplicável somente durante a pandemia do covid-19 e, mesmo assim, por um prazo de 90 (noventa) dias, período em que os funcionários teriam seus empregos garantidos mesmo que com redução salarial (BRASIL, 2021c).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo compreendeu um momento de reflexão acerca das decisões do STF constantes na “Case Law Compilation – COVID-19”, e analisou o posicionamento do STF nas decisões colacionadas na referida cartilha. Além de ter discutido a adequação das decisões à Constituição Federal de 1988 e os impactos que estes julgados produziram na sociedade brasileira durante a pandemia do novo coronavírus.

Percebeu-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal possibilitaram que os estados, municípios e Distrito Federal pudessem implementar Medidas Não Farmacêuticas, notadamente voltadas à restrição de circulação de pessoas, isolamento social, quarentena, e suspensão de atividades de ensino, comerciais e culturais na medida de suas competências, todas a fim de conter a disseminação do novo coronavírus sem qualquer embaraço, o que sem dúvidas contribuiu para que muitas vidas fossem poupadas.

Observou-se que o STF atuou em diversas oportunidades como verdadeiro guardião da Constituição Federal, e impediu que a pandemia do covid-19 fosse utilizada como subterfúgio para a restrição de direitos fundamentais os quais não guardavam relação com as medidas sanitárias que visavam a contenção da disseminação do vírus em solo brasileiro.

Nota-se que diversas decisões proferidas pela Suprema Corte possibilitaram recursos financeiros para o combate à pandemia em um momento de grave crise financeira enfrentada pelo país, a qual foi agravada pela crise sanitária.

Este estudo ainda deixa margens para futuras pesquisas, podendo ser realizada uma análise mais aprofundada sobre a jurisprudência do STF durante a pandemia do covid-19, bem como um estudo mais denso acerca dos regulamentos editados com medidas sanitárias de combate ao vírus por alguns estados e municípios, além de sua adequação à Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 maio 2021a.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF, 06 fev. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 29 maio 2021b.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Case Law Compilation COVID-19**. 2021. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/case_law_compilation_covid19_2.pdf. Acesso em: 29 maio 2021c.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (org.). **Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Juspodivm, 2020. 816 p

GUEDES, Paulo Roberto Nunes. **EM nº00151/2020 ME**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal et al. **COVID-19 e o Direito Brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020. 211 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. 2330 p.

MANDETTA, Luiz Henrique; MENDONÇA, André Luiz de Almeida; NETTO, Walter Braga; ROSÁRIO, Wagner de Campos. **EMI nº00019/2020 MS AGUCC/PR CGU**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-926-20.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

UCHÔA, Sílvia Beatriz Beger; UCHÔA, Bruno Beger. Coronavírus (COVID-19) – Um Exame Constitucional e Ético das Medidas Previstas na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Cadernos de Prospecção: Coronavírus SARS-COV2 e COVID-19**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 01-18, abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/download/36163/20967>. Acesso em: 29 maio 2021.

VIANA, João Pedro Teixeira de Faria; TORRES JÚNIOR, José Kleider Franco. CONFLITO ENTRE O DIREITO DE ACESSO À SAÚDE E LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA PANDEMIA DE COVID-19. **Revista Juris Uniletoledo**, Araçatuba, v. 06, n. 01, p. 226-245, mar. 2021. Trimestral.

Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfd/article/view/1158/pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

VILELA, Pedro Rafael (ed.). **Bolsonaro lista dificuldades para trazer brasileiros da China:** o presidente também admitiu impactos do coronavírus na economia. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-01/bolsonaro-lista-dificuldades-para-trazer-brasileiros-da-china>. Acesso em: 30 maio 2021.

DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA AOS NASCIDOS EM TEMPOS LÍQUIDOS SOB A ÓTICA DE BAUMAN

*Jamile Gonçalves Calissi*⁵²

*Renato Zanolla Montefusco*⁵³

INTRODUÇÃO

Jamais fomos modernos, segundo Bruno Latour (2009) em sua obra; seguindo tal pensamento, a constituição moderna estabelece distinção entre o Judiciário e o Executivo, entre o mundo natural e o mundo social os quais justapostos compõem a modernidade, nesse sentido, o autor afirma:

52 Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Contemporâneo da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).

53 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Sociedade da Universidade Federal de São Carlos – PPGCTS-UFSCAR. Mestrado em Direito com ênfase em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UEL – Universidade Estadual de Londrina/PR. Professor das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professor de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Coordenador do Grupo de Pesquisa NEDEEC – Núcleo de Estudos de Direito Empresarial e Economia Circular da Universidade do Estado de Minas Gerais.

Da mesma forma que a constituição dos juristas define os direitos e deveres dos cidadãos e do Estado, o funcionamento da justiça e as transmissões de poder, da mesma forma esta Constituição – que escrevo com maiúscula para distinguí-la da outra – define os humanos e não-humanos suas propriedades e suas relações, suas competências e seus agrupamentos, (LATOURE, 2009, p. 21)

O pós-modernismo sob a ótica de Latour é um sintoma, pois ele próprio percebe haver algo errado, mas não sabe o que fazer e, nesse sentido, o autor propõe a perspectiva de que “jamais fomos modernos”, o que afasta aquela Constituição acima mencionada e assume a posição de não-moderno.

A percepção da modernidade no contexto da teia social é orgânica, segundo Zygmunt Bauman em sua obra intitulada “Modernidade Líquida” (2001). A modernidade imediata pode ser sensivelmente leve e fluida e, nesse sentido, suplanta o construto da modernidade “sólida” que é evidente como experiência social nos anais da história. Nesse sentido, a transição daquilo nominado sólido para o fluido trouxe à baila profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana.

A modernidade significa muitas coisas, e sua chegada e avanço podem ser aferidos utilizando-se muitos marcadores diferentes. Uma característica de vida moderna e de seu moderno entorno se impõe, no entanto, talvez como a “diferença que faz a diferença”; como o atributo crucial que todas as demais características seguem. Esse atributo é a relação cambiante entre espaço e tempo. (BAUMAN, 2001, p. 16).

Diante da exposição do pensamento acima, infere-se que nuances distintas de impulsos de “modernização” são apresentadas à sociedade nacional e transnacional que, por sua vez, encontra-se imersa em provocações necessárias à sua manutenção e própria evolução. Ao caracterizar a “vida moderna” e seu entorno, o binômio espaço e tempo se apresenta como moeda de troca necessária e, nesse sentido, é estabelecido como verdadeiro mecanismo de transição de sólidos modelos sociais, econômicos e políticos para uma forma “mais líquida”.

A liquidez, e porventura a volatilidade, podem ser consideradas elementos caracterizadores de uma desorganização de todas as esferas da vida social, o que deixa evidente que é o indivíduo quem forja e moldura a sociedade à sua personalidade. Num primeiro vislumbre, o desapego à modernidade sólida estabelece a perspectiva de que o indivíduo será definido por seu estilo de vida; num segundo momento, a percepção da constante movimentação social, política e econômica se apresenta ao indivíduo inserido na sociedade; e, por fim, num terceiro momento, a competitividade econômica se apresenta de forma glocalizada. Nesse diapasão, a modernidade líquida é fluida, está em constante movimento e tem imprevisibilidade. Diante desses argumentos Bauman alerta para o modo ao qual será construído uma ética dentro deste cenário fluido.

as condições necessárias para garantir a sobrevivência humana (ou, ao menos, para aumentar suas probalidades) deixou de ser divisível e localizável. O sofrimento e os problemas de nossos dias têm, em todos as suas múltiplas formas e verdades, raízes planetárias que precisam de soluções planetárias [...] (BAUMAN, 2015, p. 21).

Ao relatar sobre as condições necessárias para a garantia da sobrevivência humana, Bauman estabelece uma tênue linha divisória entre a “modernidade sólida” e a “modernidade líquida” para a sociedade pós-moderna. Nesse sentido, enquanto a modernidade sólida é constituída por consumidores e produtores, na modernidade líquida observar-se-ão apenas consumidores; ao passo que, enquanto na modernidade sólida é observado o consumo para sobrevivência, na modernidade líquida observar-se-á o consumo para ser aceito socialmente. A existência de instituições sólidas será substituída por instituições fluidas na transição da modernidade sólida para a líquida; a mobilidade, na modernidade líquida, substituirá gradualmente a imobilidade geográfica e trabalhista da modernidade sólida; e, por fim, a obsolescência programada da modernidade líquida substituirá a durabilidade da modernidade sólida.

1. DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

A democracia enfrenta um paradoxo na atualidade. Restou consolidada diante da ideia de ser o único regime político legítimo, todavia a

descrença em relação às instituições democráticas é patente. O paradoxo exposto está relacionado ao fenômeno da globalização. É evidente que em um mundo “conectado” o desdobramento de ideias seja rápido, pois circulam de forma livre, inclusive os ideais democráticos. Por outro lado, a globalização fomentada sob a primazia do mercado traduz consequências negativas — desigualdades social, econômica e ambiental podem ser corteadas como exemplos.

Nesse contexto, é necessário observar a “modernidade reflexiva” como paradigma à transição da sociedade moderna rumo à pós-modernidade, sob a ótica de Ulrich Beck catalizam-se argumentos:

Na modernidade simples política é sinônimo de deixar a esfera privada e caminhar para a pública; na modernidade reflexiva é possível permitir a invasão do político na esfera privada. Nesta perspectiva, o autor aponta o indivíduo e suas ações cotidianas como novas possibilidades de ação política (subpolíticas). O conceito clássico de política como sinônimo de dedicação a esfera pública é expandido, e emerge na sociedade contemporânea a invasão da política na vida cotidiana (esfera privada). O que é central para a política atual é a capacidade de auto-organização, que significa a subpolitização (reflexiva) da sociedade. As novas tarefas não podem ser executadas por velhas formas. “Subpolítica, então, significa moldar a sociedade de baixo para cima.” (BECK, 1997, pg. 35).

Investigar a influência da globalização e glocalização nos regimes políticos democráticos demonstra a construção de uma cultura política cosmopolita em prol da democracia deliberativa, a qual servirá de base para a validade dos direitos humanos e fundamentais em âmbito local e glocalizado no século XXI. O impacto da modernidade reflexiva demonstra uma migração da “modernidade simples” — do privado ao público — para a invasão do político no privado. Nesse sentido, é factível cortejar que na sociedade pós-moderna a política em âmbito glocalizado influencia sobremaneira a vida cotidiana. Segundo Anthony Giddens, “A reflexividade institucional tornou-se o principal inimigo da tradição; o abandono dos contextos locais de ação aconteceu passo a passo com o crescente distanciamento no tempo e espaço (desincorporação).” (GIDDENS, 1996. p.115).

Em seu viés negativo é factível afirmar que a globalização gera desigualdades econômico-sociais entre países desenvolvidos e periféricos, entretanto traduz-se em fenômeno político-social de mais valia à comunidade internacional. Diante da sociedade da informação, a interpenetração entre local e global tem guarida na interconexão das localidades e acabam por delimitar uma interdependência. Porém, tal relação não fomenta apenas uma possível homogeneização de programas político-culturais, o modo pelo qual acontece o entrelaçamento global-local estabelecerá distinções conceituais sobre modernização e globalização.

A modernização tem uma natureza exclusiva a qual considera os sujeitos “pré-modernos” e os que estão em vias de alcançar a modernização. Por outro lado, a globalização tem uma natureza inclusiva, pois seus efeitos são globais, nesse sentido: “The global in globalization refers both to a geographic limit, the earth as a physical place, and to an encompassing range of influence, namely that all contemporary social reality is supposedly conditioned or even determined by it.” (BEYER, 2011, p. 98). Tal afirmação reside no fato de ser possível, a título de exemplificação, avaliar os impactos positivos da Agenda 2030, texto final da Convenção de Paris de 2015 o qual busca combater os efeitos das mudanças climáticas. Em âmbito internacional o exercício da soberania dos Estados-nações culminou no assentamento de uma postura política pró-ativa transnacional em prol da salvaguarda do clima.

Tal convergência transnacional, com o escopo de atender os 17 objetivos da Agenda 2030, estabelece verdadeira vertente à democracia cosmopolita baseada no fenômeno da globalização e glocalização. Uma aliança baseada num ato internacional onde a flexibilização da soberania, com base na integração internacional e no fortalecimento das relações supranacionais, é evidenciada. Inúmeros Estados-nações, por força de uma postura identitária exposta num acordo internacional, estabeleceram a criação de legislações as quais propiciam o atendimento de tal agenda em âmbito nacional, ou seja, glocalização. Nesse sentido, a Lei Europeia do Clima⁵⁴ baseada no Pacto Ecológico Europeu propicia o vislumbre de Estados-nações como Holanda, França, Itália, Alemanha, Luxemburgo, Bélgica, Portugal e Espanha, os quais em ‘âmbito doméstico’ buscam fundar

54 Disponível em https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law_pt. Acesso em 28 fev. 2021.

legislações acerca de economia circular pós Acordo de Paris (COP 25). Insta ser mencionado que anterior à COP 25, países como China, através da promulgação da “Circular Economy Promotion Law” em 2009, e o Brasil, através da Política Nacional de Resíduos Sólidos instituída pela Lei nº 12.305 em 2010, já eram influenciados pelo global no que tange à adequação de suas legislações.

Diante do contexto acima mencionado, hipótese factível de ser observada é a formação de um novo paradigma para o exercício da soberania e democracia além das fronteiras nacionais, a democracia cosmopolita e o constitucionalismo global. Essa cogitação científica se revela possível diante da influência propiciada pelo fenômeno do estreitamento nas relações entre Estados-nações no exercício do constitucionalismo para além do Estado.

Ademais, para corroborar os argumentos supramencionados, o Fórum Mundial Econômico (WEF) de 2021 desdobrou em suas atividades o que, em 2015, foi pragmatizado como objetivos ambiciosos. De acordo com a agenda⁵⁵ do WEF de 2021, no 3º dia (27 de janeiro de 2021) o escopo da agenda se inclinou em debater: (i) mecanismos em prol da economia circular; (ii) transições de aceleração de economia limpa; (iii) inovação circular para a redefinição econômica dentre outros assuntos correlatos. E no 4º dia (28 de janeiro de 2021) foram carreados pensamentos em prol da 4ª revolução industrial, dentre outros. Trazer à baila a agenda do Fórum Mundial Econômico é prenunciar que há um “efeito dominó” ou “em cascata” da glocalização. Posturas tomadas pela comunidade internacional tanto influenciam quanto dão ressignificado ao que se entende por democracia, soberania e constitucionalismo, neste caso, para além dos Estados nacionais.

Observar o modo pelo qual a democracia e o constitucionalismo além do Estado, sob a ótica da sociedade pós-moderna propiciada pela globalização e glocalização, propõe uma ressignificação do conceito clássico de democracia, direitos humanos e direitos fundamentais, avalizados numa perspectiva vanguardista, ganha forma com ensaios científicos endossados por Luigi Ferrajoli e outros. O constitucionalismo além do Estado observa as experiências sensíveis vivenciadas com base no paradigma constitucio-

55 Disponível em <https://www.weforum.org/events/the-davos-agenda-2021/programme>. Acesso em 04 mar. 2021.

nal pela sociedade local, nacional e global do século XX, e propõe uma releitura necessária das convicções formadas ao longo desse período. Nesse diapasão, Ferrajoli afirma:

A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1 dos mesmos Pactos. (FERRAJOLI, 2002, p. 40).

Nesse contexto, inclinar-se para observar mudanças de paradigmas acerca da democracia na contemporaneidade, influenciada de certa forma pelo fenômeno da modernização e interpenetração local e global, é uma realidade. Observar o fenômeno constitucional nos Estados soberanos e a flexibilização da soberania diante do pensamento internacional contemporâneo, no vislumbre de enquadramento razoável ao “constitucionalismo global” e o constitucionalismo além do Estado, é plausível à sociedade pós-moderna.

Os desafios da democratização caminharam lado a lado com as interpretações e valorações distintas à própria compreensão de democracia. O significado “o governo (*kracia*) do povo (*demos*)” corporificou significados discrepantes em momentos e contextos diferentes nos quais, em circunstâncias próprias, é possível vislumbrar uma ilustração de realidades contrárias à sua ideia original.

Surgiu como ideia de “governança” nas cidades-Estado da Grécia, com o condão de estabelecer que todas as decisões fundamentais à vida seriam tomadas em conjunto, por todos os cidadãos, em assembleia popular. Entretanto, dista consignar que apenas diminuta parcela da população de-

tinha o estatuto de cidadão, vez que escravos, mulheres e estrangeiros não gozavam de direitos políticos. Nesse sentido, apesar da virtude conceitual, logo em sua gênese surgiu como antítese do próprio ideal democrático.

O fato a ser desnudado é que o modelo democrático conheceu desenvolvimentos determinantes nos séculos XVII e XVIII. Através de uma reação, no contexto político, de abusos de poder evidenciados por governos autoritários baseados em princípios individualistas, os quais defendiam a existência de direitos naturais indissociáveis da própria existência humana, é que se sobrepunham aos desígnios de qualquer poder instituído, quiçá autoridade. Ideias progressistas desenvolvidas por Montesquieu, John Lock, Jean Jacques Rousseau, dentre tantos outros, levaram à mudança de paradigma concretizada nas revoluções Americana (1776), Francesa (1789) e na Revolução Gloriosa Inglesa (1688-1689). Diante do momento histórico conturbado vivenciado no limiar do século XIX, Alexis de Tocqueville definiu então democracia como a conjugação de liberdade e igualdade, além de estabelecer limites à atuação estatal e necessária participação dos cidadãos do poder político.

Atrelado aos avanços tecnológicos impingidos pela Revolução Industrial, os ideais políticos estritamente ligados aos princípios democráticos caminharam para uma fase de clara afirmação. O ponto de partida era baseado no princípio da igualdade social, o qual sobejamente iria impulsionar um novo entendimento de democracia, influenciada não apenas pelos princípios liberais ou burgueses, mas também insculpida em visão marxista e proletária — base desenvolvimentista das democracias populares europeias. Insta ser mencionado, nesse contexto, o pensamento do então presidente norte-americano Abraham Lincoln (1884), que defendia o ideal “o governo do povo, pelo povo e para o povo”. A idealização do então presidente acerca da conceptualização de democracia convergiu em inúmeras formas de pensamento sobre democracia, uma vez que o conceito parece perder significado.

Na forma tradicional de democracia liberal é valorizado o “governo do povo”, onde é perseguido um equilíbrio entre o consentimento popular e a limitação do poder governativo. Na forma mais radical de democracia, a democracia totalitária, é valorizado o “governo para o povo” e, nesse sentido, é observado que apenas um líder popular e ditador absoluto poderia articular os verdadeiros interesses do povo. Dessa forma,

democracias totalitárias se constituem em um desvio à noção conceitual e convencional de governo democrático, pois sua existência revela verdadeira tensão entre “governo do povo” ou “governo pelo povo”, onde é promovida a participação popular que seja de forma direta ou indireta, e de “governo para o povo”, em que é clamado sempre o interesse da população e que sustentou o estabelecimento de regimes comunistas e fascistas no século XX.

O debate contemporâneo quanto ao modelo mais desejável de democracia funda-se na pluralidade conceitual revelada na evolução histórica através de distintas visões e (re)interpretações do conceito esboçado originalmente na Grécia antiga. Nesse sentido, o debate é baseado em questões afetas aos benefícios reais da democracia e ao fato dela assegurar efetivamente uma abjunção do poder político, enaltecendo a delicada coexistência entre desigualdade econômica e igualdade política em diferentes perspectivas na busca de respostas para o desafio da democratização.

Nesse contexto, uma visão pluralista baseada na multiplicidade de interesses dos grupos na sociedade, a qual tem poder de articulação sobre visões de forma livre para garantir respostas populares e respectiva responsabilidade pública num sistema democrático liberal, se contrapõe à visão elitista com a qual se acentua a concentração de poder nas mãos de uma minoria privilegiada com capacidade de controlar e manipular as massas. Na ponderação dos aspectos pelas diferentes perspectivas acima esposadas se encontra a dificuldade em encontrar uma definição consensual, o que revela a fragilidade na instrumentalização conceitual.

A democracia, além dos valores clássicos de igualdade e liberdade, vincula-se às questões de segurança e direitos humanos como fundamento das sociedades contemporâneas. Entrementes, diferentes modelos de democratização são passíveis de observação, pois denotam a dificuldade conceitual e desnudam uma complexa consolidação democrática — a exemplo, o modelo ocidental em contraposição ao modelo islâmico, onde formulações conceituais ambíguas, tais como “democracia controlada” ou “democracia incompleta”.

Diante dos argumentos acima mencionados é factível afirmar que um conceito unificado de democracia inexistente, e talvez nem um modelo democrático interpretado como completo, perfeito ou acabado. Tal afirmação é baseada em distintas conceituações, como acima evidenciado. Dessa

forma, a materialização tanto de modelos democráticos quanto da democracia está intimamente enraizada no desenvolvimento sociopolítico-econômico decorrente da própria evolução histórica global e local, vez que foi o decurso temporal quem modelou os regimes democráticos conhecidos na atualidade e que, inclusive, busca adequar novas soluções para desafios expostos pelas transformações do sistema internacional no século XXI.

As transformações propiciadas pelo imbricado sistema internacional de “intercâmbio de soberanias”, através de uma análise crítica do conceito de “democracia e o constitucionalismo além do Estado sob a ótica da sociedade pós-moderna diante a globalização e glocalização”, emerge como realidade.

A soberania é uma racionalização jurídica do poder e, junto ao povo, ao território e ao governo, é um elemento fundamental do conceito de Estado. Sua definição clássica aborda dois aspectos: internamente, é o poder de auto-organização do Estado; externamente, a independência e a igualdade frente aos outros Estados nacionais (LORA ALARCON, 2011, p. 4).

No âmbito dessa racionalização jurídica do poder, o Estado moderno soberano se constituiu como instrumento de legitimação da força coercitiva ao transformar o poder de fato em poder de direito, por intermédio de festejados teóricos como Maquiavel, passando por Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Nesse contexto, a soberania aborda dois aspectos, o interno e o externo, e remonta a Hugo Grocio quando dá sua concepção de direito natural. Antes, porém, teólogos espanhóis do século XVI (Francisco de Vitória, Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez) já antecipavam a reflexão sobre o tema (FERRAJOLI, 2002, p. 5).

Desde os primórdios, as palavras “ordem” e “organização” são importantes. Se hoje é possível que parte do mundo seja composta por sociedades desenvolvidas, jungidas em esforço comum ou não, e regidas por conjuntos de normas próprias, é porque os ancestrais se preocuparam com sobredita ordem e, em uma clara manifestação de refinada sabedoria, perceberam o poder que dela emana (MONTESQUIEU, 1997, p. 37).

Inúmeros países implementaram a convivência “cooperativa”, o que culminou na formação de blocos onde a ideologia cedeu espaço para outras questões, principalmente práticas e econômicas. O aspecto da quebra

de ideologias, no entanto, não pode ser justificado unicamente por questões político-ideológicas, pois vem acompanhado de toda uma cadeia de desenvolvimentos da qual o mundo experimentou, seja econômica, cultural, ou juridicamente, e este último apenas como consequência imediata dos outros.

O fenômeno da globalização é de reconhecida importância como agente modificador do mundo e gerador da chamada cooperação transnacional. E, como redefinidora de conceitos e posturas sociopolíticas, a globalização será também causa direta das modificações jurídicas contemporâneas. Dessa forma, o fenômeno se refere a esse processo de conexão entre diferentes regiões e contextos sociais através da superfície da terra com um todo (GIDDENS, 1991, 70)⁵⁶.

Embora a mudança de ideologia ocorrida no final do ano de 1989 possa parecer a única ensejadora dos atuais conceitos, a globalização é o pano de fundo dessa transição e, para muitos, a propulsora de todos os acontecimentos das últimas décadas, somada à redefinição dos direitos fundamentais iniciada após o fenecimento da sociedade no pós-Guerra.

A globalização é conceituada básica e unitariamente como um “[...] fenômeno cultural de convergência de pensamento em escala mundial.” (MENDES, 1998, p. 9). Esse conceito, no entanto, não é suficiente para delinear as reais consequências do fenômeno. A globalização tem três aspectos enfáticos: aspecto material; aspecto espaço-temporal; e aspecto cognitivo (HELDE; MCGREW, 2001, p. 11-17).

Do aspecto material, resulta a identificação, por exemplo, dos fluxos de comércio, de capital e de pessoas em todo o globo. O aspecto cognitivo diz respeito à conscientização popular acerca do modo como acontecimentos distantes podem afetar destinos locais (e vice-versa), bem como as percepções públicas da redução do tempo e do espaço geográfico. O aspecto espaço-temporal está relacionado à mudança na escala da orga-

56 GIDDENS, na obra mais “Para Além da Esquerda e da Direita” no mesmo diapasão afirma que: “globalização trata efetivamente da transformação do espaço e do tempo. [...] A globalização não diz respeito apenas a criação de sistemas em grande escala, mas também (nessa nova relação tempo-espaço) à transformação de contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social. Nossas atividades cotidianas são cada vez mais influenciadas por atividades que ocorrem do outro lado do mundo. De modo oposto, hábitos dos estilos de vida locais tornaram-se globalmente determinantes.” (GIDDENS, 1996, p. 13).

nização social a qual liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo. Tudo isso gera uma interligação mundial.

Desse conjunto de conceituações, é possível extrair alguns pontos gerados pelo fenômeno: ação à distância; compressão espaço-temporal; interdependência acelerada; mundo em processo de encolhimento; integração global; reordenação das relações de poder inter-regionais; consciência da situação global; e intensificação da interligação inter-regional (HELDE; MCGREW, 2001, p. 17).

Diante da percepção acima esboçada novas relações de poder surgem, bem como novos conflitos e divergências entre atores e Estado nacional, o que torna imperioso contrastar o fenômeno da globalização à glocalização. A globalização é processo dialético, não linear e reflexivo. Em Habermas (2003, p. 104) vislumbra-se a descrição de um processo, e a ideia de globalização como um estado final é desconsiderada.

Portanto, é factível afirmar que os processos de globalização ocorrem localmente (glocalização) e redefine posturas econômicas, culturais, sociais e políticas de forma local-global (BECK, 2015, p. 52). Assim, a influência da globalização e da glocalização expõe uma nova e relevante percepção do constitucionalismo além do Estado sob a ótica da democracia apta a compatibilizar argumentos e aportes epistemológicos pós-modernos à sociedade glocalizada e globalizada do século XXI.

Os desafios da democratização caminharam *pari passu* com interpretações e valorações distintas à própria compreensão de democracia. E nessa linha de pensamento, o Direito em geral tem observado o fenômeno chamado de “flexibilização da soberania nacional”, que no campo jurídico representa um novo olhar sobre os direitos humanos, os direitos fundamentais e a cortejada democracia, e redefine a contextualização do “governo do povo”.

2. SOBERANIA CONTEMPORÂNEA

Um dos principais paradigmas do Direito moderno é a “soberania nacional”, a qual representa a supremacia do Estado-nação na ordem interna, e a sua absoluta independência em suas relações internacionais tomou forma no século XX. A bem da verdade, durante vários séculos

esse paradigma foi considerado absoluto, no entanto tal pressuposto gradativamente ganha novos contornos e tende à relativização, porventura influenciado pelo modelo comunitário internacional e pelo fenômeno da globalização e glocalização. A partir disso, o Direito carece de adaptação a um “novo quadro”, especialmente no que se refere à flexibilização da soberania com base na integração internacional, no fortalecimento das relações supranacionais e, sobretudo, na internacionalização dos direitos humanos e refundação da democracia no Estado pós-moderno.

Um Estado mundial poderia ser cogitado, no qual o monopólio da força legítima transcenderia os Estados-nações até a concentração em um órgão superior mundial, com a pressuposição de apenas uma norma fundamental para todos os Estados. Entretanto, segundo Hans Kelsen, não seria uma postura viável na atual realidade, já que:

O Direito internacional, como ordem coerciva, mostra, na verdade, o mesmo caráter que o Direito estadual. Distingue-se dele, porém, e revela uma certa semelhança com o Direito da sociedade primitiva, pelo fato de não instituir, pelo menos enquanto Direito internacional geral vinculante em relação a todos os Estados, [...], (KELSEN, 2009, p. 358) [...]

Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular. Por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial, (KELSEN, 2009, p. 364)

Nesse contexto, uma solução ao exercício da soberania nacional e internacional de um Estado-nação poderia ser avaliada através da construção monista da relação entre Direito interno e internacional, e da necessária distinção entre as teorias monistas baseada na oposição de dois pontos de vista. Sendo assim, existe uma irrelevância do conceito de soberania segundo Hans Kelsen, pois com a tese de ilusão da soberania, o fenômeno passou por variações conceituais até apresentar, na atualidade, uma tendência ao fenecimento de sua gênese, e passar por

transformações as quais poderão culminar em alterações e redefinições da própria sociedade. Entretanto, Kelsen (2007, p. 528) afirma que essa validade “tem que ser encontrada a partir da validade da ordem jurídica do direito internacional”, ou seja, seria possível somente a partir do princípio da efetividade quando fosse considerada uma norma positiva de direito internacional determinante à esfera de validade dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Essa questão é resultado direto do pensamento internacional contemporâneo, o qual tenta compreender o Estado de um modo diferente da formatação original, influenciado, primeiramente, pelo surgimento do modelo comunitário de organização social com origem em um processo integracional, sobretudo econômico, pelo qual eclodem questões jurídicas as quais ultrapassam as fronteiras jurisdicionais diante da modernidade. No que tange à modernidade, insta ser mencionado que ela propiciou aos cidadãos o gozo de uma nova perspectiva, mais segura quando em comparação aos sistemas sociais anteriores; entretanto, a contrapartida sombria de tal modernidade foi exposta ao final do século XX, pois a crença de que modernidade estava atrelada a garantias político-sociais foi desmascarada, segundo Ulrich Beck:

[...] o mito de que a sociedade industrial desenvolvida, com a sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade inteiramente moderna, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe que possa sequer ser mencionado.” (BECK, 2010, p. 14).

É oportuno observar o apontamento acima com o intuito de buscar compatibilizar o pensamento acerca da democracia e o constitucionalismo além do estado sob a ótica da sociedade pós-moderna diante da globalização e glocalização, pois a ideia de crescimento econômico jungido ao exercício democrático passa a ter novos contornos cosmopolitanos os quais, por sua vez, lapidam novos contornos responsáveis por compatibilizar um constitucionalismo além do Estado através do exercício da soberania interna e externa pelos Estado-nações e que, de forma reflexiva,

delineiam novos contornos à democracia “contemporânea”, como restará evidenciado sob a ótica da modernidade reflexiva.

O mosaico de informações acima exposto desnuda ab initio que o conceito de soberania foi modelado ao longo da constituição dos Estados modernos e ressignificado no Estado “pós-moderno”; entende-se por soberano o Estado que demonstra capacidade de “fazer valer” seu ordenamento jurídico em seu território, condição para ser reconhecido como igual pela sociedade internacional; na seara internacional, soberano é o Estado que “impõe” seus interesses perante outros Estados soberanos iguais.

Insera-se o assunto na seara da democracia, onde hoje é utilizado um discurso político interno e internacional para justificar suas ações, e pressupõe repensar o princípio da autodeterminação para adequar a legitimação da autoridade e da soberania política por meio de suportes sociais e políticos em outros níveis, supranacionais e subnacionais. Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli afirma:

[...] os direitos dos estados formam uma pluralidade de ordenamentos e, também, cabe acrescentar, o mesmo direito internacional é formado por uma pluralidade de instituições e os correspondentes entes e ordenamentos. Sobretudo, ademais, se reconhece que entre essas diversas instituições existem múltiplas relações de distintas naturezas - de coordenação, subsidiariedade, subordinação, integração - determinadas pelas diversas normas de direito positivo. (FERRAJOLI, 2013, p. 473).

É válido observar a pluralidade de ordenamentos jurídicos e instituições no “Direito global”. Tais instituições revelam múltiplas relações de integração, coordenação entre outras. Além disso, o Direito das Gentes e os Direitos Humanos, já observados com os olhos do movimento internacional o qual pressiona os Estados-nações, deverão fornecer um enquadramento razoável para o chamado “constitucionalismo global” como forma de validação das constituições nacionais perante o Direito internacional. Então, em contraponto a tal afirmação, observa-se o “direito a cidadania, uma afirmação dos direitos humanos que acaba sendo negada por políticas de criminalização de imigração” (FERRAJOLI, 2013, p. 481), sendo que se trata de um dos primeiros direitos naturais. É necessário observar

o conflito entre soberania e cidadania; a primeira deve ser entendida com base em parâmetros internacionais, e sobrevive na atualidade apoiada no paradigma da nacionalidade; a segunda estabelece um privilégio aos nacionais. No entanto, onde alocar o aclamado constitucionalismo global? Nesse contexto, Atienza e Ferrajoli (2005, p. 117) explana:

[...] falta de regras, de limites e de vínculos que garantam a paz e os direitos humanos diante dos novos poderes transnacionais, tanto públicos quanto privados, que destronaram os velhos poderes estatais ou que perderam o seu papel de governo e de controle. Penso inclusive que a mesma globalização da economia pode ser identificada, no plano jurídico, com esse vazio de direito público internacional adequado para regular os grandes poderes econômicos transnacionais: não, deve-se notar, um vazio de direito, que não pode nunca existir, mas um vazio de direito público, inevitavelmente preenchido por uma plenitude de direito privado, quer dizer, de um direito de produção contratual que substitui as formas tradicionais da lei e que reflete, comumente, a lei do mais forte.

Com isso, a possibilidade de observar através de aportes epistemológicos a possível relativização da percepção de soberania, a democracia e o constitucionalismo além do Estado sob a ótica da sociedade pós-moderna diante da globalização e glocalização urge como uma realidade no século XXI. Sendo factível a influência de um comportamento globalizado, e talvez glocalizado, para revisitar o conceito de democracia como garantidora de direitos humanos e fundamentais e, por fim, amoldar este regime jurídico a um novo patamar apto às contingências do presente século.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia contemporânea aos nascidos em tempos líquidos estabelece uma percepção da modernidade no contexto da teia social diante da modernidade imediata a qual pode ser sensivelmente leve e fluida.

Observar o fenômeno da democracia contemporânea na sociedade pós-moderna é conjugar o pluralismo social, econômico e político não mais em estruturas estáticas imersas no nacionalismo. Mas perceber o modo pelo qual o globalismo, o fenômeno da mundialização, e a glocali-

zação reverberam novas nuances de pensamentos democráticos e comportamentos democratizados de maneira nacional e transnacional.

Afirmar que jamais fomos modernos, segundo Latour, é evidenciar que o ideal democrático construído no século XX se desdobra em novas fronteiras não estáticas no século XXI.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el Estado Constitucional de Derecho**. México: UNAM, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2015.

BECK, Ulrich. **A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva**. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna, v. 2, p. 11-87, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. 1 ed. Lisboa: Edições 70, 2015.

BEYER, Peter. **Globalization and glocalization**, in James A. Beckford & Jay Demerath, *The Sage Handbook of Religions*. Londres, SAGE, pp. 98-117, 2011.

DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory**. University of Chicago Press, 1956.

DAHL, Robert A. **Um Prefácio à Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris - Teoría del derecho y de la democracia 2: Teoría de la democracia**. Madrid: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Livraria do Advogado Editora, 2018.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Firker. São Paulo. Ed: UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita: o futuro da política radical**. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo. Ed: UNESP, 1996.
- GÓMEZ, José Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **“A Era das Transições”**. Rio de Janeiro. Ed. Tempo brasileiro. 2003.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptistas Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009
- KELSEN, Hans. **Sovereignty**. In: PAULSON, Bonnie Litschewski e PAULSON, Stanley (Orgs.). Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes. New York: Oxford University Press Inc., p. 525-536, 2007.
- LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica**. 2ª. edição. Trad. Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: ed, v. 34, 2009.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e Direito Público. Uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade**. São Paulo: Verbatim, 2011.
- MENDES, Márcio Costa. **O Direito Globalitário: o novo céu que nos protege?** Jornal Síntese. n 11, Janeiro, 1998.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do Espírito das Leis**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

IMPEACHMENT, RECALL E VOTO DE DESCONFIANÇA: UMA ALTERNATIVA AO CONTROLE POLÍTICO BRASILEIRO

*Carlos Henrique Perini Miranda*⁵⁷

INTRODUÇÃO

A autonomia e a independência dos poderes em uma República são afirmadas por uma série de garantias insitucionais as quais consubstanciam a divisão tripartite no exercício da dominação de um Estado, tal como definiram os modelos pós-revolucionários na Europa do século XVIII.

Nesse contexto, uma das ferramentas para garantir a harmonia entre os vetores do poder político reside no controle que um exerce em relação ao outro, ou seja, um tipo de supervisão a qual possui o objetivo de evitar que um se sobreponha ao outro, e assim prevenir que os agentes ocupantes dos cargos políticos ajam de maneira a prejudicar o Estado. É uma prerrogativa histórica, denominada pela doutrina norte-americana como *check's and balances*, e na literatura brasileira como “mecanismos de freios e contrapesos”.

Montesquieu, ao escrever a respeito das funções precípuas as quais o corpo de representantes teria na condução do recém instituído Estado liberal, vislumbrou aquelas que se construía como as essenciais:

57 Graduado em direito pela Escola Paulista de direito, advogado na área de direito constitucional em São Paulo;

O corpo representante também não deve ser escolhido para tomar qualquer resolução ativa, coisa que não *executaria* bem, mas, sim, para fazer leis ou para ver se as que fez são bem executadas, e que ninguém pode fazer melhor do que ele. (MONTESQUIEU, 1995, p. 121).

Montesquieu demonstra, portanto, que a razão da existência do Poder Legislativo não se resume à criação de normas, mas também à supervisão e ao controle a respeito da aplicação no campo empírico. E são vários os instrumentos os quais possuem tal função, determinados pelos Textos Constituintes dos Estados, e os quais garantem as prerrogativas de controle tanto de natureza política, quanto os de natureza jurídica.

Uma das funções históricas do Poder Legislativo, para além de sua competência de criar e modificar o ordenamento jurídico através da representação indireta do povo no exercício do poder, é realizar o controle sobre os atos, na maioria das vezes sobre aqueles exercidos pelo Poder Executivo. Em outras palavras, “o Parlamento assume o papel de fiscal, de vigilante sobre a atividade governamental.” (CAGGIANO - 2004).

Deles, os mais extremos são aqueles cuja concretização possui a capacidade normativa para depor os agentes supostamente contrários à boa-fé requerida pelos cargos os quais ocupam.

A despeito da relevância institucional de tais instrumentos, seu resultado relativiza as prerrogativas mais caras à democracia constitucional, vez que desconsidera o prazo dos mandatos instituídos pelas Leis Constitucionais e coloca em dúvida tanto a estabilidade política de um Estado quanto o próprio sufrágio universal.

Desses instrumentos, o instituto do *impeachment* foi aquele com o qual o constituinte optou por institucionalizar no ordenamento jurídico brasileiro e vincular a deposição do representante Executivo ao cometimento dos crimes de responsabilidade, delineados objetivamente por meio da Lei nº 1.079 de 1950.

Neste cenário, o presente artigo procurará realizar análise comparativa a respeito de três dos institutos mais contundentes e extremos à responsabilização dos governos, além de identificar aqueles cujo resultado provoque menos danos ao *status quo* de um Estado soberano e analisar a viabilidade de sua aplicação no contexto do presidencialismo brasileiro,

de forma a prejudicar da menor maneira possível a manutenção dos fundamentos da democracia contemporânea.

1. IMPEACHMENT

Determinado pela Constituição de 1988, no artigo 85, o *impeachment* é um meio do qual dispõe o Poder Legislativo para controlar os atos praticados pelo chefe do Poder Executivo quando este proceda ao cometimento dos chamados crimes de responsabilidade, objetivamente normatizados pela Lei nº 1.079 de 1950.

Suas origens remontam à Inglaterra do século XIV quando, estruturada sob modelo monárquico-parlamentarista, permitia um procedimento a ser realizado por instituições que, apesar de não configurarem um Poder Legislativo como conhecemos hoje (já que anterior às concepções relativas à separação de Poderes), possuíam a autonomia para julgar indivíduos dotados de poder político nos casos em que a justiça comum não os alcançaria, excluída a coroa.

Sua aplicação ocorreu para além de suas fronteiras locais, e foi utilizado também nas colônias sobre as quais mantinha controle político, em especial nos Estados Unidos da América (EUA). Com a conquista de sua independência, em 1775, quando adotou o inédito modelo federalista republicano, os EUA mantiveram o instituto no texto Constitucional recém redigido, onde permanece o instrumento de controle normatizado até o presente momento, tendo sido, inclusive, colocado em prática por diversas vezes⁵⁸.

O *impeachment* na Inglaterra, entretanto, deixou de ser utilizado após a adoção do modelo parlamentarista exercido até hoje. Assim, ao adotar o instituto, o constituinte americano “fotografou” um específico momento evolutivo das instituições inglesas (AMARAL JÚNIOR, 2005). De tal forma, o instituto tal como foi gizado pelo constituinte, parece ter sido

58 Relevante notar que em toda a história dos Estados Unidos, desde a redação da Constituição em 1787, nenhum presidente foi deposto em rito de impeachment. Apenas quatro processos existiram de fato e três foram aprovados pela Câmara: o de Andrew Johnson em 1868, o de Bill Clinton em 1998 e o de Donald Trump em 2020, todos rejeitados pelo Senado. Richard Nixon sofreu processo de impeachment, mas renunciou antes do julgamento de mérito;

surpreendido numa posição *in fieri*, situado entre o que era e o que viria a ser (BROSSARD, 1965).

No Brasil, após a Proclamação da República em 1889, quando destituiu o Poder Moderador e substituiu o Estado unitário pelo federativo, revogou a Constituição de 1824 e promulgou a Constituição Republicana em 1891. Com isso, incluiu o *impeachment* no texto Constitucional e, como nota José Levi Mello do Amaral Júnior, “inspirou-se na Constituição americana de 1787 que, por sua vez, tomou como modelo a prática e a experiência inglesas.” (AMARAL JÚNIOR - 2005).

O processo, o qual é iniciado a partir de denúncia oferecida por qualquer cidadão brasileiro, deve ser, a princípio, admitido pela Câmara dos Deputados. Em seguida, com o exercício do contraditório pelo acusado, deve ter o mérito analisado pelo Senado Federal onde, mediante votação mínima de 2/3 dos senadores, estará, *ipso facto*, destituído do cargo para o qual foi eleito.

Entretanto, a despeito da relevância assumida pelo *impeachment* em relação à proteção das instituições contra agentes que possam prejudicá-las, de forma a resguardar o Estado brasileiro, apenas a provocação do processo possui a capacidade de prejudicar a estabilidade política e os aspectos governamentais de um país. Para Ronald Dworkin (1999):

Um grupo partidário na Câmara, em uma votação partidária, pode aniquilar a separação de poderes e enviar um presidente legitimamente eleito do partido oposto a um julgamento prolongado, humilhante e televisionado, um julgamento que assustaria os mercados, usurparia o escasso recurso de atenção nacional por meses, e prejudicar a liderança e as políticas presidenciais por ainda mais tempo.⁵⁹

Somado a isso, é possível observar na contemporaneidade uma tendência, em especial na América Latina, para a utilização do instituto do

59 Tradução nossa, do original: *A partisan group in the House, on a party-line vote, can annihilate the separation of powers and send a lawfully elected president of the opposite party to a drawn-out, humiliating, televised trial, a trial that would frighten markets, usurp the scarce resource of national attention for months, and damage presidential leadership and policies for even longer.*

impeachment de maneira desvirtuada de sua função original. Não como um mecanismo de *ultima ratio* para o controle e proteção do Estado, mas como forma de deslegitimar politicamente o governo de situação, com objetivos muito mais conectados a interesses político-partidários.

Aníbal Pérez-Liñán identificou essa tendência ao observar que as formas clássicas de deposição de governos, como praticadas até meados dos anos 1990, as quais adquiriam o poder político através de meios coercitivos e violentos, passaram a utilizar o *impeachment* como forma de recobrir suas pretensões egoísticas com um manto de legitimidade constitucional.

As crises políticas que se instauraram na América Latina, originadas da prática do *impeachment*, por serem legitimadas pela força normativa determinada pelas Constituições, levaram à queda de presidentes eleitos sem desencadear a fálência das democracias (PÉREZ-LIÑÁN - 2009).

Dessa forma, os movimentos políticos de oposição, que até a década de 1990 conquistavam e exerciam o poder político através de golpes de Estado com o uso da força, passaram a se consolidar no exercício da dominação por meio dos instrumentos constitucionais à disposição do Poder Legislativo, o que manteve, ao menos superficialmente, a estrutura institucional intacta, mesmo que por meios duvidosos e potencialmente ilegítimos.

Dados os riscos provenientes deste instituto, em especial como vem sendo utilizado nas democracias latinoamericanas na contemporaneidade, é preciso proceder a análise a respeito de outros mecanismos de responsabilização do Poder Executivo, como as praticadas em outros desenhos institucionais.

2. RECALL

Originado nas reformas políticas capitaneadas por Theodore Roosevelt, em 1903, o instituto do *recall* político é um instrumento de controle aplicado nos Estados Unidos e possui um notório caráter *sui generis*, vez que não é exercido realmente pelos representantes do Poder Legislativo, mas sim de forma direta pelo povo.

Se consubstancia como uma prerrogativa a qual permite, através de decisão popular, por termo ao mandato de um representante do Poder Executivo. Em outras palavras, se revela um meio ou procedimento pelo

qual a posse permanente de um cargo público pode ter fim por meio do voto popular (AIETA, 2002, p. 159).

Ou seja, o *recall* é resumido como uma técnica política a fim de permitir ao eleitorado, mediante uma eleição especial, a substituição de um funcionário público antes da extinção normal do tempo de exercício das suas funções (BIRD, 1975).

Sua aplicação não acontece, entretanto, ao nível federal, e pode ser aplicada apenas nas hipóteses de má conduta dos representantes políticos do Executivo nos municípios e nos estados-membros como uma garantia conferida ao modelo federalista, tal qual optou o constituinte norte-americano.

Por ser uma prerrogativa exclusiva do julgo e cognição popular, a doutrina norte-americana o define como um dos três aspectos da democracia direta, juntamente com os institutos do referendo⁶⁰ e da *initiative*⁶¹ (MCCLAIN, 1988).

É, pois, um mecanismo que garante a participação efetiva do corpo de cidadãos na condução da política em nível local, e lhes confere autonomia para realizar cognição eficaz a respeito da permanência de agentes em cargos político-eletivos.

Entretanto, o instituto não é alheio a críticas.

Sua contundência, associada à participação direta a qual confere ao povo autonomia extrema para relativizar elemento relevante das fundações de uma democracia, pode representar, como sustentou Hauriou, uma negação direta ao governo representativo, o qual pressupõe que decisões políticas de tal envergadura sejam tomadas pelos representantes eleitos (HAURIUO, 1971).

Ávila, por sua vez, ao citar Thomas E. Cronin sustenta que:

Thomas E. Cronin observa que os críticos do *recall* alegam que o procedimento confere muito poder aos eleitores e que prejudica a

60 O referendo é um processo em que os cidadãos possuem a prerrogativa de decidir a respeito da manutenção ou veto de uma Lei aprovada pelo Poder Legislativo. No Brasil, a Lei nº 9.709 de 1998 criou os institutos do plebiscito (art. 1º, I) e do referendo (artigo 1º, II), conferindo as mesmas competências.

61 A *iniciative*, por sua vez, é um instrumento destinado também ao povo, que concede a prerrogativa de propor emendas à Constituição. No Brasil, a iniciativa popular, determinada pela Lei 9.709 de 1998 (art. 1º, III), confere as mesmas competências.

independência e discricção necessárias ao representante. Ademais, as eleições são dispendiosas para os municípios e estados e, além disso, na maioria dos casos, não se exige que se investigue a verdade ou o mérito das acusações de má conduta. O mesmo autor afirma também que os oponentes do recall duvidam que o cidadão médio tenha conhecimento e discernimento para tomar tal decisão política. (ÁVILA – 2009).

Aqui, os autores evidenciam uma distinção notável entre os institutos do *impeachment* e do *recall*. Por ser exercido unicamente com discricionari- edade absoluta pelo corpo de cidadãos, o *recall* é um instituto de natureza exclusivamente política. Pois não está vinculado a condutas tipificadas e objetivamente delineadas; como é o caso do *impeachment*, onde para se legitimar perante o ordenamento jurídico, deve necessariamente ser vinculado ao cometimento de crimes de responsabilidade ou, no caso dos Estados Unidos, ao cometimento de *high crimes and misdemeanors*⁶².

Assim, em princípio, os críticos do *recall* entendem que o equilíbrio entre a democracia direta e a segurança jurídica é eivada de vícios lógicos, sendo assim um instrumento que, ao mesmo tempo em que garante a participação efetiva do povo no exercício do controle político, confere discricionari- edade incompatível com o modelo federalista republicano.

3. VOTO DE DESCONFIANÇA

O voto de desconfiança, dos três institutos colocados sob a lente analítica no presente trabalho, é o mais antigo. Suas origens remontam à Inglaterra anterior ao século XI, na transição institucional monarquista, quando a coroa passou a adotar, para o auxílio do governo, um corpo de ministros do Rei — modelo embrionário dos gabinetes de governo parlamentar.

Com a evolução das instituições, moldadas sobretudo por movimentos revolucionários — como a Revolução Gloriosa (1688-1689) e a cria-

62 Na língua portuguesa: altos crimes e contravenções. Está descrita no artigo III, seção 4 da Constituição dos Estados Unidos: *The President, Vice President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors.*

ção da Câmara dos Comuns (*chamber of commons*) —, os gabinetes passaram a adquirir mais poder e autonomia, o que culminou no modelo parlamentarista monárquico contemporâneo.

Assim, a estrutura política britânica pode ser compreendida pelas figuras do Parlamento, com o Poder Legislativo dividido entre a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes (*chamber of lords*); e o gabinete, chefiado por um primeiro-ministro (escolhido pelo bloco majoritário do parlamento) e a coroa, que dividem as prerrogativas atinentes ao Poder Executivo.

Em primeiro momento, o que se destaca é que a figura do chefe de governo, responsável pela condução dos assuntos governamentais empíricos próprios do Poder Executivo, é nomeado de forma indireta pelos representantes legislativos. Assim, em última análise, o primeiro-ministro possui responsabilidades perante o Parlamento, e em determinados casos, se coloca até mesmo à sua submissão. Um desses casos pode ser representado pelo voto de desconfiança.

Nesse contexto, nas hipóteses em que o Parlamento identificar má conduta, ou ainda situações em que o gabinete não gozar mais da “confiança” do Poder Legislativo, este poderá dissolvê-lo. Nesse sentido:

Decididamente, o governo tem de contar com a confiança do Parlamento, a quem ele presta contas, e é a quebra desse vínculo de confiança que possibilita o uso da moção de censura. Cumpre chamar a atenção de que, no sistema parlamentarista, a responsabilização política do governo independe do cometimento de uma inconstitucionalidade ou de uma ilegalidade, como ocorre no presidencialismo. (MORAES, SOBRINHO – 2016).

Assim, é possível observar que o voto de desconfiança possui as mesmas desvantagens do instituto do *recall*. Sua consecução independe de análise objetiva ou jurídica, e não está vinculada a ações que sejam determinadas de maneira objetiva por Lei ou qualquer tipo de convenção.

Sua resolução depende apenas dos movimentos políticos e das tendências partidárias, aliadas a uma autonomia e discricionariedade absolutas do Poder Legislativo que pode, em qualquer momento, dissolver toda a estrutura a qual representa o exercício do poder político-administrativo.

Entretanto, diferente do *impeachment* e do *recall*, sua utilização não prejudica o modelo democrático adotado. Isso porque a estrutura institucional dos governos parlamentaristas pressupõe uma submissão do gabinete perante o parlamento — o chefe de governo não é eleito de forma direta pelo povo, mas nomeado através de processos pelo próprio Parlamento.

A soberania popular nos governos parlamentaristas é exercida através da atuação única dos representantes legislativos que, por sua vez, estruturam o gabinete de ministros para conduzir o governo no escorço executivo do Estado.

Por essa razão, a dissolução do gabinete não desconsidera o julgo popular, mas sim as próprias decisões do Poder Legislativo, o que mantém o modelo democrático ileso e garante que as decisões populares, ou seja, os mandatos dos parlamentares estabelecidos pelo povo, sejam mantidos.

Assim, a despeito da natureza exclusivamente política do voto de desconfiança, ela se revela uma questão *interna corporis* do parlamento que, em última análise, concretiza uma ferramenta de controle político exercida pelo Poder Legislativo contra indicações oferecidas por ele próprio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o instituto do *impeachment* foi aquele optado pelo legislador constituinte para figurar como ferramenta constitucional a fim de garantir ao Poder Legislativo o controle necessário para a consecução dos mecanismos de freios e contrapesos, ao lado de outras menos extremas (como as comissões parlamentares de inquérito e as convocações ministeriais).

Como evidenciada por Pérez-Liñán, a tendência na utilização do *impeachment* — na contemporaneidade pelas oposições — de maneira desvirtuada, com o objetivo de garantir interesses partidários e egoísticos, pode ser facilmente evidenciada. Houve, após a redemocratização, 24 denúncias contra o presidente Fernando Henrique Cardoso (1995–2002), 37 contra o presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003–2010), 68 contra a presidente Dilma Rousseff (2011–2016), 31 contra o presidente Michel Temer (quem ocupou o cargo por apenas dois anos, entre 2016 e 2018), e aproximadamente 115 pedidos contra o presidente Jair Bolsonaro.

Como **é possível** observar, houve uma crescente, especialmente dos anos 1990, na quantidade de denúncias as quais foram oferecidas contra

os presidentes eleitos. Dois deles chegaram ao final do processo, o que resultou na deposição desses chefes de Estado.

Ao observar os perigos à democracia resultados dessa dinâmica, é natural observar outras formas de controle político exercidas por outros Estados na intenção de buscar uma alternativa institucional viável que, ao mesmo tempo em que possa conferir os mecanismos de freios e contrapesos e resguarde o Estado contra agentes de má-fé, também evite sua utilização incompatível com o modelo democrático.

Enquanto o *impeachment* confere ampla discricionariedade ao Poder Legislativo para depor os representantes do Poder Executivo, o *recall*, por sua vez, confere ampla discricionariedade ao corpo de cidadãos para fazer o mesmo. Assim, se por um lado o *impeachment* pode ser desvirtuado pela dinâmica política e ter sua função corrompida por interesses individuais, o *recall* pode sofrer dos mesmos vícios, seja através das tendências políticas do momento, seja através da propaganda política e pela ação dos meios de comunicação em massa.

Portanto, a discricionariedade, no caso do *recall*, é ainda mais contundente. Nesse contexto, o povo exerceria o controle político de forma direta, mas poderia desconsiderar os votos que eles mesmos concederam ao Poder Executivo, conferindo instabilidade política ao Estado da mesma forma.

Ademais, o controle político exercido pelo povo de forma direta teria outros agentes influentes das tendências, e a opinião popular se constituiria ainda mais como um cabo de força entre as diversas agremiações políticas no Brasil.

O voto de desconfiança, por sua vez, é uma forma de controle vinculada ao sistema parlamentarista de governo. Por um lado, sua utilização possui menos contundência na condução da democracia e possui menor probabilidade de criar crises políticas e institucionais, mas, por outro lado, pressupõe (i) a definição do Poder Executivo diretamente pelo Poder Legislativo e (ii) a submissão do gabinete ao Parlamento.

Assim, o voto ou moção de desconfiança ou censura é, por excelência, o instrumento de responsabilização política do sistema de governo parlamentar, cuja noção se traduz na possibilidade de o Parlamento julgar os atos do Poder Executivo (MORAES, 2016).

O voto de desconfiança, portanto, é incompatível com o modelo presidencialista federativo tal qual optado pelo legislador constituinte brasileiro. Ademais, é possível observar que tanto o *recall* quanto o voto de desconfiança são instrumentos de natureza exclusivamente política, não sendo necessário, para a sua concretização, alguma ação específica por parte do chefe do Poder Executivo que esteja objetivamente delineada por instrumentos normativos.

Em contrapartida, o *impeachment*, no Brasil, pressupõe para sua efetivação e legitimidade o cometimento de crimes bem delineados por meio da Lei 1.079 de 1950. Se de um lado a interpretação a respeito desses atos pode ser realizada de maneira ilegítima e elástica pelas oposições, do outro, se revela uma barreira e diminui a discricionariedade das Câmaras Legislativas. Possui, assim, natureza jurídico-política.

Dessa forma, sua admissão possui validade na aplicação do princípio da legalidade. Por ora, o chefe do Poder Executivo não pode ser responsabilizado por quaisquer atos os quais não estejam descritos em normas objetivamente determinadas pelo ordenamento jurídico.

Para que a dinâmica das tensões entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo não resultem em processos de *impeachment* como forma de consolidação do poder político, percebemos que a adoção de outras ferramentas não é uma alternativa viável. Assim, em vez de abandonar o instituto, é preciso adequá-lo à sua função original: a proteção e manutenção da segurança do Estado brasileiro.

Para Ronald Dworkin (1999), o poder de destituir um presidente é como uma arma nuclear constitucional, e deveria ser usada apenas nas mais graves emergências.

Tal adequação reside, em primeiro lugar, na consciência dos representantes legislativos, os quais devem invocá-la apenas nas hipóteses mais extremas em que o *impeachment* seja a *ultima ratio*. Em segundo lugar, dada a natureza jurídica a qual pertence o *impeachment*, o Supremo Tribunal Federal deve exercer jurisdição em relação ao mérito, vez que a admissão do processo é condicionada à subsunção dos atos executivos a normas objetivas.

Assim, se por um lado não é viável a institucionalização de outros meios de controle, por outro devem ser colocados obstáculos à utilização descomedida da responsabilização do Poder Executivo por meio do *im-*

peachment quando utilizado como forma de obtenção e consolidação do poder, pois desconsidera o sufrágio universal e os direitos políticos do cidadão brasileiro, elementos essenciais à manutenção da cidadania plena e da democracia constitucional.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea.** Revista de informação legislativa, a. 42, n° 68, out/dez 2005.
- AVILA, Caio Marcio de Brito. **Recall – a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro.** Tese (doutorado em direito do estado) Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009.
- BIRD, Frederick L. apud FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno.** São Paulo: Saraiva, 1975.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral.** São Paulo: Manole, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *A Kind of Coup.* *The New York Review of Books*, 14 jan. 1999.
- HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas.* Barcelona: ediciones ariel, 1971.
- MCCLAIN, Paula (1988). **Arizona “High Noon”: The Recall and Impeachment of Evan Mecham.** In: *Political Science & Politics.*
- MORAES, Filomeno. SOBRINHO, Luís Lima. **Quedas democráticas de governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas.** Revista direitos fundamentais e democracia. v.21, 2016.
- PÉREZ-LIÑÁN, Anibal. **Juicio Político al Presidente y nueva instabilidade política em América Latina.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República.** Porto Alegre: Oficinas gráficas da livraria do globo, 1965.

O STF E A ADPF Nº 672/DF: UMA ANÁLISE DE UM IMPORTANTE JULGADO DA SUPREMA CORTE NO CENÁRIO PANDÊMICO DO COVID-19

*José Bruno Martins Leão*⁶³

INTRODUÇÃO

A Constituição tem a função primordial de estruturar as regras e os princípios basilares de um Estado, estabelecendo, em seu conjunto de normas, as matérias essencialmente constitucionais, como, por exemplo, a separação de poderes e os direitos fundamentais.

Num cenário em que está sedimentado um Estado de Direito, orientado precipuamente pelos ideais de um regime democrático, a estruturação do aparelho estatal deve ser concebida, dentre outras finalidades, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais arrolados em sede constitucional, servindo, pois, de vetor interpretativo a todo o restante do ordenamento jurídico.

63 Mestrando em Direito (UNIPAR). Especialista em Análise Criminal, Ciência Política, Criminologia, Direito Penal e Processual Penal, Docência Jurídica, Docência do Ensino Superior, Educação Especial e Inclusiva, Educação de Jovens e Adultos (EJA), Gestão em Segurança Pública, Metodologias em Educação a Distância e Psicologia Forense e Jurídica. Graduado em Direito, Filosofia e Letras. Advogado.

O Estado brasileiro recentemente se deparou com um grande desafio, a saber: assegurar a plena efetividade do direito à saúde pública e fazer com que sua estrutura administrativa comportasse os recursos necessários no combate à pandemia. Nesse sentido, União, estados, Distrito Federal e municípios deveriam protagonizar uma atuação conjunta e coordenada ante a realidade alarmante imposta pela pandemia do coronavírus (covid-19).

Conforme alerta Harari (2020, p. 10), “O verdadeiro antídoto para epidemias não é a segregação, mas a cooperação.”. No entanto, durante o enfrentamento inicial da pandemia no Brasil, o que menos se verificou na relação entre os entes federativos foi a cooperação governamental, de modo a se constatar verdadeiros embates entre o Governo Federal e as demais esferas do Poder Público, como os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Ante o evidente contraste existente entre determinadas políticas públicas e algumas teses discursivas bastante questionáveis, suscitou-se questões relacionadas ao âmbito constitucional de atuação de cada ente federativo no combate à pandemia, particularmente no tocante a competências administrativas para aplicação de medidas sanitárias. Por esse motivo, o Poder Judiciário fora provocado e se manifestou acerca da temática, conforme será visto adiante.

Nessa esteira, a partir de seleta revisão bibliográfica e jurisprudencial, o presente artigo objetiva apresentar uma sucinta abordagem constitucional do direito à saúde, contextualizando-o no cenário pandêmico atual em que está situada a sociedade brasileira; bem como realizar uma análise do referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em que se fixou contundentes asserções no que respeita às competências constitucionais dos entes públicos componentes da República Federativa, em lúcida observância à separação de poderes igualmente estatuído na Lei Maior de 1988.

1. BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, arrola a saúde no rol dos chamados direitos sociais, ao passo que em seu artigo 196 assegura

que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”, visando “a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

Sobre essa temática, Tavares (2020, p. 928) sustenta que a efetivação do direito à saúde “relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor”, e que, ainda, tem o dever de “assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.”.

Infere-se, pois, que à medida que o próprio Estado elencou a dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, III), o Poder Público fez ressoar que garantir a concretização do direito à saúde é preservar uma importante dimensão da esfera jurídica da pessoa, vez que se traduz num dos requisitos indispensáveis para uma vida digna.

Ante a necessidade da presença de um Estado-garantidor, indaga-se a respeito da configuração do Estado na realidade jurídico-constitucional brasileira. Nesse contexto, sabe-se que o Brasil é uma República Federativa constituída em um Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, *caput*). Assim sendo, ainda por interpretação literal, tem-se que sua composição estatal se traduz em União, estados-membros, municípios e Distrito Federal.

De igual modo, a Lei Fundamental prevê, em seu artigo 23, II, que é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios cuidar da saúde, ao passo que mais à frente, no artigo 24, XII, preleciona que a defesa da saúde é competência concorrente da União, dos estados e do Distrito Federal. Já no artigo 30, VII, o Texto Maior dispõe que compete aos municípios prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Em decorrência da pandemia do covid-19, a qual assolou o Brasil e o mundo, recentemente o cenário político ambientou intensa discussão pública a respeito das competências legislativas e administrativas previstas em sede constitucional em vista dos questionamentos direcionados ao Governo Federal relativos à correção das ações e omissões governamentais no que concerne ao combate à pandemia.

Indagou-se, pois, sobre a delimitação constitucional do campo de atuação de cada um dos entes públicos na organização e prática de polí-

ticas sanitárias, com o objetivo de reduzir a disseminação do coronavírus (covid-19), a fim de buscar certo controle sobre o índice de contágio e o número de mortes de pessoas acometidas por essa doença viral.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi regularmente provocado a se manifestar, oportunidade em que muito bem esclareceu a extensão da atuação e a responsabilidade dos entes federativos à luz das noções constitucionais acima reproduzidas, as quais, inclusive, servirão de premissas jurídicas necessárias ao entendimento do pronunciamento jurisdicional a ser analisado a seguir.

2. O STF E A ADPF Nº 672 MC-REF/DF

Em 13 de outubro de 2020, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário sob a Presidência do senhor ministro Luiz Fux, por unanimidade confirmaram a medida cautelar e julgaram parcialmente procedente o mérito do pedido formulado no bojo do referendo na medida cautelar na arguição de descumprimento do preceito fundamental nº 672/DF, “para assegurar a efetiva observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal de 1988 na aplicação da Lei 13.979/2020 e dispositivos conexos.” (BRASIL, 2020).

Na ocasião, foi reconhecido e assegurado “o exercício da competência concorrente dos estados, Distrito Federal e municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios”, com vista à “adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia”, como, por exemplo, “a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras.” (BRASIL, 2020).

Aponta que, de todo modo, tal conjuntura não acarreta “qualquer prejuízo à competência geral da União, para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.”. Destarte, como feito na concessão da medida liminar, é importante ressaltar “que a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.” (BRASIL, 2020).

Firmou-se, então, em sede da Suprema Corte brasileira, o entendimento jurisprudencial sintetizado na ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a conse-

quente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente. (STF, ADPF nº 672/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Julgamento: 13/10/2020, Publicação: 29/10/2020).

Conforme as palavras do próprio relator, o senhor ministro Alexandre de Moraes, em verdade “Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.”, tendo em vista a natureza e a gravidade dos “atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do covid-19 (coronavírus).”.

De acordo com a relatoria da APDF em comentário, o Requerente se manifestou com base na “emergência do novo coronavírus e a necessidade de adoção de medidas urgentes e eficazes, fundamentadas em evidências científicas e protocolos aprovados por autoridades sanitárias”, bem como “da formulação de políticas públicas na área da saúde e economia, visando a assegurar o direito à saúde, alimentação e demais direitos sociais e econômicos.” (BRASIL, 2020).

Sabe-se que o mundo foi acometido por uma pandemia de proporções incalculáveis, pretensamente controlável por meio da vacinação em massa, ainda que empreendida de forma gradual e em observância a deter-

minados critérios estabelecedores dos denominados grupos prioritários, quem ostenta comprovada vulnerabilidade, colocando-os numa faixa de risco mais intensa do que aquela a que está exposta o restante da sociedade, conquanto se reconheça que a gravidade da disseminação do vírus seja evidente sinal de perigo para toda a coletividade.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ora Requerente, entendeu, então, que o Governo Federal protagonizou atitudes demonstrativas de desalinhamento científico, distanciando-se dos caminhos recomendáveis pelas evidências científicas a partir das quais se pretendia formular e implementar, na prática, políticas sugestivas de preservação da saúde pública, de forma a abrandar o máximo possível o impacto que a pandemia, à época, causava e ainda poderia causar na sociedade brasileira.

Tendo tais premissas como fundamentação para o pleito em análise, o Requerente, na ocasião, frisou que “governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária”, porém, muito pelo contrário, praticou “ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo mundo.” (BRASIL, 2020).

Essa alegação foi mantida porque,

[...] a partir de estudos científicos e da experiência de países em estágio mais avançado de disseminação da COVID-19, a Organização Mundial de Saúde, OMS, em colaboração com autoridades de todo o mundo, indicou o distanciamento social como o protocolo de prevenção e contenção da escala de contágio da pandemia, especialmente no estágio de transmissão comunitária, em que se encontra o Brasil desde 20/3/2020 (Portaria 454/2020 do Ministério da Saúde). (BRASIL, 2020).

A par dos acontecimentos, o relator rememora a perspectiva pleiteadora, em especial quando se afirmou que “A finalidade dessa medida seria ‘achatar a curva de contágio da doença’, preservando a capacidade operacional do sistema de saúde, que, de outro modo, ficaria sobrecarregado com o aumento abrupto do número de infectados,”. E, por conta de tal meta sanitária, “Vários governos estaduais efetivaram medidas de

contenção do avanço da contaminação”, tais como “suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas, entre outras.” (BRASIL, 2020).

O ministro Alexandre de Moraes assevera que essas medidas de natureza sanitária e com finalidade preventiva foram adotadas “com fundamento na própria Lei Federal 13.979/2020, além da competência conferida pela Constituição Federal (artigo 23, II, e artigo 24, XII) para atuar em prol da saúde pública.”. No mais, tem-se que a citada “atuação de estados e municípios torna-se ainda mais crucial porque são as autoridades locais e regionais que têm condições de fazer um diagnóstico em torno do avanço da doença e da capacidade de operação do sistema de saúde em cada localidade.” (BRASIL).

Nessa toada, ante a realidade social e sanitária do país, o Requerente também “Relata como preceitos fundamentais violados: o direito à saúde (artigo 6º, *caput*, e artigo 196 da CF) e o direito à vida (artigo 5º, *caput*, da CF); o princípio federativo (artigo 1º, *caput*, da CF)”, uma vez que “o presidente da República age para esvaziar e desacreditar políticas adotadas por outros entes federativos com fundamento em suas respectivas competências constitucionais (artigo 23, II, e artigo 24, XII, da CF).”, o que também implica em violação à “independência e harmonia entre os Poderes (artigo 2º da CF).” (BRASIL, 2020).

Por meio da ADPF, o Requerente, enfim, pleiteou que “o presidente da República se abstenha de praticar atos que contrariem recomendações da OMS e do Ministério da Saúde.”. Por outro lado, em manifestação tempestiva, a Advocacia-Geral da União (AGU) sustentou a “impropriedade da via processual escolhida, pois a ADPF não se prestaria ao controle preventivo de atos do Poder Público.”. Entretanto, a AGU argumentou que a presente “arguição pretenderia indevida interferência do Poder Judiciário em políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo, o que, por violar o princípio da separação dos Poderes, caracterizaria o descabimento da ADPF, tal como formulada no caso.” (BRASIL, 2020).

Da mesma forma, segundo o relator, a mesma AGU procedeu da seguinte maneira:

[...] abordou as medidas efetivamente adotadas pelo Presidente da República e pelo Governo Federal no enfrentamento da pandemia do coronavírus, entre os quais menciona a edição de 13 (treze) medidas provisórias, 17 (dezesete) decretos e 2 (duas) leis, além de projetos e ações diversos a cargo de vários Ministérios e entes da Administração Indireta. [...] pretendeu demonstrar que “*todos os atos passíveis de controle de constitucionalidade - dotados de uma solenidade oficial mínima, que permita o seu reconhecimento como ato estatal - estão de acordo com as políticas adotadas no mundo e com as recomendações científicas, sanitárias e epidemiológicas*”. E que o Governo Federal estaria comprometido com políticas de isolamento social, como medida para prevenção contra a disseminação do novo coronavírus: “*todas as ações concretas do Governo demonstram estar de acordo com as políticas adotadas no mundo, com as recomendações da OMS*”. A respeito das alegações de violação ao pacto federativo, a AGU reconheceu a competência concorrente da União e dos Estados para atuar na área da saúde (art. 24, XII, da CF), com base na qual foi editada a Lei 13.979/2020, que não afastou a competência dos demais entes federados, mas apenas “*estabeleceu as orientações gerais, destacando a competência de cada autoridade, a fim de que o território brasileiro adotasse com uniformidade as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do COVID-19*”. (BRASIL, 2020).

Em seu voto, o relator ministro Alexandre de Moraes ponderou que “A legislação prevê que caberá, *preventivamente*, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, contanto que seja com o “objetivo de se evitarem condutas do Poder Público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República”, como, por exemplo, “a proteção à saúde e o respeito ao federalismo e suas regras de distribuição de competências, consagrados como cláusula pétrea da Constituição Federal.” (BRASIL, 2020).

Importa anotar que, relativamente à alegação de pretensa e indevida interferência do Poder Judiciário em outro Poder Público, qual seja, o Executivo, violando, por conseguinte, a cláusula de independência e relação institucional idealmente harmoniosa entre os poderes, o relator bem apontou as seguintes considerações:

[...] em momentos de acentuada crise, o fortalecimento e ampliação da cooperação entre os três Poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. (BRASIL, 2020).

Demais disso, o relator não olvida que

A fiel observância à Separação de Poderes e ao Federalismo – cláusulas pétreas de nossa Constituição Federal e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder – é essencial na interpretação da Lei 13.979/20 – que dispõe sobre as *medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019* –, do Decreto Legislativo 6/20, que reconhece o estado de calamidade pública (para fins de aplicação do art. 65 da LRF), nos termos da solicitação do Presidente da República (Mensagem 93/2020), e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, os quais definem os serviços públicos e as atividades essenciais, sob pena de ameaça a diversos preceitos fundamentais do nosso texto constitucional. (BRASIL, 2020).

Em sede da ADPF em comento, veio à tona uma suposta contenda entre o Governo Federal e os governos estaduais, no sentido de se dissentirem acerca das competências constitucionais, de modo a suscitar o questionamento relativo a quais entes federativos competiria a adoção imediata de medidas sanitárias, bem como a extensão de sua respectiva aplicabilidade, a fim de preservar o pacto federativo e, desse modo, evitar temerárias invasões de competência administrativa, especialmente diante de um cenário de crise sanitária o qual envolve não apenas o Brasil, mas o restante do mundo.

Recorda o ministro que, “Lamentavelmente [...], na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional”, tornou-se “fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo”, o que, por inevitável, acarretou “insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.” (BRASIL, 2020).

Ao cingir tal discussão social e jurídica ao campo dos direitos fundamentais, mais especificamente à saúde pública, de modo que o assunto em tela interessa não somente aos agentes políticos regularmente instituídos em seus respectivos mandatos eletivos, mas à toda coletividade, é que se vê em meio a uma crise decorrente de uma pandemia sem precedentes na história pátria. Assim, no que toca à saúde, a Constituição Federal de 1988 distribuiu as competências legislativas e administrativas, tendo em vista a relevância da matéria a ser regulada e, sobretudo, exercida em conformidade com as diretrizes constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, insta consignar que “A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública”, razão pela qual destaca, “desde logo, no próprio preâmbulo, a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade.”. Por lógica, partindo da “ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde.” (BRASIL, 2020).

Em seu didático voto, Alexandre de Moraes leciona que “O direito à vida e à saúde aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.”. Consoante à valorização devida ao referido valor fundamental, “a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde.” (BRASIL, 2020).

Percebe-se facilmente que o direito à saúde, na atual conjuntura social, política e jurídica, assume atenção especial das pautas do noticiário jornalístico às discussões empreendidas no contexto acadêmico, mais técnico; isso porque “A disseminação do novo coronavírus constitui ameaça

ça séria, iminente e incontestável ao funcionamento de todas as políticas públicas”, particularmente àquelas destinadas “a proteger a vida, saúde e bem-estar da população, como todos temos lamentavelmente visto em todo o país nos últimos meses.” (BRASIL, 2020).

Em face do cenário pandêmico, causador de justificada movimentação social e discussões políticas referentes a ações governamentais com foco no combate ao covid-19, a Suprema Corte brasileira “proferiu vários pronunciamentos em sede de Jurisdição Constitucional, nos quais se reconheceu a magnitude dos efeitos da pandemia” bem como “a necessidade extrema de coordenação entre todos os níveis de governo na destinação prioritária de recursos e esforços para a saúde pública, no sentido de minimizar seus reflexos nefastos.” (BRASIL, 2020).

Dada a gravidade da pandemia do covid-19, é exigido, atualmente, ainda mais “das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.”. Por esse ínterim, aduz-se que a ADPF em questão “deve ser analisada sob a ótica da efetiva aplicação dos princípios e regras de Separação de Poderes e do Federalismo na interpretação da Lei 13.979/2020, afastando-se, preventivamente, desnecessários conflitos federativos, que somente iriam ampliar a gravidade da crise no País.” (BRASIL, 2020).

Nessa ótica inoportuna contenda entre o Executivo Federal, representado pelo presidente da República, e os Executivos Estaduais, tendo à frente os governadores dos estados e do Distrito Federal, tem-se que, em consideração à separação de poderes: “ao Presidente da República, como força motriz na condução do Estado nos regimes presidencialistas, compete à chefia da administração pública federal o planejamento e a execução de políticas públicas de âmbito nacional”, tendo em mira, atualmente, a “atenuação dos efeitos sociais e econômicos da pandemia.” (BRASIL, 2020).

Ademais, no que concerne ao papel do presidente da República, “está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade, podendo, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquelas que entender como as melhores para o interesse público no âmbito da saúde, da assistência e da economia.”. Por esse motivo, o relator entendeu “incabíveis os pedidos formulados pelo Conselho Federal da OAB que supõe a pos-

sibilidade de o Poder Judiciário substituir o juízo discricionário do Poder Executivo” em vista da pretensão formulada “para determinar ao Presidente da República a realização de medidas administrativas específicas.” (BRASIL, 2020).

O relator afirma que, conquanto exista o princípio da separação dos poderes, “Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo presidente da República no exercício de suas competências constitucionais.”; todavia, “é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas”, de modo a verificar “a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas.” (BRASIL, 2020).

Porém, conforme salienta Alexandre de Moraes a respeito da atuação discricionária do Presidente da República, “Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos” que, por sinal, objetiva impedir “o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias.” (BRASIL, 2020).

Ao observar as estruturas constitucionais do Estado Federal em vista da autonomia conferida a cada ente federativa subnacional, em particular a respeito das competências administrativas, legislativas e tributárias, o relator bem assinalou:

[...] em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão ao Requerente no tocante à necessidade de salvaguarda da margem de atuação dos entes subnacionais para a delimitação, *in loco*, das medidas sanitárias mais adequadas e eficazes para a proteção da saúde de suas populações, observado o menor sacrifício possível para os demais interesses constitucionalmente protegidos, em especial a liberdade econômica. (BRASIL, 2020).

Assim, é perceptível que a análise de adequação e eficácia das medidas sanitárias há de ser efetuada no âmbito local ou regionalizado, à medida

quetem-se uma noção mais precisa do impacto da pandemia nas populações distribuídas geograficamente pelo território brasileiro. Com isso, o objetivo é adequar os mecanismos de proteção da saúde por meio de políticas públicas locais, numa resposta tempestiva às alterações das taxas de contágio do covid-19.

Esse combate à pandemia seria consideravelmente inviabilizado caso as políticas de saúde pública restassem apenas sob o controle do Poder Executivo Federal, ignorando a realidade e a autonomia dos estados-membros. Por isso, é possível ver no Texto Maior a já citada distribuição de competências como forma de resguardar a integridade do pacto federativo e, por conseguinte, melhor atender às necessidades locais e regionais da população brasileira.

Consciente da realidade pátria, o relator rememora o texto da Lei Maior ao dispor que “Em relação à saúde e assistência pública, [...] a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (BRASIL, 2020). Por oportuno, em especial no tocante à saúde, por motivos de didática cumpre novamente reproduzir o citado dispositivo constitucional *in verbis*: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” (BRASIL, 1988).

Em reforço à ideia das competências legislativa e administrativa de natureza concorrente, acrescentado o registro da descentralização inerente à prestação do serviço de saúde pública, o relator consigna o seguinte:

Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local, devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz

respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). (BRASIL, 2020).

Nesse ínterim, conforme mencionado expressamente no voto do ministro, cumpre enfatizar que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII – previdência social, proteção e defesa da saúde” (CF, artigo 24). Na mesma linha, importa frisar que, no Brasil, “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com [...] I – descentralização.” (CF, artigo 198).

Segundo o relator, ao analisar o texto da Constituição Federal de 1988, fica claro que “a competência material para o desenvolvimento de ações governamentais de saúde pública fornece um dos mais elaborados exemplos de repartição vertical de competências e de federalismo cooperativo.”. Pode-se dizer, então, que

O constituinte, muito além de prever a hipótese como competência concorrente, tomou ele próprio a iniciativa de estabelecer, no próprio texto constitucional, o condomínio de responsabilidades e encargos entre os diversos níveis federativos. [...] É firme, portanto, o entendimento da CORTE a respeito da necessária convivência e harmonia entre a competências da União, dos Estados e dos Municípios em matéria de proteção à saúde, inclusive no tocante a normas de segurança sanitária e epidemiológica. (BRASIL, 2020).

Com isso, é possível reconhecer que é “ausente de fundamento constitucional qualquer iniciativa do Poder Executivo federal que vise a desautorizar medidas sanitárias adotadas pelos estados e municípios”, considerando a pretensão de “intensificar ou ajustar o nível de proteção sanitária e epidemiológica nos âmbitos respectivos, com fundamento em orientações de seus órgãos técnicos.”. No mais, “a competência dos estados e municípios nessa matéria não desonera a União do múnus de atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública”, particularmente aquelas relativas à “segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia do covid-19, inclusive no tocante ao financiamento e apoio logístico aos órgãos regionais e locais de saúde pública.” (BRASIL, 2020).

Ante as razões fáticas e jurídicas, em estrita consonância com o resultado do julgado posteriormente ementado em conclusão do voto, o ministro Alexandre de Moraes confirmou a medida cautelar e, no mérito, julgou parcialmente procedente a ADPF em comento, “para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos.” (BRASIL, 2020).

Demais disso, o ministro Alexandre de Moraes fora bastante enfático, “reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos estados, Distrito Federal e municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios”, tendo em mira “a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia”, como, por exemplo, “a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas.”. Todavia, “sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.” (BRASIL, 2020).

CONCLUSÕES

Do exposto, depreende-se que a saúde é um direito de todos, e é um dever do Estado garanti-la à população mediante a implementação de políticas sociais e econômicas as quais tenham por objetivo a redução do risco de doenças. Convém lembrar que tal direito se encontra diretamente vinculado à noção da dignidade da pessoa humana, bem como ao direito à igualdade, somente efetivados por meio da intervenção eficaz de um Estado-garantidor, o qual oferecerá as condições mínimas para a promoção, proteção e recuperação da saúde do indivíduo.

Todavia, a recente pandemia provocada pela disseminação do coronavírus (covid-19) colocou em xeque o que se conhece por saúde pública, tanto no aspecto institucional, do ponto de vista da eficiência estatal na gestão de políticas sanitárias, como no sentido do risco à vida e à integridade física da sociedade, brasileira e internacional, frente à necessidade premente de colocar em prática medidas eficientes de combate à pandemia.

Em face desse cenário alarmante, tendo o Estado brasileiro sido emergencialmente chamado a agir, orientar e amparar a coletividade, especialmente nos estágios de prevenção ante o perigo de contágio viral massivo, ao invés de haver cooperação entre os entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios), instalou-se, em verdade, uma celeuma de viés constitucional relacionada às competências administrativas e executivas de cada qual, razão por que a Suprema Corte fora instada a se pronunciar.

Dessa forma, o STF referendou a medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672/DF, reconhecendo a necessidade de efetivação concreta da proteção à saúde pública, razão por que devem ser adotadas, pelas autoridades brasileiras, as medidas tecnicamente sustentáveis com absoluto respeito à harmonia e à independência que hão de reinar entre os poderes constituídos da República Federativa. Para tanto, a Corte Suprema asseverou que a Constituição Cidadã consagra a existência de competência administrativa comum entre União, estados, Distrito Federal e municípios no que toca à prática de medidas de saúde pública.

Portanto, restam constitucionalmente protegidas as competências de cada esfera do Poder Público, de modo a resguardar a essência do pacto federativo. Todavia, a despeito de o Poder Executivo federal exercer inegável papel de planejamento e coordenação das ações governamentais concernentes à efetivação da saúde pública, as decisões sobre medidas sanitárias emanadas dos governos estaduais, distrital e municipais, no estrito limite de suas respectivas competências administrativas, não poderão ser afastadas unilateralmente pelo aludido ente federal numa ação abusivamente centralizadora e potencialmente usurpadora de poderes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF nº 672/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Julga-

mento: 13/10/2020, Publicação: 29/10/2020. Disponível em:<
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239592>>. Acesso em: 27 de junho de 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus**: artigos e entrevistas. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O USO DO SISTEMA BINÁRIO NA SEGURIDADE SOCIAL DO BRASIL: OS ENTRAVES DA SUA APLICAÇÃO PARA A APOSENTADORIA DE PESSOAS TRANSEXUAIS

*Humberto Willams de Souza Albuquerque*⁶⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a intenção de evidenciar os dilemas da legislação brasileira referentes à aplicabilidade das normas do Direito Constitucional e do Direito Previdenciário para pessoas transexuais. O sistema vigente traz impasses para que pessoas transgênero sejam beneficiadas com aposentadoria pela Previdência Social, de acordo com as regras prescritas na Constituição Federal de 1988.

De acordo com a Constituição Cidadã, o critério estabelecido para a concessão de um benefício de aposentadoria pela Previdência Social é o fundamento binário, o qual separa os indivíduos em macho/fêmea e homem/mulher. No entanto, na legislação brasileira não existem leis que possuam regras específicas para pessoas transgênero.

64 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Formado em Técnico de Segurança do Trabalho pelo Instituto Federal de Pernambuco. Já atuou na produção de conteúdos jurídicos para o Complexo de Ensino Renato Saraiva LTDA. Já atuou como professor voluntário no projeto Vestibular Cidadão da Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente é estagiário do Ministério Público de Pernambuco.

No Brasil, o movimento LGBTQI+ ganhou notoriedade e vem tendo uma atuação mais evidente desde a década de 1970. Já foram décadas de direitos conquistados. Todavia, ainda existem temas os quais precisam ser discutidos e trazidos à baila para toda a sociedade brasileira, com ênfase nos Poderes Judiciário e Legislativo, visto que não existem interpretações pacificadas e leis na seara do Direito Previdenciário e Direito Constitucional que alcancem as pessoas transexuais.

A matéria de Seguridade Social é regida pela Constituição Federal de 1988. Pela inexistência de leis ou de regras específicas, as pessoas transexuais ficam à mercê do texto constitucional. Já existe, na Carta Magna, uma norma a qual designa que a igualdade deve ser aplicada a todas as pessoas que compõem a sociedade, mas a interpretação da lei pelo Poder Judiciário ainda não é pacífica. A doutrina, por sua vez, não aborda o tema, e o Poder Legislativo não faz indagações sobre o tema da aposentadoria para transexuais.

Nessa perspectiva, mesmo com o progresso da sociedade e o reconhecimento da diversidade de gêneros em vários âmbitos pelo Direito brasileiro, é necessário que o Direito Previdenciário e o Direito Constitucional enlacen as pessoas transexuais e realize tal função com respeito à dignidade da pessoa humana, com isonomia e igualdade de tratamento, além do direito à não discriminação.

Por fim, a intenção deste trabalho é analisar como o artigo 201, parágrafo 7º, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, é aplicado a pessoas transexuais para fins de concessão de benefícios previdenciários. Ademais, tem como propósito final sugerir soluções para minimizar a problemática acerca da omissão das leis existentes relativas à Seguridade Social, com ênfase em efetivar as garantias previdenciárias estabelecidas na Constituição Federal não apenas para pessoas cisgênero, mas para todos que tenham o direito à aposentadoria.

1. METODOLOGIA

No desenvolvimento das atividades deste artigo foram empregados o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Dessa maneira, o domínio dos conteúdos foi concretamente processado por meio dos seguintes procedimentos específicos:

i) Seleção, leitura e fichamento dos materiais bibliográficos pertinentes à temática, impressos e digitalizados; ii) Reflexão crítica e compreensão das premissas obtidas; iii) Desenvolvimento da hipótese e exposição dos resultados obtidos. Assim, a partir do estudo global dos materiais analisados em bibliografia, elaborou-se um conjunto de conclusões específicas e exposição dos resultados.

2. HISTÓRICO DA TRANSEXUALIDADE NO MUNDO

A existência da diversidade sexual e de gênero no mundo não é um fato novo, apesar de não ser sabido quando o primeiro caso ocorreu. Todavia, os dados históricos registrados mostram que no período da Grécia clássica até a modernidade, independente da nomenclatura a qual era utilizada na época, já existiam pessoas com identidade de gênero divergente dos padrões impostos pela biologia. Além disso, também já existiam relações afetivas e sexuais além das heterossexuais.

No entanto, a maior notoriedade dada na época foi para as relações entre pessoas do mesmo sexo. Futuramente, essas relações seriam conhecidas como homoafetivas. O surgimento das relações homoafetivas, com o decorrer das décadas, trouxe à tona outras diversidades sexuais e identidades de gênero, como a bissexualidade, a transexualidade, o travestismo etc.

Não é fácil delimitar na história das sociedades quando surgiu o uso do termo transgênero, contudo, os primeiros registros encontrados que abordam a temática são do início do século XIX. O marco de notoriedade do termo foi com a sua aparição no livro *Higiene Sexual e Patologia*, escrito por John Oliven.

Atualmente, pessoas transexuais são aquelas as quais possuem uma identidade de gênero que vai de encontro ao sexo biológico que lhes foi designado no momento do seu nascimento. Uma pessoa transgênero pode ter qualquer orientação sexual conhecida até o presente momento, ou seja, a pessoa transgênero pode possuir orientação heterossexual, homossexual, bissexual e assexual.

A vida para pessoas transexuais não é fácil, poucos conseguem ter acesso à educação, por exemplo. Um número menor ainda consegue ter acesso aos empregos formais no Brasil, segundo a Antra:

O percentual de pessoas transgênero é de 2% do total da população de acordo com dados do ambulatório de transtorno de identidade de gênero do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas (HC), no território nacional, 90% das pessoas transgênero possui como trabalho a prostituição” (ANTRA, 2018).

Por último vale ressaltar que a expectativa de vida para pessoas transgênero é mais baixa do que a de pessoas cisgênero. Uma pessoa transgênero, em média, tem uma expectativa de vida de apenas 35 anos. Já uma pessoa cisgênero, tem uma média de 74,9 anos de vida. Nota-se que são poucas as pessoas transgênero as quais conseguem chegar à faixa etária beneficiada com a aposentadoria pela Seguridade Social, e as poucas que chegam se deparam com o sistema binário utilizado como meio avaliativo no Brasil, além da ausência de leis favoráveis as quais possam ser aplicadas em casos concretos.

3. O TRATAMENTO NORMATIVO PARA PESSOAS TRANSEXUAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Apesar de alguns avanços em relação às legislações direcionadas à população LGBTQIA+, como, por exemplo, a lei de criminalização da homofobia e transfobia, e a possibilidade de casamento e união estável para pessoas homoafetivas, ainda existem searas do Direito em que o assunto sobre a aposentadoria para pessoas trans não é abordado, como o Direito Previdenciário.

A parcela da população transgênero no Brasil tem como ferramenta jurídica de defesa de seus direitos fundamentais apenas os primados gerais da Constituição Federal, no tocante ao direito à aposentadoria não é diferente. A Constituição Cidadã tem em seu regimento os direitos fundamentais e seus princípios, em destaque: a dignidade da pessoa humana; o princípio da isonomia; o princípio da não discriminação em razão do sexo; o princípio da afetividade; o princípio da pluralidade familiar; e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa perspectiva, o uso desses fundamentos não é uma exclusividade para a parcela da população a qual faz parte da sigla da comunidade

LGBTQI+. Todavia, quando se trata da aplicação de leis favoráveis a essa porcentagem da sociedade brasileira, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana é o maior respaldo jurídico que é utilizado no âmbito judiciário brasileiro, visto que poucas são as leis desenvolvidas para garantir direitos específicos a um grupo o qual busca reconhecimento e igualdade como cidadãos, nos âmbitos político e civil.

Segundo Ribeiro e Aichele (2010, p. 89), a “Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias individuais, como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, reconheceu que o Estado tem como finalidade principal o ser humano.”

Desse modo, entende-se que a dignidade da pessoa humana é uma limitação imposta para que o Estado respeite o mínimo de cada ser. Em outras palavras, significa dizer que a dignidade de cada indivíduo que compõe a sociedade não pode ser violada pelo Estado. Este deve atuar sempre de forma a contribuir para a manutenção da dignidade da pessoa humana e respeitar a individualidade de cada cidadão da sociedade brasileira.

Para Chaves (2015, p. 79), “[...] pode-se afirmar que as questões concernentes à orientação sexual se relacionam de forma estreita com o amparo da dignidade da pessoa humana.”. Nessa lógica, ao fazer uma analogia com a identidade de gênero, nenhum tipo de discriminação e preconceito pode ser aceito pelo Estado, e é dever do mesmo amparar e realizar a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Apesar da existência dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, os temas relacionados às pautas da comunidade LGBTQI+, os quais são julgados pelo Poder Judiciário ou discutidos pelo Legislativo devido à falta de leis e julgados específicos, utilizam como única guarnição a dignidade da pessoa humana, como ressalta Chaves (2015, p. 81):

Em nome do princípio da dignidade humana, entre outros, como discorrer-se-á adiante, direitos igualitários devem ser outorgados aos homossexuais, como o de contrair matrimônio, o direito à parentalidade, enfim, o direito de assumir sua orientação sexual sem receio de rechaço e exclusão social.

O princípio da isonomia ou da igualdade é o que concede o direito à liberdade para que cada indivíduo possa ter uma vida privada sem inter-

ferências de terceiros ou do Estado; desde que a sua liberdade não atente contra a liberdade de outrem ou que, em sua vida privada, o indivíduo não pratique qualquer tipo de conduta criminosa proibida pelo Estado.

O princípio da igualdade é previsto na Constituição Federal para todos os brasileiros, estrangeiros residentes no Brasil e para os estrangeiros que não residam no território nacional. Para Chaves (2015, p. 81), a “Liberdade se traduz, cada vez mais, na ideia de poder realizar, sem intervenção de qualquer natureza, às próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.”.

Nessa perspectiva, o princípio da igualdade é aplicado de forma individual para cada pessoa que compõe a sociedade brasileira. A vedação à sua aplicabilidade significa ir contra o direito que cada indivíduo possui de buscar sua existência plena, logo, a faculdade de cada cidadão de ser do jeito que quiser, como pontua Chaves (2015, p. 87):

O aspecto material da igualdade se traduz na ideia de se conceder o mesmo tratamento jurídico àqueles que se encontrem em situação igual, enquanto àqueles que se encontram em situação jurídica diversa deve ser dado um tratamento diverso, em virtude da situação de desigualdade em que se encontram.

No tocante à Constituição Federal, até que a Carta de 1988 fosse promulgada, foram realizadas diversas discussões e reuniões para que os constituintes entregassem uma Constituição condizente com o período de redemocratização do Brasil. Mesmo que na época da sua promulgação o tema dos direitos das pessoas transgênero não tivesse sido levado aos debates dos constituintes, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, preleciona que um dos objetivos fundamentais da República é “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Nota-se que o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 não cria nenhum tipo de diferença de tratamento para a promoção do bem da coletividade, o que não pode implicar em distinção de sexo, origem, cor, idade ou qualquer outro tipo de forma discriminatória a qual possa surgir. Logo,

também não pode ocorrer qualquer tipo de discriminação pela identidade de gênero que o indivíduo deseje identificar como sua.

Assim, a origem, raça, sexo, cor, idade etc., não podem ser usados como critérios de merecimento para que um indivíduo seja considerado portador da dignidade da pessoa humana, como pontua Chaves (2015, p. 89):

A discriminação por orientação sexual configura uma hipótese de diferenciação baseada no sexo do indivíduo para que alguém endereça seu afeto, uma vez que a caracterização de uma ou outra orientação é resultado da combinação dos sexos daqueles envolvidos no relacionamento (CHAVES, 2015, p. 89).

Diante da vedação constitucional a qualquer forma de discriminação ou preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade etc., não deve ser aceito, portanto, nenhum tipo de discriminação ou preconceito para com pessoas transexuais.

Na linha evolutiva do cenário jurídico brasileiro, é possível perceber que o princípio da afetividade passou por alterações através das interpretações realizadas no decorrer do tempo. Devido ao avanço do conhecimento engendrado pelas mudanças na sociedade, denota-se que esse princípio arrematou a lógica que existia em períodos passados. As famílias já não são mais constituídas pela necessidade biológica ou pelo antigo sistema patriarcal o qual perdurou durante décadas na sociedade brasileira.

As novas famílias se desenvolvem através da lógica da afetividade. Os indivíduos não mais se casam pela necessidade de procriar, os pais já não obrigam as filhas a se casarem com maridos escolhidos pelo patriarca da família, e as pessoas procuram se unir pela sintonia da afetividade entre os participantes de uma relação amorosa.

O afeto passou a ser introduzido em pautas jurídicas, e já é perceptível sua importância no Direito familiar, sendo possível encontrar ações sobre pensão alimentícia com base em relações afetivas. Nesse sentido, é nítido que a afetividade passou a ter um destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

Muito próximo ao princípio da afetividade está a pluralidade familiar, também reconhecida como um princípio na Constituição Federal. Este princípio está intrinsecamente ligado à Seguridade Social, visto que uma das modalidades dos benefícios previdenciários é a pensão por morte.

O princípio da pluralidade familiar, de uma forma simples, consiste no direito de constituir uma família e de tal núcleo familiar poder ser composto das mais diversas formas. Por várias décadas, o reconhecimento por família era dado apenas àquela constituída por casais heterossexuais. No entanto, esse cenário mudou no ordenamento jurídico brasileiro, e o conceito de “família” ganhou novos formatos, para Chaves (2015, p. 93), o “[...] princípio da pluralidade familiar se desdobra no princípio da igualdade das entidades e no princípio da liberdade de escolha, podendo ainda ser apontado como uma das formas de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.”

Por fim, é através das interpretações dos direitos fundamentais e dos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988 que a maioria das pessoas transexuais possuem guarnição em relação à aplicabilidade de direitos básicos os quais devem ser assegurados a qualquer indivíduo na sociedade brasileira. Entre esses direitos básicos, consta o direito à Seguridade Social, o qual ainda não é aplicado de forma igualitária a todos e, portanto, se torna tema principal do presente estudo.

4. HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O primeiro registro de um país a criar a Previdência Social foi com a França, em 1673. Todavia, a Previdência Social foi desenvolvida apenas para pessoas que fizessem parte da Marinha Real Francesa. No Brasil, a primeira aparição da Previdência Social ocorreu de forma tardia, apenas no início do século XX e contemplava a todos. Todavia, a matéria já tinha previsão na Constituição, com sua aplicação apenas em casos isolados.

Ali Eloy Chaves, que foi Deputado Estadual, teve grande contribuição para que a Previdência Social integrasse a Constituição Federal de 1988, e com o tempo, a Previdência se alterou até a maneira como a qual conhecemos hoje, como salienta Castro e Lazzari (2020, p. 98):

O Brasil só veio a conhecer verdadeiras regras de caráter geral em matéria de previdência social no século XX. Antes disso, apesar de haver previsão constitucional a respeito da matéria, apenas em diplomas isolados aparece alguma forma de proteção a infortúnios. A Constituição de 1824 – art. 179, XXXI – mencionava a garantia

dos socorros públicos, em norma meramente programática; o Código Comercial, de 1850, em seu art. 79, garantia por três meses a percepção de salários do preposto acidentado, sendo que desde 1835 já existia o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL) – primeira entidade de previdência privada no Brasil.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o Brasil passou a garantir direitos aos trabalhadores. Algumas garantias às classes operárias foram surgindo, como o decreto que assegurava o direito à aposentadoria dos trabalhadores dos correios. Posteriormente, novos decretos incluíram outras categorias de trabalhadores. Para Castro e Lazzari (2020, p. 120), a Previdência Social passou a ser vista da seguinte forma:

O sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infelizmente (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços. Desde a inserção das normas relativas ao acidente de trabalho na CLPS/84, e, mais atualmente, com a isonomia de tratamento dos beneficiários por incapacidade não decorrente de acidente em serviço ou doença ocupacional, entende-se incorporada à Previdência a questão acidentária. É, pois, uma política governamental.120).

É perceptível que, até se tornar o sistema previdenciário como conhecemos hoje, a Seguridade Social brasileira passou por algumas metamorfoses.

5. SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

É da natureza humana que cada membro da sociedade exerça alguma profissão a qual lhe garanta sobrevivência, como deduziu Marx (1971, p. 50 *apud* ANTUNES, 2008, p. 13):

Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso, uma condição de existência do homem, independentemente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, da vida humana.

Após anos trabalhando e contribuindo para o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), nada mais justo que os contribuintes possam descansar como beneficiários do sistema de Seguridade Social estipulado na Constituição Federal de 1988.

A Seguridade Social é essencial para que, após o período de contribuição necessária, cada indivíduo tenha o direito de gozar de uma vida digna, visto que os direitos previdenciários são garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, os direitos previdenciários são vitais para que cada indivíduo garanta sua dignidade como pessoa humana mesmo quando não puder mais exercer seu ofício.

A concessão do benefício pode influenciar a vida do indivíduo das mais variadas formas, e pode ser resultante de várias circunstâncias, tais como a morte, a invalidez ou a velhice. Dessa forma, denota-se que o Direito Previdenciário é também importante para que seja realizada a manutenção da proteção dos direitos fundamentais e do bem-estar social de cada indivíduo que compõe a sociedade brasileira.

No âmbito jurídico, a Seguridade Social no território nacional não é garantida a pessoas transgênero por nenhuma lei específica. Nessa linha de raciocínio, para Serau Júnior *et al.* (2018, p. 20): “[...] o Direito Previdenciário foi pensado para o modelo econômico fordista e, igualmente, para uma estrutura social e familiar eminentemente patriarcal.”

É visível que, mesmo com avanços nos direitos sociais em relação à identidade de gênero no âmbito jurídico brasileiro, o Direito Previdenciário não possui, até o momento, arranjos para que abrace de forma igualitária todas as formas diferentes de identidade de gênero.

É devido à existência de lacunas no Direito, em relação à garantia de ser uma pessoa beneficiária da Seguridade Social, que este artigo tem como objetivo demonstrar e apontar maneiras alternativas para que a pluralidade de identidades de gênero seja aceita, possua o reconhecimento perante a sociedade, e seja pauta de debates para elaboração de leis e em

julgamentos do Poder Judiciário, a fim de que todos tenham o tratamento igualitário previsto na Constituição Federal de 1988.

Portanto, a partir de toda linha de raciocínio já afirmada no presente artigo entre a história dos transgêneros no mundo, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a Seguridade Social, agora apreciaremos o sistema binário da Constituição Federal de 1988.

6. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PREVIDÊNCIA SOCIAL E APLICAÇÃO DO SISTEMA BINÁRIO

Inicialmente, o dispositivo normativo o qual dita os parâmetros para que um indivíduo possa ser beneficiário da Seguridade Social no Brasil está presente na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 201, parágrafo 7º, incisos I e II, como exposto:

[...] § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

A Constituição Federal de 1988 usa como critério o fundamento binário, o qual se caracteriza por realizar uma separação entre macho e fêmea ou homem e mulher, além de considerar a idade e o tempo de contribuição.

No entanto, na legislação brasileira vigente não existem leis específicas para que pessoas transgênero tenham o direito à aposentadoria sem precisarem se submeter a qualquer tipo de desconforto devido à sua identidade de gênero. Em outras palavras, não existe nenhuma regra para pessoas que tenham realizado a retificação sexual.

Percebe-se que uma das modalidades possui especificações próprias em relação ao sexo do contribuinte. É perceptível também que o siste-

ma adotado no Brasil é utilizado para realizar uma distinção do que é considerado masculino e feminino.

As pessoas transexuais, por sua vez, podem não se enquadrar em nenhuma dessas duas tipagens utilizadas pelo fundamento binário da Constituição Federal. Pessoas transgênero podem não se restringir a um ou mais padrões determinados pela Lei Maior, visto que, ao impor um dos gêneros macho/fêmea ou homem/mulher, essas pessoas ficam restringidas a um determinado padrão, o que pode abolir a forma como decidem expressar sua identidade de gênero.

Imaginemos uma pessoa transexual que trabalhe e contribua para a Previdência Social, mas não encontre nenhuma forma de representação na Constituição Federal; como ela deve se sentir em relação à incerteza do futuro da sua aposentadoria? Essa pessoa será enquadrada no sistema de Seguridade Social?

Atualmente, nem mesmo o Poder Judiciário sabe dar respostas para essas indagações, visto que existem poucas decisões sobre a temática. Além disso, as poucas decisões prolatadas não estão em sintonia, o que causa uma insegurança jurídica para as pessoas transexuais, pois contribuem para a Previdência Social, mas não sabem ao certo se serão beneficiadas com a aposentadoria.

O sistema utilizado faz diferenciações entre homem e mulher, mas não abrange pessoas as quais não se identificam como nenhuma das definições. A forma mais viável para que uma pessoa tenha o direito de se aposentar seria em um sistema diferente do binário, um sistema em que os direitos fundamentais prevalecessem. Como exposto por Serau Junior *et al.* (2018, p. 29):

A proteção previdenciária, embora exija contribuições previdenciária dos segurados e seguradas, não se prenda exclusivamente a esse paradigma, devendo ter como norte exatamente a perspectiva de direitos fundamentais e estruturar-se a partir de outros paradigmas, cujo cerne seja a proteção do ser humano que passe por determinadas contingências sociais.

Além disso, por ser um tema pouco discutido ou levado à pauta no âmbito jurídico, quase não existem jurisprudências correlatas à aposenta-

doria de pessoas transexuais. É possível apenas localizar julgados referentes à aposentadoria de um sistema diferente do RGPS. Em 2020, uma reportagem realizada no estado de São Paulo informa que uma pessoa transgênero teve seu benefício suspenso devido a dúvidas jurídicas:

O estado de São Paulo lida pela primeira vez com um pedido de aposentadoria de uma pessoa trans e analisa se o tempo de trabalho a ser considerado é aquele estabelecido para homens ou mulheres. Enquanto isso, o servidor público em questão foi mandado de volta ao trabalho no Centro de Detenção Provisória do Butantã. (G1, São Paulo, 2020).

Estipular apenas dois tipos de gênero, de qualquer forma, permite que discriminações e opressões sejam realizadas a pessoas com identidade de gênero diferente dos padrões expostos pela Constituição Federal. A Lei Maior tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o critério para a aposentadoria deveria ser realizado através de uma análise social completa. Além disso, é necessário atualizar as leis para que exista a inclusão da diversidade de gêneros.

Como destacou Serau Junior *et al.* (2018, p. 30), “[...] hipóteses sociais diferenciadas demandam tratamento previdenciário diferenciado e, normalmente, impõe o estabelecimento de tempo contributivo acentuadamente menor do que aquele adotado para o comum da população.”. Um exemplo dessa diferenciação são as leis de aposentadorias especiais (artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91) e aposentadoria especial aos portadores de deficiência (Lei complementar 142/2013).

6.1 DA PENSÃO POR MORTE

De encontro às adversidades criadas pelo uso do fundamento binário para a aposentadoria em relação à idade mais o tempo de contribuição, na espécie de aposentadoria por morte, a pessoa transexual não encontra percalços para receber a pensão no sistema de Seguridade Social brasileiro.

Isso ocorre devido ao fato de a Constituição Federal de 1988 ter equiparado os gêneros. Com a equiparação dos gêneros, não demorou para que fossem compreendidas novas pessoas consideradas dependentes do *de*

cujus e que já alcançassem o mesmo patamar dos cônjuges. Entre 1990 e 2000, as decisões do Poder Judiciário passaram a ser favoráveis aos membros da comunidade LGBTQI+.

Vale ressaltar que, como expôs Serau Junior *et al.* (2018, p. 31): “O Código Civil não estabelece dentre os impedimentos matrimoniais a transexualidade e, se a lei não proíbe, não caberia ao intérprete ou às autoridades cartoriais estabelecer tal discriminação.”.

Por fim, é perceptível que o benefício é cabível para diversas formas de exercícios conjugais. Em outras palavras, a pensão por morte pode ser recebida por qualquer indivíduo sem que exista qualquer tipo de preconceito de gênero.

6.2 DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE

No rol dos benefícios previdenciários por incapacidade estão os auxílios-doença e acidente e a aposentadoria por invalidez. Esses auxílios não devem ser analisados apenas pela ótica clínica e fisiológica, visto que, embora possa parecer que pessoas transgênero não possuam dilemas para receber esse tipo de benefício, seu recebimento deve ser realizado através de outro ponto de vista.

Como pontua Serau Junior *et al.* (2018, p. 34), “[...] é encontrada na perícia biopsicossocial e corresponde à evolução da utilização do CID – Classificação Internacional de Doenças para o emprego do CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, parâmetro bem mais completo e complexo.”.

Percebe-se que, para este tipo de benefício, é necessário que seja realizada uma perícia mais ampla, e não apenas para pessoas transgênero, mas para todos em geral. Entre as perícias existentes para a verificação da incapacidade para o labor, a que mais se adapta a essa demanda é a perícia biopsicossocial, considerando a constante evolução das patologias e das profissões.

Segundo Serau Junior *et al.* (2018, p. 35), “[...] a própria adoção da perspectiva de perícia biopsicossocial já seria instrumento de respeito às particularidades da situação em que inseridas as pessoas trans e de preservação da sua dignidade humana.”.

Dessa forma, entende-se que a perícia biopsicossocial seria a melhor forma de aplicar todos os princípios e direitos fundamentais citados neste artigo. Seria também a melhor maneira de garantir o benefício por doença, acidente ou por invalidez no cenário atual da Seguridade Social, em acordo com a Constituição Federal de 1988.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a pessoa transexual faz parte de novos grupos de identidade de gênero os quais estão surgindo e ganhando reconhecimento no cenário social mundial. A pessoa que se aceita como transgênero não se identifica com o padrão de gênero estipulado pelo conceito biológico no seu nascimento.

Na seara jurídica, o reconhecimento dos direitos das pessoas que compõem a comunidade LGBTQI+ vem crescendo de forma gradual, em paralelo com as diversas mudanças ocorrentes na sociedade brasileira. No entanto, ainda existem lacunas que precisam ser preenchidas, como a Seguridade Social, tema principal deste artigo.

A Constituição Federal, através dos seus fundamentos e princípios, possui o dever de garantir a todos a dignidade humana, o tratamento igualitário, o respeito à escolha de representação da afetividade, a pluralidade familiar e a promoção do bem-estar de todos, isso tudo sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Todos os fundamentos e princípios os quais fazem parte da Constituição Federal devem ser aplicáveis às pessoas transgênero. Em sentido contrário, mesmo com a proteção à dignidade da pessoa humana previstas no Documento, na mesma Carta existem lacunas em relação ao direito à aposentadoria, devido à aplicação do conceito binário.

Entende-se que, para que o fundamento da dignidade da pessoa humana seja devidamente aplicado a pessoas transexuais, é necessário que, através do Poder Legislativo em consonância com o Poder Judiciário, a temática seja debatida e soluções sejam buscadas para sanar esse problema, o qual impede ou cria percalços para que pessoas transexuais possam ter o direito de se aposentarem.

Faz-se necessário que as mudanças e os debates sociais cheguem até os Poderes Legislativo e Judiciário, para que, dessa forma, seja viável a utilização

de um sistema no qual não sejam reconhecidos apenas dois gêneros e, considerando que existe uma pluralidade de identidades de gênero, seria mais viável um sistema o qual realizasse análise social completa do indivíduo. Uma alternativa para essa problemática é a criação de leis que regularizem uma modalidade especial ou uma regra de transição, como, por exemplo, as leis de aposentadorias especiais (artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91) e de aposentadoria especial aos portadores de deficiência (Lei complementar 142/2013).

Por fim, espera-se que a temática seja evidenciada no âmbito do Direito Previdenciário e Direito Constitucional, e que a pauta ganhe uma maior notoriedade para que, dessa maneira, um novo sistema seja adotado ou leis especiais de aposentadoria para pessoas transexuais sejam desenvolvidas. O que não deve continuar acontecendo é o fato de pessoas transexuais não conseguirem se aposentar por entraves das lacunas que existem na legislação brasileira. O direito à aposentadoria é essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana e deve ser aplicado para todos de forma igualitária, sem distinções por identidade de gênero.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Século XXI: A nova era da precarização estrutural do trabalho?** In: DAL ROSSO, Sadi; FORTES, José Augusto Abreu Sá (orgs.). *Condições de trabalho no limiar do século XXI*. Brasília: Época, 2008. p. 13-19.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DO BRASIL (ANTRA). Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE). **Dossiê assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018**. Brasil: ANTRA; 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

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

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito, proteção constitucional, Uniões, Casamento e Parentalidade.** – Curitiba - 3^a ed. – Editora Juruá. 2015.

REIS, Viviane. **São Paulo suspende 1º pedido de aposentadoria de pessoa trans no estado por ‘dúvidas jurídicas’.** G1, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/01/29/sao-paulo-suspende-1o-pedido-de-aposentadoria-de-pessoa-trans-no-estado-por-duvidas-juridicas.ghtml>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

RIBEIRO, Fabiana Dall Oglio; AICHELE, Rosemary Oslanski Monteiro. **Direito dos homoafetivos à luz da previdência social.** São Paulo. Editora LTR. 2010.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio In: MAUSS; Adriano e MOTTA, Mariana Martini (Coord.). **Direito previdenciário e a população LGBTI.** Curitiba – Editora Juruá. 2018.

DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS E PREVISÃO CONSTITUCIONAL

*Maria Neurilane Viana Nogueira*⁶⁵

*Adalberto Benevides Magalhães Neto*⁶⁶

*Ana Luísa do Valle Pinheiro Bastos*⁶⁷

*Jéssica Viana Nogueira Ivo*⁶⁸

INTRODUÇÃO

Fome, no sentido *latu sensu*, é o termo utilizado para significar a sensação fisiológica que o corpo percebe quando necessita de alimento para manter suas atividades inerentes à vida. Para Castro (2008), a fome é a expressão biológica de males sociológicos. O fenômeno está intimamente ligado às distorções econômicas, as quais o autor designou como subdesenvolvimento.

65 Doutora em Educação (UFC-CE), Mestre em Educação (UFC-CE), Especialista em Direito Público (Faculdade Cândido Mendes-RJ), graduada em Direito (UNIFOR), Avaliadora do INEP, Docente do Curso de Direito da UNIFAMETRO.

66 Mestre em Administração (UECE), MBA em Gestão Empresarial (Fundação Dom Cabral), Professor da UNIFAMETRO (Graduação e Pós- Graduação), Coordenador acadêmico do curso de Administração.

67 Bacharela em Direito, Especialista em Vigilância Sanitária, Especialista em Direito Público e Privado, Especialista em Direito Médico.

68 Graduanda em Direito.

O alimento está disponível, no entanto, não é acessível para milhões de pessoas por não disporem de poder aquisitivo para adquiri-lo. Em todo o mundo, um número superior a 100 países é importador de alimentos, o que significa que não produzem na quantidade que consomem. Em países como Bangladesh, Etiópia e Haiti esse cenário influencia na manutenção do ciclo de pobreza e fome. Em diversas áreas do planeta persistem os problemas de saúde ligados à falta de alimento. Segundo estudos da Organização Mundial de Saúde (OMS), a subnutrição ainda é causa indireta de cerca de 30% das mortes de crianças no mundo, e, como consequência, são verificadas alterações no desenvolvimento físico e mental de milhões dessas crianças. Além disso, a subalimentação compromete, igualmente, seu desenvolvimento intelectual e profissional (COMITÉ NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, 1992).

No Brasil, a pobreza é contínua e é consequência de um passivo histórico do nosso país. Resultado da ganância dos colonizadores europeus que, movidos por interesses eminentemente mercantilistas, não respeitaram os povos tradicionais como sujeitos. Esses desajustes econômicos e sociais foram patrocinados, ou pelos menos contaram, com a conivência da ação do Estado, tímido, no sentido de regular e estabelecer equilíbrios entre os interesses privados e os interesses coletivos, os quais deveriam ser mediados por políticas públicas abrangentes e eficazes (PIOVESAN; CONTI, 2007).

Nosso país se encontra listado no *ranking* dos dez países que mais desperdiçam alimentos. Em números, isso significa dizer que aproximadamente 35% da produção agrícola vai para o lixo, total suficiente para alimentar cerca de 10 milhões de pessoas (LOUREIRO, 2004).

É possível afirmar que o elevado desperdício de alimentos é resultante do processo de desenvolvimento e que faz parte de um processo ainda maior o qual compreende todas as consequências relacionadas ao complexo mundo em que vivemos (VERÇOSA, 2004).

Alimentar-se adequadamente é, sem dúvida, um direito humano. O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) é compreendido como um direito humano fundamental e universal, e está previsto no regime internacional de direitos humanos, do qual o Estado brasileiro é signatário. Este direito prevê o acesso econômico e físico de forma continuada, com qualidade e quantidade, a uma alimentação adequada (VIGNA *in* PIOVESAN, 2007).

O DHAA acontece através de políticas públicas. O princípio do DHAA, que está expresso na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e na Carta das Nações Unidas, torna-se um princípio morto se não for devidamente traduzido em termos operacionais, ou seja, deve não só ser previsto, mas realizado no bojo de programas e atividades devidamente dotados de recursos orçamentários os quais possam ser efetivamente implementados pelo Poder Público (VIGNA *in* PIOVESAN, 2007).

O direito à alimentação é um dos princípios proclamados em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. A previsão da alimentação como um direito social e fundamental na Constituição Federal é de relevante conquista no que diz respeito aos direitos sociais. Uma vez que a alimentação passou a encontrar previsão expressa no texto constitucional no rol dos direitos sociais, e não somente nas Leis Ordinárias das Unidades da Federação, o interesse e a preocupação com uma boa alimentação vem ocupar importante espaço em todo programa de saúde pública das esferas federal, estadual e municipal (VAZ, 2012).

A alimentação, por atender a uma das necessidades básicas do homem, sempre foi objeto de preocupação individual e coletiva. O direito à alimentação como direito fundamental foi recentemente incluído na Constituição Federal e passou a figurar como direito social no seu artigo 6º, após a Emenda Constitucional 064/2010, a qual incluiu o direito à alimentação entre os direitos individuais e coletivos. Sendo assim, o artigo 6º da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação: “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL; ABRANDH, 2013).

O DHAA é composto de duas premissas inseparáveis, uma vez que uma não pode ser garantida sem a realização da outra, são elas: a) a disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitáveis para uma dada cultura (a primeira é que toda pessoa tem o direito de estar livre da fome e da má-nutrição); e b) a acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros

direitos humanos (toda pessoa tem o direito a uma alimentação adequada) (GAMBA; MONTAL, 2009).

Os direitos humanos são compreendidos entre aqueles os quais todo ser humano possui pelo simples fato de ser parte da espécie humana, já que são inerentes à própria existência. São direitos inalienáveis e independem de legislação nacional, estadual ou municipal específica, isto é, são direitos aos quais o ser humano faz jus indistintamente. Asseguram às pessoas o direito de levar uma vida digna, objetivando a harmonia e o bem-estar. Os Direitos Humanos avançam à medida que avança a humanidade, de acordo com os conhecimentos construídos e com a organização da sociedade e do Estado (BRASIL, 2014, p. 4).

Os direitos humanos fundamentais constituem situações jurídicas objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (BRASIL, 1988); dessa forma, o direito de se alimentar é uma parte essencial dos direitos humanos, portanto, é inadmissível que uma parcela expressiva da humanidade sofra permanentemente de fome (COMPARATO, 2001; VAZ, 2012).

O DHAA está intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana e é indispensável à satisfação de outros direitos humanos. O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) possui duas dimensões indivisíveis: o direito a estar livre da fome e da má-nutrição, e o direito a uma alimentação adequada (ALMEIDA, 2012).

O fortalecimento das competências das instituições governamentais e dos seus agentes públicos, dos membros de conselhos de políticas públicas e direitos humanos e de outros sujeitos apresentam igual importância para o desenvolvimento de ações necessárias ao cumprimento de suas obrigações e responsabilidades, com vistas ao respeito, à proteção, à promoção e ao provimento do Direito Humano à Alimentação Adequada.

Com o passar dos séculos, as discussões sobre a alimentação foram se aperfeiçoando de modo a se concretizarem como um direito humano o qual, atualmente, não deve mais ser compreendido como o mero saciar da fome. Em sua forma mais ampla, abrange também os recursos e os meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis, os quais possibilitem uma alimentação de acordo com os hábitos e práticas alimentares de sua cultura, de sua região e de sua origem étnica (ORNELLAS, 2003).

Para Andrade (2010), é possível destacar que a efetivação do direito à alimentação deve ser vista de forma transdisciplinar, pois se discute sobre a adoção de políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição, acesso e consumo de alimentos seguros e de qualidade, com promoção da saúde e da alimentação saudável. Dessa forma, ao tratar o assunto de forma transdisciplinar, é possível contemplar os aspectos social, biológico, sanitário, jurídico e econômico que o envolvem.

Nesse sentido, o trabalho em epígrafe se propõe a abordar a previsão Jurídica nos diversos ramos do Direito relacionadas ao DHAA, uma vez que ele se encontra diretamente ligado às transformações do homem e do mundo.

O trabalho ora apresentado tem por objetivo caracterizar o DHAA sob o ponto de vista dos direitos humanos, e ainda, como objetivos específicos, pretende discutir o direito humano à alimentação e o papel do Judiciário como garantidor desse direito.

Em relação à metodologia adotada, tratou-se de uma pesquisa de caráter qualitativo, na qual foi realizada pesquisa bibliográfica a fim de problematizar o direito à alimentação como um direito humano. O método escolhido foi o dedutivo, o qual analisou de que maneira o direito à alimentação é garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, tomando por base a doutrina e a legislação pertinentes ao tema.

O trabalho está dividido nos seguintes tópicos: (i) introdução; (ii) direito humano à alimentação de qualidade; (iii) o papel do judiciário na garantia do direito à alimentação; e (iv) conclusões.

1. O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Secundum legem, o DHAA é entendido como o acesso de todos os seres humanos aos recursos e aos meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis que possibilitem uma alimentação de acordo com os hábitos e práticas alimentares de sua cultura, de sua região e de sua origem étnica. Assim, é condição básica de sobrevivência, a qual não se limita tão somente ao simples acesso à alimentação básica, nutricionalmente balanceada, mas deve considerar também os aspectos pertinentes aos hábitos e às práticas, além da quantidade e qualidade adequadas da alimentação (VALENTE, 2002).

No mesmo sentido, as diretrizes internacionais e documentos nacionais sobre a temática são firmes ao preceituar que, a satisfação plena do direito humano à alimentação adequada somente dar-se-á quando todos os membros da sociedade tiverem acesso aos nutrientes indispensáveis para uma vida saudável. Segundo o artigo 3º da Lei nº 11346/06, entende-se por Segurança Alimentar e Nutricional (SAN):

A realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base prática alimentares promotoras da saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

O conceito de SAN está intimamente relacionado ao DHAA. A questão alimentar e nutricional está relacionada com os mais diferentes tipos de interesses e essa concepção, na realidade, ainda é assunto em debate por diversos segmentos da sociedade no Brasil e no mundo. Além disso, o conceito evolui à medida que avança a história e se alteram a organização social e as relações de poder em uma sociedade.

Nesse sentido, o DHAA está intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana e é indispensável à satisfação de outros direitos humanos (ALMEIDA, 2012). O DHAA possui duas dimensões indivisíveis: o direito a estar livre da fome e da má-nutrição e o direito a uma alimentação adequada. Percebemos então, que para a plena realização dessas duas dimensões do Direito Humano à Alimentação Adequada – DHAA, todos os demais direitos humanos fundamentais precisam ser garantidos, visto que a saúde das pessoas é resultado de um conjunto de fatores sociais, culturais, ecológicos, psicológicos, econômicos e religiosos, os quais atuam como determinantes ou condicionantes da saúde (VALENTE *et al.*, 2007).

O DHAA é violado sempre que pessoas, grupos ou comunidades vivem em situações de fome por não terem acesso a alimentos em quantidade e qualidade adequadas para satisfazer suas necessidades alimentares e nutricionais (BRASIL, 2014).

A vivência de restrições alimentares sem o direito de acesso a alimentos adequados a partir de políticas públicas se configura em fator de

exclusão social. A inadequação alimentar, além de acarretar prejuízo no desenvolvimento físico e mental, implica em diminuição no desempenho e aumento da evasão escolar, no caso de crianças em idade escolar, o que pode levar, futuramente, a condições precárias de trabalho e remuneração. Nessa concepção, tal fato se caracteriza como situação de Insegurança Alimentar e Nutricional – INSAN e de violação do DHAA (SIQUEIRA, 2014).

Ao compreender saúde dessa forma, é possível perceber que não se trata apenas de uma questão biológica e nem da mera ausência de doenças, mas de uma obrigação do Estado Brasileiro em garantir esses direitos (e responsabilidade) para todos nós (BURITY; VALENTE, 2010).

Os direitos humanos são aqueles os quais todo ser humano possui pelo simples fato de ser parte da espécie humana, já que são inerentes à própria existência. São direitos inalienáveis e independem de legislação nacional, estadual ou municipal específica. Asseguram às pessoas o direito de levar uma vida digna, objetivando a harmonia e o bem-estar. Eles avançam à medida que avança a humanidade, de acordo com os conhecimentos construídos e com a organização da sociedade e do Estado (BRASIL, 2014).

No Brasil, em 2006, entrou em vigor a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), o que representou um grande avanço para a exigibilidade do direito à alimentação através de mecanismos estatais. A LOSAN estabelece a SAN como subordinada a dois princípios, quais sejam: a) DHAA e; b) Soberania Alimentar. Isso significa que tais princípios devem orientar a definição das estratégias de desenvolvimentos do país, bem como a formulação das políticas públicas para o cumprimento de seus objetivos, e criação de instrumentos de monitoramento e controle social (BRASIL, 2014).

A LOSAN instituiu um sistema nacional norteado pelos princípios da universalidade, participação social, intersetorialidade e equidade. Dessa forma, deve prever modos de produzir, abastecer, comercializar e consumir alimentos os quais sejam sustentáveis do ponto de vista socioeconômico e ambiental, respeitem a diversidade cultural, promovam a saúde e garantam o direito humano à alimentação adequada (BRASIL, 2014). De acordo com o disposto na LOSAN, *in verbis*:

Art. 2º - A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

A Soberania Alimentar é, portanto, o direito de um povo e de uma nação de decidir sobre suas políticas estratégicas, bem como suas formas e condições de produzir, comercializar e consumir seus alimentos. Ela implica que o Estado, em todos os seus níveis de governo, empreenda esforços no sentido de respeitar, proteger e garantir a autonomia dos povos em toda cadeia alimentar. Igualmente, requer que as políticas internas de SAN sejam planejadas e executadas de modo a garantirem a realização do DHAA e que cada povo tenha seu direito de preservar seus modos tradicionais de produção alimentar, além de seus hábitos e práticas alimentares (CONTI, 2009).

Ratione legis, a Soberania Alimentar também consiste no direito de todos os povos participarem das decisões políticas de seu país no que se refere à produção, transformação, distribuição e consumo de alimentos, a fim de que toda a cadeia alimentar esteja em sintonia com os princípios e diretrizes dos direitos humanos de cada povo, num profundo respeito à diversidade cultural e diferentes modos de vida; pois cada sociedade constrói historicamente seu modo de vida, cujas tradições e práticas alimentares se constituem em um de seus patrimônios culturais e favorecem para que as pessoas se reconheçam como integrantes do mesmo tecido social de cada povo.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, institui um Estado Democrático de Direito, e tem como uma de suas maiores preocupações a tutela dos direitos fundamentais das pessoas. Ao falar em sadia qualidade

de vida, outros desdobramentos podem ser verificados, como é o caso do direito à alimentação. Todos os seres humanos precisam da alimentação para alcançar uma boa saúde e, dessa forma, é possível justificar a existência de um direito fundamental à alimentação. Reconhecer o direito à alimentação como direito social significa, também, reconhecê-lo como mínimo existencial (TORRES, 2003).

O Estado brasileiro recepciona os direitos reconhecidos nos tratados internacionais de direitos humanos, por intermédio do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, como direitos fundamentais, o que torna o direito humano à alimentação adequado a um direito constitucional de todo cidadão brasileiro.

Nesse sentido, o direito à alimentação somente é suscetível a ser compreendido juridicamente, com apelo à ordem constitucional, por força das regras e princípios que informam toda a regulação jurídica do Estado. O problema do direito à alimentação enquadra-se, pois, nesse contexto geral da ordem política que opera com um sistema de princípios extensivo a todo o sistema jurídico, como os valores da dignidade humana e o regime democrático.

2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CUMPRIMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Na história constitucional brasileira, o direito à alimentação nunca foi positivado expressamente, mas nem por isso perdeu efetividade, pois na experiência constitucional está inserido no capítulo dos direitos fundamentais, implicitamente no artigo 5º, parágrafo 2º, o qual recepciona os “outros direitos” e os tratados e convenções internacionais.

Somente é possível compreender juridicamente o DHAA através da ordem constitucional, por força das regras e princípios que informam toda a regulação jurídica do Estado. O problema do DHAA está nesse contexto geral da ordem política a qual opera com um sistema de princípios extensivo a todo o sistema jurídico, como os valores da dignidade humana e o regime democrático.

A Constituição Federal deve ser interpretada como uma unidade e um sistema o qual privilegia os valores da pessoa humana como valores

centrais, como unidade de sentido do projeto constitucional. Desse conjunto de valores sociais surge a noção de cidadão — como resultado do processo histórico-político — que participa da coisa pública e possui direitos e deveres (WOLKMER, 1995).

Consoante ao que determina o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Secundum legem, no plano interno o DHAA é um direito fundamental e, similar ao ordenamento jurídico internacional, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, atraindo todo sistema de proteção e eficácia dos direitos fundamentais. É o que dispõe o legislador quando aborda o disposto no artigo 2º da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional – Lei nº 11.346/06, ao afirmar que a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal. Reconhece, ainda, as características da indivisibilidade, interdependência e interrelacionariedade dos direitos humanos, e que deve o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

A necessidade alimentar é impositiva, mas ainda nos dias de hoje é violada. De um lado está o direito prestacional, correspondente a uma obrigação de dar (alimentos ou meios de se alimentar), e do outro está o dever descumprido, onde se configura o conflito.

Segundo Dallari (2000), o Estado é uma ordem jurídica soberana cuja finalidade é o bem comum de seu povo situado em determinado território e, no que diz respeito a esta concepção, a responsabilidade internacional dos Estados com a garantia do direito à alimentação será analisada.

Diante de todo o exposto, fica evidente a necessária atuação estatal através de todos os seus poderes e funções, Legislativo, Executivo e Judiciário, na garantia da efetivação e concretização do direito humano e fundamental à alimentação adequada. Cabe destacar que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na proteção desse direito, pois é ele quem assegura legalmente os direitos humanos de um país, sendo acionado quando necessário a garantir o cumprimento das normas internas e internacionais de proteção aos direitos dos cidadãos.

O Poder Judiciário é uma instância cada vez mais cobrada na promoção de inclusão social uma vez que é o poder com maior autonomia e independência em relação aos demais poderes constituídos. As instâncias públicas de defesa e exigibilidade são compostas pelo Ministério Público (MP), a Defensoria Pública, os Tribunais de Justiça, o Senado Federal (Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa) e a Câmara dos Deputados (Comissão de Direitos Humanos e Minorias).

O MP é um órgão específico de atuação, essencial à função jurisdicional (como agente ou interveniente) em causas que versem sobre interesses de ordem social (difusos ou coletivos) ou mesmo sobre interesses privados indisponíveis. É uma instituição permanente, essencial e indispensável à função jurisdicional do Estado (DI PIETRO, 2005), cuja finalidade é a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O mandato do MP, definido na Carta Magna de 1988, deixa clara sua responsabilidade pela promoção e garantia dos direitos humanos, especialmente no tocante ao cumprimento das obrigações pelo Estado. Em razão de suas atribuições, é o órgão com maior e melhor estrutura para o controle da administração e para a garantia da não violação dos direitos humanos.

A Ação Civil Pública é um dispositivo jurídico previsto na Constituição Federal o qual pode ser usado para garantir o direito à alimentação, para a qual se prevê mecanismos de reparação do dano material e moral, podendo obrigar o Estado a implementar determinado programa ou serviço para garantir o DHAA. O MP vem desempenhando um papel importante na promoção desse direito por sua prerrogativa de instaurar Inquérito Civil Público, instrumento por meio do qual se pode apurar irregularidades ou violações de direitos e emitir recomendações ao Poder Público, firmando-se Termos de Ajustamento de Conduta às Normas Legais ou então movendo Ação Civil Pública (BRASIL; ABRANDH, 2013; IZIDORO, 2002).

A exigibilidade judicial é, portanto, a possibilidade de exigir respeito, proteção, promoção e provimento de direitos junto ao Poder Judiciário através de uma ação civil pública, ações populares, dentre outras (BURITTY, 2010).

Nesse contexto, diante das infundáveis violações dos direitos humanos, é necessário que os titulares do direito saibam o que fazer e a quem

reclamar quando seus direitos não forem garantidos, seja por recursos administrativos junto ao serviço público, seja junto ao Ministério Público, seja junto ao poder judiciário quando nenhum dos institutos alcançarem seus objetivos.

O devedor dos alimentos constitucionais é, assim, o Estado, na figura da União, estados, Distrito Federal e municípios, os quais possuem a responsabilidade constitucional de garantir os direitos sociais. De acordo com o artigo 23, incisos II, VIII e X da CRFB/88, “[...] é de competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios o cuidado com a assistência pública (a qual inclui a alimentação), a organização do abastecimento alimentar e o combate as causas da pobreza e dos fatores de marginalização.”.

Na busca pela efetividade do DHAA, qualquer que seja a via utilizada, a causa de pedir e o pedido podem se fundar apenas no artigo 6º da CF/88, o que é suficiente, como já mencionado, pois a Constituição não exige meio próprio para a regulamentação do direito à alimentação, motivo pelo qual, repete-se, a norma é de eficácia plena.

Outrossim, no plano interno o DHAA categorizado como direito fundamental, e similar no ordenamento jurídico internacional, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, atraindo todo sistema de proteção e eficácia dos direitos fundamentais. É o que dispõe o legislador no artigo 2º da Lei nº 11.346/06, ao afirmar que a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na CF [...], reconhecendo, ainda, as características da indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, e que [...] deve o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Diante de todo o exposto, fica evidente a necessária atuação estatal através de todos os seus poderes e funções, no escopo Legislativo, Executivo e Judiciário, na garantia da efetivação e concretização do direito humano e fundamental à alimentação adequada. Cabe destacar que o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na proteção desse direito, pois é o garantidor principal dos direitos humanos de um país, sendo acionado quando necessário para garantir o cumprimento das normas internas e internacionais de proteção aos direitos dos cidadãos.

Ipsa iure, toda pessoa ou grupo que seja vítima de uma violação do DHAA deve ter acesso a recursos judiciais efetivos e ser reparada adequadamente, através de restituição, compensação, satisfação e garantias de que essas violações não se repetirão. Na maioria dos países os tribunais, incluídas as cortes supremas e as cortes constitucionais, salvaguardam os direitos humanos e oferecem recursos quando de suas violações. Os tribunais internos conhecem cada vez mais casos relacionados com o direito à alimentação (ONU – folheto informativo nº 34, p. 36).

No Artigo 2º da Lei nº 11.346/2006, existe uma definição a qual estabelece que a alimentação é direito fundamental do ser humano, ligada aos aspectos da dignidade da pessoa humana e que deve ser prestada pelo Poder Público, pelos meios necessários. Além disso, o parágrafo 2º do mesmo dispositivo foi taxativo ao indicar que a Administração Pública deve prover, respeitar e promover o direito humano à alimentação adequada, além de dever garantir mecanismos para que esse direito possa ser exigido. Em um raciocínio simples, baseado no relutante comportamento do gestor público em cumprir essas medidas, procrastinando as demandas judiciais com recursos intermináveis, não parece que há um respeito da norma estabelecida pelo legislador no que concerne ao sistema vigente desde 2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que a alimentação adequada não pode ser meramente traduzida como quantitativo calórico, mas sim como a qualidade efetiva para aqueles que dela utilizar-se-ão. Além disso, deve se apresentar como uma alimentação saudável, fruto da soberania nacional e da progressiva liberdade e cidadania, firmada na cultura e na sustentabilidade ambiental.

Apesar da evolução das discussões sobre o tema Direito Humano à Alimentação Adequada e a implementação de políticas públicas com intuito de fazer cumprir esse importante direito, é necessária uma mudança de paradigma a qual, sobremaneira, deve deixar de lado um mero ato de caridade e considerar como um direito que, efetivamente, deve ser cumprido.

Outrossim, deve assegurar que todo ser humano disponha de alimentação adequada e suficiente ao seu sustento e, para tanto, é preciso estabe-

lecer uma melhoria na qualidade de vida do cidadão tendo em vista o bem comum, dever do Estado.

Portanto, é possível perceber que o Brasil necessita alavancar na garantia de uma alimentação adequada, em quantidade e qualidade suficientes, de modo contínuo e permanente, pois a realidade ainda aponta para um contingente de pessoas que não acessam políticas públicas, as quais são titulares de direitos.

A promoção do Direito Humano à Alimentação Adequada demanda a realização de ações específicas para diferentes grupos, e perpassa também pela promoção da agricultura familiar, de equidade na área da saúde, de escolaridade, de políticas de abastecimento, de orientação nutricional, de vigilância sanitária dos alimentos, de abastecimento de água e saneamento básico, de distribuição de renda, de alimentação escolar, de atendimento pré-natal de qualidade, de discriminação social, etnia e gênero, entre outros direitos básicos dos cidadãos.

Podemos concluir que o estabelecimento de políticas públicas deve ser coerente com todos esses direitos e possibilitar a superação de inadequações alimentares. Tal meta exige esforço, integração e articulação de ações governamentais em conjunto com a sociedade civil. No âmbito internacional, os pactos e acordos internacionais têm desempenhado um importante papel na consolidação do direito a uma alimentação adequada para a população.

As raízes do problema da fome e da má nutrição estão, prioritariamente, na falta de acesso à alimentação disponível, decorrentes de um sistema econômico e social no qual a pobreza atinge grande parte da população mundial. Como direito, a alimentação adequada dar-se-á quando toda a sociedade tiver acesso aos nutrientes indispensáveis para uma vida digna e saudável.

REFERÊNCIAS

ABRANDH Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos. **O Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília, DF, 2013.

ALMEIDA, D. L. **Alimentação Adequada como Direito Fundamental: Desafios para garantir a efetivação**. Revista Internacio-

nal de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania-
-v.5, n°14, out. 2012.

APPIO, E. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARCELOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana**, 2008, p. 67-70.

BEURLIN, A. **Direito humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

BRASIL. ABRANDH, **O Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Unidade I: O SAN e o DHAA**, Brasília, 2013.

BRASIL, **O Estado da Segurança Alimentar e Nutricional no – um retrato multidimensional**.

BRASIL, Lei n° 11.346 de 15 de setembro de 2009. **Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN**.

BRASIL. **Lei nº 11346**, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISA com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 14. jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado. Emenda Constitucional 064/2010.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 47/2003**.

BURITY, V., VALENTE F. *et al.* **Direito Humano à Alimentação Adequada no contexto de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília, DF. ABRANDH, 2010, 204p.

- BURITY, V.; FRANCESCHINI, T.; VALENTE, F.L. Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) e o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA). In: BURITY, Valéria, et al. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010, p.10 – 32.
- CARNEIRO, H. **Comida e sociedade**: uma história da alimentação. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 24.
- CARVALHO, O. F. de. **Segurança Jurídica e eficácia dos direitos sociais fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011
- CASTRO, J. de. **Geografia da fome – o dilema brasileiro: o pão ou aço**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- COMPLAK, K. **Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico**, *Revista da ESMEC* 21:107, 2008, p. 117.
- COMPARATO. F.K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSEA. Conselho de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). **Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL, 2004, Olinda, PE, Textos de referencias. Brasília, 2004. 80p.
- CONTI, I. L. **Segurança alimentar e nutricional**: noções básicas. Passo Fundo: IFIBE, 2009
- FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUERRA, S. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- IZIDORO, F.A. **Direito Humanos e o Direito à Alimentação**. Jurisprudência e Concursos, 2013. Disponível em: <http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/espaco/direitos-humanos-e-o-direito-a-alimentacao>.

- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA JUNIOR, J.B. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- MACEDO, D. C. de *et al.* **A construção da política de segurança alimentar e nutricional no Brasil**. *Revista simbiologias*, v. 12, n. 1, 2009.
- MAGALHAES, R.; BODSTEIN, R. **Avaliação de iniciativas e programas intersetoriais em saúde: desafios e aprendizados**. *Ciência e Saúde Coletiva*, 14 (3):861-868, 2009.
- MALUF, R.S. **Segurança Alimentar e Fome no Brasil – 10 anos da Cúpula Mundial de Alimentação**. CERESAN, Relatórios Técnicos, 2006.
- MENEZES, F. **Segurança alimentar: um conceito em disputa e construção**. Rio de Janeiro, IBASE, 2001.
- MONNERAT, G.L.; SENNA, M. C. M.; SCHOTTZ, V.; MAGALHAES, R.; BURLANDY, L. **Do direito incondicional à condicionalidade do direito: as contrapartidas do Programa Bolsa Família**. *Ciência e Saúde Coletiva*, 12(6):1453-1462, 2007.
- MONTAL, Z.M.C.; GAMBA, J.C.M. **O Direito Humano à Alimentação Adequada: revisitando o pensamento de Josué de Castro**. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, vol. 12, n.º 95, out/jan, 2009/2010.
- NASCIMENTO *et al.* **Avanços e Desafios da Implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil. Relatório Técnico**. Brasília, Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; FAO-RLC/ALCSH, 2009
- ONU (Organização das Nações Unidas), **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. adotada e proclamada pela Assembleia geral da Organização das Nações Unidas na sua resolução n. 217 A (III), de 10 de Dezembro de 1948, art. 25.1.

- ORNELLAS, L.H. **Alimentação através dos tempos**. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 2003, p. 11.
- PIOVESAN, F.; CONTI, I. L. **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2008.
- PEREIRA, J.R.G.; STEINMETZ, W. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios** (p. 416) e **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 105.
- ROCHA, N. C., LEÃO, M. **O direito humano à alimentação adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar Nutricional**. Brasília: ABRANDHI, 2013. Disponível em: <http://www.nutricao.ufsc.br/files/2013/11/ApostilaABRANDHModulo1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.
- TORRES, R.L. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 3.
- _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- VALENTE, F.L.S.; FRANCESCHINI T.; BURITY, V. **A Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada**. ABRANDHI – FAO. Brasília, 2007.
- VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o Direito à Alimentação Adequada. In: _____ (Org.). **Direito Humano à Alimentação: desafios e conquistas**. São Paulo: Cortez, 2002. p.37-70, p. 38.
- VAZ, J.E.P. **O Direito Social a Alimentação**. Artigonal, agosto de 2012.

A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pedro Parolin Teixeira ⁶⁹

Edeilson Ribeiro Bona ⁷⁰

INTRODUÇÃO

Diz-se que o direito se origina dos fatos. A norma jurídica é uma mera hipótese de algo que deve ser e só passa a existir quando algum fato se mostra adequado à sua incidência, pois “o direito não disciplina pensamentos, propósitos, intenções, mas regula comportamentos de um em relação a outro ou a outros.” (ATALIBA, 2000, p. 22).

Para reproduzir um fato ocorrido no âmbito do mundo real para o mundo jurídico, necessário se faz a produção de provas para demonstração da existência da pretensão jurídica eventualmente buscada na demanda. A

69 Mestrando em Administração pela Universidade Positivo. Pós-graduado em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela PUC-PR; Bacharel em Direito pela PUC-PR; Advogado.

70 Mestre em Direito pela UFMT; Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDConst; Professor substituto do Curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT – Campus de Barra do Bugres/MT); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito, Estado e Sociedades (GPDES - UNEMAT); Advogado.

sistemática adotada para valoração destas provas, portanto, possui grande importância dentro do Direito Processual como um todo.

A Constituição Federal de 1988 vedou as provas obtidas por meios ilícitos em seu artigo 5º, inciso LVI, porém, pelas mais diversas razões, como o caráter não absoluto dos direitos e princípios constitucionais por idêntica hierarquia normativa, aliada à necessária interpretação sistemática das normas constitucionais, este assunto permaneceu em discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, com sua admissibilidade em verdadeiro regime de exceção e objeto de infindáveis discussões.

O tema continua espinhoso até os dias atuais, pois a apreciação das provas no processo, para alguns, desafia a utilização daquelas consideradas ilícitas. E, não obstante a conclusão parcial indique pela impossibilidade da utilização destas provas, a pesquisa busca responder em que medida o Supremo Tribunal Federal tem interpretado e aplicado a previsão constitucional.

A pesquisa consiste no método hipotético-dedutivo e do procedimento estruturalista. Através da revisão da literatura, rememora-se a vedação da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro e, valendo-se da análise documental (decisões advindas de julgamentos do STF), busca-se delimitar a interpretação e aplicação da previsão constitucional acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo Supremo Tribunal Federal.

1. A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal brasileira, promulgada no ano de 1988, incluiu no rol dos direitos fundamentais a vedação de admissibilidade da prova ilícita, nos seguintes termos:

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:

[...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Para a doutrina constitucional, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo deve ser entendida em conjunto com as demais garantias fundamentais relacionadas ao processo. Neste passo, Mendes e Branco (2014) afirmam que a inadmissibilidade da prova ilícita guarda conexão direta com o princípio do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição⁷¹.

Os autores também afirmam que essa garantia aparece “em estreita conexão” com outras advindas do texto constitucional, tais como (i) direito à intimidade e à privacidade – artigo 5º, inciso X; (ii) direito à inviolabilidade do domicílio – artigo 5º, XI; (iii) o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas – artigo 5º, inciso XII; e (iv) o direito ao sigilo profissional – artigo 5º, XIII e XIV da Constituição Federal de 1988 (MENDES; BRANCO, 2014).

Para Tourinho Filho (2013), a vedação disposta no inciso LVI se mostra fundamental para a proteção dos direitos do cidadão, pois de nada adiantaria sancionar a prova ilícita apenas no plano dos direitos materiais sem, igualmente, retirar sua eficácia no processo. Afinal, mesmo havendo outras normas as quais proibam que se cometam ilícitos na obtenção de provas, estas não seriam tão eficazes sem a vedação constitucional das provas no processo.

Nesta linha, Pacelli de Oliveira (2013) explica que a presente vedação é forma pedagógica de controle da atividade estatal persecutória, atuando como inibidor e desestimulador de práticas abusivas por parte de quem produz as provas, já que garante a qualidade do material probatório a ser produzido e introduzido no processo penal, e exige conduta específica a ser seguida pelo Estado para proteger e não violar direitos individuais.

Assim, além de oferecer uma igualdade processual do acusado frente ao Estado e equilibrar forças quase sempre desproporcionais, Tourinho

71 De acordo com os autores: “no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica” (MENDES, BRANCO, 2014, p. 544).

Filho (2013) afirma que se não houvesse a presente vedação de eficácia das provas ilícitas, o próprio conceito de justiça seria ferido, pois os primeiros que deveriam respeitar e prezar pela lei seriam os primeiros a violarem este conceito.

Seguindo esse pensamento, a doutrina de Rangel (2011, p. 983) aponta que “no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios.”. De acordo com o autor, “não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito.” (RANGEL, 2011, p. 983).

Porém, embora oportuno e muito bem recebido pela doutrina, tal dispositivo não levou em conta os diferentes processos existentes em nosso ordenamento. Sobre este ponto, a doutrina aponta que a principal finalidade desse inciso seria regular e limitar a atuação do Estado no intuito de proteger os direitos fundamentais das pessoas na persecução penal (MENDES; BRANCO, 2014).

Em sentido análogo, Marinoni e Arenhart (2011) tratam essa opção do legislador como uma falta de opção para o processo civil, porém, não excluem a possibilidade de uma segunda ponderação de valores em cada caso concreto, visto que a vedação da prova ilícita é um princípio e, portanto, não estaria livre de segunda ponderação com outros bens e direitos através da proporcionalidade. Por sua vez, Nery Ferrari (2011, p. 689) defende que isto não implica na inaplicabilidade de tal garantia aos diferentes processos:

Ao se afirmar que a presunção de inocência ou não culpabilidade traz, como consequência, para o órgão acusador, maior intensidade do ônus substancial da prova, não é possível deixar de registrar que a Lei Fundamental brasileira, no inc. LVI do seu art. 5º determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, tanto nos processos cíveis como nos penais e administrativos.

Não obstante vedação constitucional, o tema ainda é atualmente discutido e ainda continua em evolução, a exemplo de diversas tentativas de reformas que se buscou efetivar no âmbito do processo penal e do processo civil.

Sobretudo no âmbito do processo penal, a ideia de relativizar a proibição da prova ilícita decorre de suposto interesse prevalente aos direitos do acusado em razão da defesa de direitos indisponíveis e comuns à toda sociedade pelo Ministério Público quando da acusação de um crime.

Em outras palavras, por vezes não raras tenta se fundamentar um privilégio no exercício do *ius puniendi* pelo Estado, de modo que se busca sempre regular as relações sociais e trazer segurança ao convívio entre indivíduos. A seguir, apresenta-se uma face desta discussão, a qual coloca a vedação da utilização da prova ilícita em paralelo à busca da verdade real no processo penal.

2. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E A BUSCA DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

Em obra pioneira no Brasil, Grinover (2013) trouxe à tona a discussão acerca da prova ilícita, onde buscava o ponto de equilíbrio no choque entre dois institutos: a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais afetados pelas investigações.

Anterior à vedação constitucional do artigo 5º, LVI, Grinover (2013) já mostrava preocupação com os direitos fundamentais do homem, em especial com o direito à intimidade, visto os avanços das técnicas de descobertas de fatos que penetravam cada vez mais na esfera privada da sociedade. Tamanha problemática e relevância do tema elevaram essa questão ao nível constitucional, onde tomou lugar no rol dos direitos fundamentais com o intuito de proteger, em especial, o direito à intimidade, à imagem, ao domicílio, à correspondência, dentre tantos outros (BRASIL, 1988).

Muito embora a Constituição Federal de 1988 assegure o direito à prova como um direito fundamental (inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório), não é possível cogitar um caráter absoluto na sua aplicação, de modo que tal direito deve ser conciliado com a convivência das liberdades dos homens, onde não se permite que qualquer liberdade seja aproveitada de modo a interferir na ordem pública e nas liberdades alheias, como leciona Grinover (2013, p. 414):

As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

Corroborar-se tal posição a partir da lição de Mendes e Branco (2014, p. 451), no sentido de que é possível mitigar a amplitude do princípio da ampla defesa, “uma vez que o próprio direito se submete a restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concreto, em sentidos opostos.”

Cabe pontuar, ainda, os princípios que guardam consonância com a prova e garante satisfação aos direitos fundamentais, como os princípios da audiência contraditória e do livre convencimento motivado, os quais garantem a igualdade processual entre as partes e auxilia no convencimento do juiz. O primeiro, atrelado ao princípio do contraditório, exige que toda prova seja apresentada a outra parte, a qual poderá impugnar e oferecer contraprova, demonstrando respeito ao direito da outra parte de ser informado e oferecer contraditório. Desrespeito a esse mecanismo acarreta nulidade, pois o contraditório é um dos princípios vitais do processo penal, o qual constitui verdadeiro requisito de validade (PACELLI DE OLIVEIRA, 2013).

O princípio do livre convencimento motivado, por sua vez, é direcionado ao julgador na prática de seus atos decisórios e visa cumprir a motivação e o próprio contraditório, como estabelece o artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)⁷².

O julgador, portanto, deve sempre motivar suas decisões, de modo que sua liberdade no julgamento não é plena e diz respeito a não haver mais hierarquia entre as provas, além de ser vedado fundamentar as decisões com base em elementos exclusivos da fase investigatória (BONFIM, 2013).

72 De acordo com o texto legal: “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” (BRASIL, 1941).

Ao aprofundar o tema, Grinover (2013) destaca a necessidade de limitar o processo por uma rígida regra moral a qual deverá reger a atividade do juiz e das partes, visto que esta rigidez na matéria das provas, *a priori*, aparenta ser um freio na busca da dita verdade real, mas é, na verdade, forma de garantia à tutela da esfera pessoal das liberdades:

A problemática busca da verdade no processo penal sempre caminhou junto com o poder, especialmente com esse poder divino do juiz, de revelar a verdade. A verdade como revelação. Essa estrutura fundou o sistema inquisitório que tanto devemos dele nos afastar. (LOPES JR., 2014., p. 1314)

Nessa linha, Pacelli de Oliveria (2013) ensina que por muito tempo a busca da verdade real comandou as práticas probatórias do processo penal, o que acarretou a disseminação da cultura inquisitiva e serviu para legitimar eventuais ilicitudes praticadas pelo estado. Contudo, a partir de 1988, com os direitos fundamentais introduzidos, ocorreu a paridade de armas entre a busca da verdade e os direitos de esfera pessoais.

Ainda para Grinover (2013), as regras de admissibilidade e de exclusão das provas devem ser aceitas e estabelecidas mesmo que isso signifique certos sacrifícios na busca da verdade material. Sobre o conceito da verdade material, a autora adverte que o termo há de ser analisado em duplo sentido, como visto de sua primorosa lição:

De um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade, isto é, processualmente válida. (GRINOVER, 2013, p. 416)

No processo civil, a “verdade material” tratada como “verdade processualmente válida” não deve ser confundida com a “verdade formal” tão discutida em sede de Direito Processual como aquela refletida no processo

e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial (MARINONI; ARENHART, 2011)⁷³.

A “verdade processualmente válida” seria, na conclusão de Grinover (2013), uma verdade material obtida ao respeitar as liberdades alheias e a ordem pública. Assim, muito embora houvesse a premissa de que o Direito Processual Civil se valeria da verdade formal, levando em consideração que lidaria com bens de menor relevância quando comparados ao Processo Penal, adverte que a atual jurisdição cível também passou a tratar de temas de interesses indisponíveis e fundamentais à pessoa humana, tais como a família, a capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais (MARINONI; ARENHART, 2011).

Destarte, a questão da prova ilícita é matéria sensível em todas as esferas do Direito, seja penal ou civil, e não deve ser ignorada em qualquer um deles. Embora ainda seja tratada de forma tímida nas esferas não penais, há de se mostrar importante sua valoração e apreciação pela doutrina e jurisprudência.

Neste momento, inclusive, não é possível concluir sobre a prevalência na busca da verdade real em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, visto que, em última medida, esse posicionamento iria de encontro ao texto constitucional. De toda forma, a fundamentação que busca tal prevalência encontra eco até os dias atuais e é recorrente no âmbito jurídico.

Por isso, embora tratada neste trabalho, não há como concluir pela existência de um posicionamento uníssono na doutrina, embora a conclusão parcial aconteça pela prevalência dos direitos fundamentais do indivíduo e, sobretudo, pela regra constitucional a qual proíbe sua utilização⁷⁴.

73 Seguindo esta mesma conclusão e a transportando para o processo penal, leciona Pacelli de Oliveria (2013, p. 332): “De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza”.

74 Embora não possa ser objeto de análise neste artigo, se entendida a previsão constitucional enquanto regra, não caberia a sua aferição em conjunto com determinado princípio, isto é, não permitindo aplicação da razoabilidade e proporcionalidade a fim de se permiti-la. A distinção entre as regras e princípios presentes na Constituição não é, nem de longe, pacificada na doutrina nacional e internacional e, diante da complexidade do tema na doutrina

A fim de tentar melhor entender essa problemática na aplicação do Direito brasileiro, a seguir se apresenta a forma com a qual o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou as questões atinentes ao tema objeto de estudo.

3. A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como abordado, a questão da prova ilícita é matéria sensível em todas as esferas do Direito Processual, e até os dias de hoje encontra-se diversas teorias as quais buscam a prevalência da verdade real em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, admitindo-se, então, a utilização das provas ilícitas no processo.

A fim de tentar melhor entender esta problemática na aplicação do direito brasileiro, busca-se analisar o tratamento do Supremo Tribunal Federal acerca das provas ilícitas. Para tanto, far-se-á a análise documental de três seguintes precedentes: i) Recurso Extraordinário n. 85439-RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Xavier De Albuquerque, julgado em 11/11/1977); ii) Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 90376-RJ (Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 03/04/2007); e iii) Habeas Corpus n. 80949-RJ (Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Perence, julgado em 30/10/2001).

Inicialmente, ainda em 1977, o STF tratou da prova ilícita na esfera do processo civil, já classificando-a como moralmente ilegítima nos termos do artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973. O julgamento foi resumido seguinte ementa:

PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNETICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFONICAS DA MULHER. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL, POR NÃO SER MEIO LEGAL NEM MORALMENTE LEGITIMO (ART. 332 CPC). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL, 1977).

constitucional, não pode ser adequadamente tratada neste artigo. Indica-se, como ponto de partida, as obras de Ronald Dworkin (1978), Robert Alexy (1985), José Joaquim Gomes Canotilho (2003) e Virgílio Afonso da Silva (2011).

Portanto, é possível notar que ainda diante de direitos na esfera civil, em tese disponíveis, o STF já concluiu pela inadmissibilidade da prova obtida de forma ilícita, privilegiando o CPC de 1973, visto que à época não era cogitada a proibição expressa contida no atual texto constitucional (BRASIL, 1988).

Paralelamente, na mesma época, Grinover (1982) apresentava sua tese de “Liberdades Públicas e Processo Penal”, onde viria a tratar da prova ilícita e pregar sua inadmissibilidade, conforme tratado neste trabalho. Este julgado já demonstra, portanto, a preocupação do STF com as provas ilícitas antes da promulgação da Constituição de 1988.

No julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 90376-RJ, pela Segunda Turma do STF em 3 de abril de 2007 (antes, portanto, da edição da Lei n.º 11.690 de 2008), o Supremo já adotava a teoria dos frutos da árvore envenenada, uma clara referência à jurisprudência da Suprema Corte americana, com ressalva à teoria da fonte independente⁷⁵. De acordo com a ementa deste julgado:

75 A compreensão desta teoria pode ser vista através de sua exposição na ementa do julgado, que se antecipa a reprodução. Para o STF, esta teoria implica que: “Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO “CASA”, PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE “CASA” - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JU-

jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2007).

DICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domini”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA

DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. [...] - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988). (BRASIL, 2007)

Acolhendo a tendência doutrinária de repudiar as provas ilícitas e as derivadas destas, tratando do nexo causal, e garantindo direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, o STF ampliou o conceito de casa às habitações coletivas quando ocupadas.

Vale ressaltar que esta temática traz discussão em sua aplicação até hoje, seja diretamente ou de forma análoga, como é possível ver sobre os denominados “mandados de busca e apreensão coletivo”, destinados geralmente às habitações mais pobres. Destaca-se, a este título, a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou ilegal a busca e apreensão coletiva em comunidades pobres do Rio de Janeiro (BRASIL, 2019)⁷⁶.

Com a edição do artigo 157 do Código de Processo Penal, alinhou-se, ao menos em regra, doutrina e jurisprudência, o que fortaleceu nosso ordenamento jurídico e estabeleceu contornos claros para a persecução penal.

O STF também abordou a questão da utilização das provas ilícitas no julgamento do *Habeas Corpus* n. 80949-RJ, realizado pela Primeira Turma em 30 de outubro de 2001. Nesse julgamento houve a rejeição da teoria da proporcionalidade para aceitar a prova ilícita em desfavor do réu.

76 De acordo com o Ministro Relator, “a carta branca à polícia é inadmissível, devendo-se respeitar os direitos individuais. A suspeita de que na comunidade existam criminosos e que crimes estejam sendo praticados diariamente, por si só, não autoriza que toda e qualquer residência do local seja objeto de busca e apreensão”.

Nesse caso, o STF negou a aplicação da teoria *male captum, bene retentum*, pois o artigo 5º, LVI da Constituição Federal já havia sopesado os elementos e aderido à vedação da prova ilícita, independente de prejudicar uma ação penal, torna-se possível concluir, por entender a previsão constitucional como regra e não como princípio apto a ser sopesado, com a ementa:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. [...]. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente imperitância de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. Pr. Pen., art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a autoincriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipó-

tese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incidível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). [...]. (BRASIL, 2001)

Assim, é possível observar a preocupação do STF com os perigos da teoria da proporcionalidade, a qual não deve ser utilizada para atenuar vedação já imposta pela própria Constituição Federal.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 80949-RJ, portanto, o STF também fixou que não se deve considerar a gravidade do crime praticado e a busca da verdade real para utilizar a proporcionalidade e o afastamento de garantia constitucional fundamental.

Através dos julgamentos do STF acima apresentados, conclui-se parcialmente que o texto constitucional deve prevalecer a fim de impedir o uso das provas ilícitas. Ao contrário da doutrina, que admite o uso dessas provas, o STF aponta que a busca da verdade real não prevalece sobre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Dessa forma, o STF entende que a autorização da prova ilícita fere o comando constitucional. Todavia, vale ressaltar, mais uma vez, que a posição que aponta conclusão diversa não é desconhecida, encontra eco e clama por mudanças nesta sistemática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com o sistema de provas adotados no ordenamento jurídica exige reflexão por parte da doutrina e de todos aqueles os quais atuam na área forense. A busca pela segurança jurídica, que passa pela produção e aferição das provas no processo, é de interesse tanto do âmbito penal quanto cível.

Isto é, mesmo quando considerada a diferença própria entre o sistema processual penal e o sistema processual civil, a busca por uma sistemática correta na produção e avaliação das provas é comum. Ambos os sistemas, inclusive, guardam a preocupação com a utilização das provas consideradas ilícitas, as quais violam o ordenamento jurídico.

Sobre o tratamento dado pelo ordenamento ao tema, conclui-se pela absoluta inadmissibilidade advinda do comando constitucional. A Constituição Federal de 1988, ao proibir a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, inadmitiu o uso daquelas obtidas em violações de direitos materiais assegurados, bem como proibiu aquelas que afrontam as normas processuais (provas ilegítimas). A prova ilícita, por isso, é constitucionalmente vedada e inadmissível, enquanto a prova ilegítima é nula por força processual.

De toda forma, a previsão constitucional não conseguiu colocar fim à discussão sobre a admissibilidade das provas ilícitas. A busca da relativização da norma constitucional pretende autorizar o uso das provas e fundamentar-se na prevalência da busca pela verdade real no processo em detrimento deste reconhecido direito constitucional.

Através dos julgamentos do STF acima apresentados, é possível concluir, parcialmente, que o texto constitucional deve prevalecer a fim de impedir o uso das provas ilícitas. Ao contrário da doutrina que admite o uso dessas provas, o STF aponta que a busca da verdade real não prevalece sobre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Conclui-se ainda, pela atualidade do tema, que ele tem levado à produção de novas decisões a fim de estabelecer limites na produção de provas pelo Estado no exercício do *ius puniendi*, como tratado recentemente pelo STJ, que considerou ilegal a busca e apreensão coletiva em comunidades pobres (BRASIL, 2019).

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONFIN, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 02/07/2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 435.934-RJ, da Sexta Turma**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 05/11/2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 80949/RJ, da Primeira Turma**. Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJe 14-12-2001.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 85439-RJ, da Segunda Turma**. Rel. Min. Xavier De Albuquerque, DJ 02-12-1977.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90376/RJ, da Segunda Turma**. Relator Min. Celso de Mello, DJe 18-05-2007.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasileira: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** (III Volume). 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARTIGOS – DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E DIFUSOS: UM BREVE ESTUDO DO BRASIL E ESPANHA

*Benigno Núñez Novo*⁷⁷

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos surgiram na Idade Média, do casamento entre a Filosofia Cristã Católica com o Direito Natural (*Jus Naturale*). Tal afirmação pode ser comprovada de forma simples uma vez que, ao surgir o Cristianismo, todos os homens (nobres e plebeus) passaram a ser “fruta do mesmo saco”, equiparados em um mesmo nível como criaturas e filhos de Deus. Até mesmo os reis, que eram, em muitos lugares da antiguidade, considerados como naturais representantes de Deus na terra, passaram a necessitar da benção da igreja, do contrário nada mais seriam do que déspotas excomungados.

Os direitos sociais surgiram em razão do tratamento desumano vivido pela classe operária durante a Revolução Industrial na Europa nos séculos XVIII e XIX. A principal característica desta Revolução foi a substituição do trabalho artesanal pela produção em grande escala e com o uso das máquinas.

77 Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

A categoria de Direito Difuso surgiu no mundo após a década de 1970, caracterizado como direitos transindividuais, ou seja, que não pertencem a um único indivíduo. Os direitos difusos atendem a um grupo de pessoas ou à coletividade afetada por determinada situação, como em caso de desabamentos, desequilíbrio do meio ambiente, prejuízos financeiros etc.

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância, atualmente, dos direitos humanos, sociais e difusos, e por estarem consagrados nas Constituições vigentes do Brasil e Espanha e na legislação específica desses países, bem como do cenário internacional.

1. DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E DIFUSOS: BRASIL E ESPANHA

Os Direitos Humanos, hoje, são garantidos por documento oficial, emitido pela Assembleia Geral da ONU e chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, a história desses direitos remonta à Revolução Americana e à Revolução Francesa. Os Direitos Humanos dizem respeito ao seu caráter universal, tais direitos passaram a ser garantidos a toda e qualquer pessoa, independente de sua nacionalidade. Com isso, o princípio da dignidade humana (direito de possuir condições mínimas para ter uma vida plena e digna) se torna inerente a todo indivíduo e traz consigo os fundamentos da igualdade de direitos inalienáveis como o direito à vida, à liberdade e à justiça, sem distinção de raça, sexo, língua, religião, origem social ou nacional (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

A conquista da América pelos espanhóis no século XVI resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha. Isso marcou a primeira vez em que o assunto foi discutido na Europa. Muitos filósofos e historiadores do Direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente.

O modelo de defesa da Constituição Espanhola de 1978 foi inspirado nos modelos tcheco e austríaco de 1920 e este, por sua vez, foi fundamentado na teoria de Hans Kelsen, mais especificamente na figura do Tribunal Constitucional. A garantia das liberdades e direitos fundamentais das pessoas compete, em primeiro lugar, aos juízes e tribunais; contudo, a

Constituição estabeleceu um sistema específico e último de tutela desses direitos: o recurso de amparo constitucional, confiado ao Tribunal Constitucional. A Constituição Espanhola garante a todos o direito à vida, e a integridade física e moral, proibindo tortura e tratamentos humanos degradantes (ESPANHA, 1978).

Francisco de Vitória, um dos mestres da Escola de Salamanca, forneceu grandes contribuições para o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Francisco Suárez também apresentou contribuições neste sentido pois, para ele, a formação do conceito de comunidade universal “[...] era um postulado objetivo, traduzia uma ordem natural pensada fora do quadro da concepção individualista dos estados, [...] indivíduos tomados isoladamente, desligados de uma ordem mais vasta sem consideração da função que nela deveriam desempenhar.” (CALAFATE, 2017, p. 51).

As Escolas de Coimbra, Lisboa, Évora, Salamanca dentre outras, tiveram uma profunda relevância para o que hoje, em conjunto, é chamado de “Escola Ibérica da Paz”. É possível afirmar que as contribuições feitas pelos pensadores egressos dessas escolas possuem em comum a retomada dos estudos de Tomás de Aquino (VICENTE, 1952, p. 12) e Aristóteles.

O Direito Natural funciona como a razão sob a qual o Direito das Gentes é construído, ou seja, o “[...] sistema de lei natural universal do *jus gentium* cujas regras podem ser determinadas pelo uso da razão.” (ANGHIE, 1996, p. 325). Desse modo, são auto evidentes e comuns a todas as sociedades humanas.

Assim, aduz que “o Direito das Gentes como forma do Direito Positivo tem seu fundamento na vontade humana.” (VICENTE, 1952, p. 617), no consenso universal entre os sujeitos. Além disso, tem como fim específico o bem de todos que estão conectados através do gênero humano. Suárez nasce dois anos depois da morte de Vitória. Por ter vivido um contexto de formação da Europa e nascimento do Estado Moderno, suas teorias são amplamente criticadas por alguns filósofos de matriz tomista. Para eles, o que de fato existe são duas linhas extremas as quais colocam Vitória e Suárez em pontos distintos da linha internacionalista espanhola.

Nesse esforço intelectual, os estudos de Tomás de Aquino tiveram profunda relevância na sustentação de uma razão do Estado e de uma Razão da Humanidade, de forma que estas não se confundissem entre si.

Em outras palavras, tal como aduz Suárez, é possível afirmar que não se trataria de uma “lei” das gentes, mas de um “direito” das gentes, não necessariamente positivado.

1.1. UM BREVE ESTUDO HISTÓRICO E JURÍDICO SOBRE OS DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E DIFUSOS DO BRASIL E ESPANHA

Para o mestre da Escola de Salamanca, as regras morais são superiores à soberania dos Estados. Em outras palavras: “Se a lei positiva contradiz o direito natural, perdeu sua razão de justiça. É um princípio universal na filosofia política de Francisco de Vitória.” (VICENTE, 1952, p. 626). Por isso, afirmava o bem comum universal e a igualdade natural das soberanias, estando elas sob a égide do Direito Natural e do Direito das Gentes. Contudo, cabe ressaltar o fato de que “[...] dizer que a soberania dos estados é relativa e não absoluta significa que o soberano só tem poder para o que é justo e que para o que é injusto nenhum poder tem.” (CALAFATE, 2017, p. 52).

A Guerra Civil espanhola fez mais de 500 mil vítimas na Espanha e abriu caminho para a ascensão do Franquismo (1939-1975), regime totalitário e de extrema direita. Ela foi uma consequência da briga de classes numa Europa devastada após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), mas também é vista como o balão de ensaio da Segunda Guerra Mundial, pois antecipou a polarização entre diferentes forças do continente. A origem do conflito remonta a 1931. Naquele ano, rebeldes derrubaram a monarquia espanhola e proclamaram a República. Eleito democraticamente, o novo governo era liderado pela Frente Popular, coalizão formada por partidos da esquerda com quadros socialistas, comunistas e liberais.

Com a vitória dos nacionalistas na Guerra Civil, os militares e a direita radical subiram ao poder. A ditadura de Francisco Franco começou em abril de 1939. Ele instituiu um regime de partido único o qual concentrava todos os poderes políticos, e governava com mãos de ferro os poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário. Apesar de manter a Espanha neutra na Segunda Guerra Mundial, Franco enviou soldados para apoiar os alemães na invasão da União Soviética, em 1941. Com a derrota da Alemanha, o país ficaria isolado na Europa pelas próximas duas décadas.

Já no contexto da Guerra Fria, Franco se reaproxima dos Estados Unidos e dos países europeus os quais não interferiram na política da Espanha e aceitaram o governo franquista como aliado contra o comunismo. Em 1969, Franco decide nomear Juan Carlos seu sucessor, baseando-se na Lei de Sucessão. Juan Carlos era neto do antigo rei Alfonso XIII e, ao longo dos anos, foi sendo preparado pelo governo para assumir o futuro cargo. Em 1975 Franco falece, o que coloca um ponto final no Franquismo. Por fim, vale apontar alguns números do Franquismo: 300.000 pessoas aprisionadas em prisões de trabalho disciplinatório; dezenas de milhares enviadas ao exílio; 150.000 fuzilados por causas políticas; e mais de 30.000 desaparecidos.

A Controvérsia de Valladolid é um marco histórico e esquecido dos Direitos Humanos, pois versa sobre a humanidade, a liberdade e a igualdade, tomando como parâmetro dois povos distintos: os europeus e os ameríndios. As duas grandes guerras mundiais (1914-1918 e 1939-1945), contudo, foram obstáculos à concretização do novo direito constitucional, pois, aparentemente, os Direitos Humanos foram ignorados em busca de interesses patrimoniais e territoriais.

É bom lembrar que temos muito o que agradecer à Declaração Universal, de 1948 (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos). Em 1949 nasceu o Conselho da Europa, e o novo organismo assumiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em 1950 temos a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (OEA), que vai dar lugar à criação do primeiro tribunal de justiça permanente supraestatal, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, do qual infelizmente não existem mais modelos funcionando nas distintas regiões do globo por falta da força de impulsionamento para a sua constituição.

Os Direitos Humanos no Brasil são garantidos na Constituição de 1988. Esta constituição consagra, no artigo 1º, o princípio da cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Ao longo do texto, encontra-se no artigo 5.º o direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, além de outros conhecidos como direitos fundamentais, os quais podem ser divididos entre direitos individuais, coletivos, difusos e de grupos. Os direitos individuais têm como sujeito ativo o indivíduo humano; os direitos coletivos envolvem a coletividade como um todo; os direitos difusos são aqueles os quais não conseguimos quantificar e iden-

tificar os beneficiários; e os direitos de grupos são, conforme o Código de Defesa do Consumidor, direitos individuais “homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (BRASIL, Lei nº 8.078/1990).

1.1.1. NO BRASIL

A história dos direitos humanos no Brasil está vinculada à história das constituições brasileiras. A Constituição de 1824 garantia direitos liberais, por mais que concentrasse o poder nas mãos do imperador. Foi rejeitada em massa por causa da dissolução da constituinte. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos contidos na constituição tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. A Constituição de 1891, a primeira constituição republicana, garantiu sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República, mas impediu que os mendigos, os analfabetos e os religiosos pudessem exercer os direitos políticos. A força econômica nas mãos dos fazendeiros permitiu manipular os mais fracos economicamente. Com a Revolução de 1930 houve um desrespeito aos direitos humanos, o qual só seria recuperado com a Constituição de 1934. Em 1937, com o Estado Novo, os direitos humanos eram quase inexistentes. Essa situação foi recuperada apenas em 1946, com uma nova Constituição, a qual durou até 1967. Durante o Regime Militar houve muitos retrocessos, como restrições ao direito de reunião, além de outros. Com o fim do Regime Militar foi promulgada a Constituição de 1988, vigente até os dias atuais.

As normas de direitos humanos são organizadas por cada país através de negociação com organizações como a ONU e em encontros e conferências internacionais. Vários países ainda firmam compromisso em garantir os direitos humanos, através de tratados das Nações Unidas, sobre as mais diversas áreas, como direitos econômicos, discriminação racial, direitos da criança, entre outros. Para cada um destes tratados, existe um comitê de peritos que avalia como as nações participantes estão cumprindo as obrigações que assumiram ao se comprometerem com o tratado.

Além disso, outros órgãos da ONU, como a Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos, constantemente se pronunciam sobre casos de violações de direitos humanos em todo o mundo.

Outro instrumento para garantia destes direitos são as operações de manutenção da paz, realizadas pela ONU, as quais fiscalizam o cumprimento dos direitos humanos em diversas partes do mundo. Além disso, já existem três tribunais mundiais de direitos humanos, um localizado na Europa, um na África e um no continente americano.

A nível nacional, cada país é responsável por garantir os direitos humanos dentro de seu território. Mas na fiscalização desses direitos atuam também instituições de direitos humanos, organizações profissionais, instituições acadêmicas, grupos religiosos, organizações não governamentais, entre outros.

No cenário atual, em que os Direitos Humanos são entendidos em uma perspectiva integral e multidimensional, fica evidente que o respeito a esses direitos na América Latina tem distintas vertentes, nuances e desafios. Profundas desigualdades sociais, acesso limitado a oportunidades de educação, saúde pública precária, questões fronteiriças e migratórias indefinidas, violências institucionalizadas, exploração irresponsável dos recursos naturais, falta de transparência e abuso de poder são apenas algumas problemáticas enfrentadas por um número expressivo de latinoamericanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) tem como base fundamental a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela resolução 217A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

O DIDH é um conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, as quais estipulam acerca do comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir do governo. Os direitos humanos são direitos inerentes a todas as pessoas por sua condição de seres humanos. Muitos princípios e diretrizes de índole não convencional (direito programático) integram também o conjunto de normas internacionais de direitos humanos.

As principais fontes convencionais do DIDH são os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), as Convenções relativas ao Genocídio (1948), à Discriminação Racial (1965), à Discriminação contra a Mulher (1979), Tortura (1984) e os direitos das Crianças (1989). Os principais instrumentos re-

gionais são a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981).

É fundamental lembrar que após a Segunda Guerra Mundial os povos de todos os continentes não deixaram, em momento algum, de recorrer ao conflito armado como resposta para suas disputas, e com a violência que as armas vinham proporcionando, a discussão de um Direito Humanitário, o qual abordasse a proteção humanitária em caso de guerra, além da questão do emprego de violência em conflitos armados e outras discussões similares, levaram a uma inevitável construção de um repertório jurídico de cunho humanitário o qual tivesse alcance internacional. Fazia-se necessário, na visão dos juristas, impor limites à liberdade e à autonomia dos Estados conflitantes, o que garantia um progresso maior da matéria de Direitos Humanos em escala mundial.

Contudo, não bastaram as atrocidades constatadas ao fim do conflito mundial para consolidar o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sua importância na agenda internacional surge com o advento da Carta das Nações Unidas em 1945 (BRASIL, 1945), bem como com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos), o que consolidou, realmente, a importância do assunto no meio jurídico internacional.

A finalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é proteger a vida, a saúde e a dignidade das pessoas.

O DIDH é aplicado a todo o momento: em tempos de paz ou de conflito armado. Entretanto, de acordo com alguns tratados de DIDH, os Governos podem suspender algumas normas em emergências públicas as quais coloquem em perigo a vida da Nação, desde que tais suspensões sejam proporcionais à crise e sua aplicação não seja indiscriminada ou infrinja outra norma do Direito Internacional.

No DIDH impõe-se obrigações aos Governos no que diz respeito a suas relações com os indivíduos. Muitos opinam que os agentes não estatais, especialmente os que exercem funções de índole governamental, devem também respeitar as normas de direitos humanos, mas nada é definitivo a esse respeito.

De acordo com os tratados de DIDH, as pessoas naturais não têm deveres específicos, mas podem ser declaradas responsáveis penalmente por violações que podem constituir crimes internacionais, como o genocídio, os crimes contra a humanidade e a tortura, os quais estão sujeitos também à jurisdição universal.

O sistema de supervisão do DIDH consiste em órgãos estabelecidos pela Carta das Nações Unidas ou pelos principais tratados de DIDH. O principal órgão baseado na Carta das Nações Unidas é a Comissão de Direitos Humanos e a Subcomissão sobre a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos. A Comissão também estabeleceu “procedimentos especiais” pelos últimos vinte anos, isto é, a designação de relatores especiais, por temas ou por países, e grupos de trabalho os quais, dentro do âmbito de suas competências, devem supervisionar determinadas situações de direitos humanos e apresentar relatórios a respeito.

Nos seis principais tratados de DIDH também é estipulada a constituição de comitês de especialistas independentes para supervisionar a aplicação.

O escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos tem uma responsabilidade fundamental a respeito da proteção e promoção dos Direitos Humanos. A finalidade desse escritório é reforçar a efetividade dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas, coordenar as atividades de promoção e proteção dos direitos humanos em todo o sistema das Nações Unidas, fomentar a capacidade nacional, regional e universal para promover e proteger os direitos humanos e difundir os instrumentos e documentos informativos de direitos humanos.

Os tribunais e comissões de direitos humanos constituídos em virtude de tratados regionais de direitos humanos na Europa, América e África são diferenciais do DIDH.

A Corte Europeia de Direitos Humanos é a instituição central do sistema europeu de proteção a esses direitos, instituída em conformidade com a Convenção Europeia de 1950. Os principais órgãos de supervisão regionais na América são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos é o órgão de supervisão instituído pela Carta Africana de 1981 (OEA, Carta Africana de Direitos Humanos e

dos Povos). Em nenhum tratado africano é estipulada a constituição de uma corte de direitos humanos.

No que tange à citada fase legislativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), a fase de implementação se inicia com a harmonização entre as jurisdições interna e internacional no sentido de conferir à temática Direitos Humanos o caráter de Regime Internacional, seja por normas reconhecidamente verificáveis, seja pela conscientização da inerência desse rol de direitos pela comunidade internacional.

Desse modo, a interação dos direitos por meio da sua complementaridade teleológica ganha importância no reconhecimento da capacidade processual internacional dos indivíduos, o que consolida a personalidade jurídica que estes possuem no âmbito interno, tal como expressa os artigos 2º e 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos); dita capacidade se consolida com a supervisão internacional dos órgãos nacionais de proteção, bem como por meio do sistema de relatórios e de resoluções adotadas nas mais distintas cúpulas internacionais.

Explicitamente, sob a consideração da proteção da pessoa humana como uma norma imperativa e inderrogável de Direito Internacional no que tange ao rol dos tratados de Direitos Humanos, i.e., normas de *jus cogens* – “direito imperativo ou constringente”, e nos termos do artigo 53º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral.”. Mais além, no mesmo sentido, o artigo 27 da mesma Convenção assevera que uma parte tem a possibilidade de invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, como também expõe o artigo 60, parágrafo 5º do Decreto de Lei nº 7.030/2009 (BRASIL, 2009).

O diploma brasileiro assegura o mais amplo e detalhado elenco de direitos e liberdades individuais, coletivos e sociais, notadamente no artigo 5º e seus 78 incisos, os quais cobrem abrangente gama dos chamados direitos e garantias fundamentais. Pode-se afirmar, também, que a Constituição brasileira vai além da Declaração Universal quando garante, ainda, outros direitos os quais surgiram e se consolidaram durante os quarenta anos que a separam da publicação da Declaração de 1948.

Igualmente, faz-se mister reconhecer os dispositivos de proteção os quais a Constituição de 1988 conferiu às normas de direitos humanos, dentre os quais cabe destacar a cláusula pétrea (artigo 60, IV), a qual resguarda de maneira absoluta qualquer tentativa de modificar os direitos e garantias individuais, sendo esses direitos, portanto, intocáveis depois de incorporados à legislação brasileira. Em suma, a Constituição de 1988 é o diploma constitucional brasileiro mais afinado e mais bem identificado com os propósitos declaratórios, reconhecendo uma plêiade de Direitos Humanos como essenciais e fundamentais, e os inserindo no ápice do ordenamento jurídico pátrio.

No que diz respeito à importância que ocupa a temática dos Direitos Humanos no âmbito constitucional brasileiro, o artigo 4º, inciso II da referida Constituição deixa absolutamente claro o comprometimento do Brasil com os Direitos Humanos ao afirmar que o país é regido, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos. Ademais, a Carta Magna brasileira confere tratamento especial aos Direitos Humanos ao reconhecer sua eficácia imediata e universalidade, como fica bem evidente no artigo 5º, LXXVIII, parágrafo 1º, o qual dispõe sobre a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

O caráter de eficácia imediata é comprovado pela equivalência dos tratados e das convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, conforme mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004). Esta prevê que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Portanto, verificamos que os tratados de direitos humanos gozam de status diferenciado quando dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com as disposições constitucionais.

A primeira geração se refere aos direitos civis e políticos, tendo como princípio a liberdade (século XVIII). A segunda alude os direitos sociais e econômicos, baseado na igualdade (século XIX e XX). Ao passo que a terceira, os direitos transindividuais, calcada no princípio da solidariedade (século XX e XXI), considerado o mais importante deles e o reivindicado pelos movimentos ecológicos. A quarta geração é referente aos efeitos da pesquisa biológica, a qual permitirá manipulações do patrimônio genéti-

co de cada indivíduo (BOBBIO, 2004, p. 5-6). Já Bedin (2000, p. 42), acompanha a classificação proposta por T.H. Marshall (1967): direitos civis ou de primeira geração, direitos políticos ou de segunda geração, direitos econômicos ou sociais ou direitos de terceira geração, e direitos de solidariedade ou de quarta geração.

Devido à rápida expansão da pobreza no século XIV, a partir da privatização (cercamento) das áreas rurais, já em 1388 a Inglaterra criou “a primeira regulamentação voltada para os pobres”, para cuidar do problema da pobreza e da mendicância em expansão, os quais não poderiam ficar a cargo apenas da Igreja. Essa regulamentação instituiu que os adultos com condições de trabalhar só poderiam receber assistência da Igreja com a troca de trabalho. Em 1576, o governo passou a fornecer matéria-prima para incentivar o trabalho dos mendigos (LAVINAS; COBO, 2009, p. 8). A Lei dos Pobres, considerada por diversos autores como o principal antecedente da proteção social, surgiu em 1601, e classificou a pobreza em três categorias: “[...] os impotentes (velhos e doentes); os com capacidade de trabalho, mas sem lar; [...] os avessos ao trabalho (fabril)”. Dessa forma, para as duas primeiras categorias de pobres não havia sanções; e, para a última, estava prevista uma punição, a qual consistia na permanência em casas de correção (LAVINAS; COBO, 2009, p. 8).

A Constituição Brasileira de 1934 elevou os direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional, e instituiu normas de proteção social ao trabalhador (artigo 121, *caput*). Foi a primeira a inscrever um título sobre a ordem econômica e social, sob forte influência da Constituição de Weimar. Desde então, todas as constituições brasileiras trataram dos direitos sociais.

O sistema de proteção social desenvolvido no Regime Militar foi eficiente para estimular o crescimento econômico, mas não teve eficácia na inclusão (já que os programas universais eram restritos e ineficientes) e tampouco na seleção (pois não houve focalização nos segmentos mais necessitados da população) (DRAIBE, 2003). Com o aumento das críticas ao Regime Militar, ampliou-se “o consenso em torno da tese da descentralização”, principalmente com a piora da “questão social” gerada pelos ajustes econômicos (FAGNANI, 1997, p. 215).

Os direitos difusos são aqueles cujos titulares são indeterminados e indetermináveis. Isso não significa que ninguém sofra ameaça ou viola-

ção de direitos difusos, mas que os direitos difusos são direitos os quais merecem especial proteção, pois não atingem alguém em particular, mas, simultaneamente, a todos.

A categoria de direito difuso surgiu no mundo após a década de 1970. Historicamente, a tutela coletiva veio à lume pela dicção da Lei 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública. Posteriormente, a previsão se fez presente na Constituição da República de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor, Lei 7.078/90.

No Brasil, em 1977, José Carlos Barbosa Moreira foi pioneiro ao tratar do tema com a obra *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, fruto de seus estudos em Florença.

No caso brasileiro, recentes diplomas legislativos incrementaram a proteção dos interesses difusos e coletivos, o que disciplinou a atuação dos indivíduos nos interesses que abrangem toda a sociedade, ao mesmo tempo em que se instituiu a responsabilidade pena da pessoa jurídica.

1.1.2. NA ESPANHA

A garantia das liberdades e direitos fundamentais das pessoas compete, em primeiro lugar, aos juízes e tribunais; contudo, a Constituição estabeleceu um sistema específico e último de tutela desses direitos, o recurso de amparo constitucional, confiado ao Tribunal Constitucional.

Os direitos difusos tornaram-se marcas da sociedade atual na busca pela garantia de uma vida humana digna. Protegê-los passou a ser uma necessidade urgente, principalmente diante da facilidade de ter tais direitos violados pelo poder do Estado ou mesmo pela sociedade de consumo ancorada na hegemonia das grandes empresas.

Na Espanha, diferente do Brasil, cabe à defensoria pública a tutela dos direitos difusos. O direito do consumidor está previsto também na Constituição. Já no artigo 1º temos a previsão de tutela do consumidor. No artigo 51 existe a previsão da obrigatoriedade de o Poder Público garantir a defesa do consumidor, sua segurança, saúde e legítimo interesse econômico. Diferente do Brasil, não há demanda de indenização por direitos individuais homogêneos, nos moldes da *class action for damages* americana.

Não existe ação coletiva com pedido de indenização nem mesmo para direitos difusos.

A Constituição Espanhola, no artigo 125, prevê a possibilidade de ação popular. A demanda popular pode ser utilizada, inclusive, para impugnar decisões administrativas que importem em prejuízo ao meio ambiente (ESPANHA, 1978).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstra grandes diferenças e muito poucas semelhanças entre os sistemas jurídicos no que se refere aos direitos humanos, sociais e difusos da Espanha e do Brasil por uma série de fatores históricos, jurídicos, sociais e políticos. As semelhanças apontam para o cenário internacional, quando em 1948, o pós-Guerra foi marco de importantíssimas mudanças no cenário internacional, onde foram possíveis inúmeras melhorias na esfera do homem, que mesmo em atrito com culturas e omissões governamentais, sem levar em consideração posturas políticas, teve a necessidade de trazer para o mundo regras de convivência e direitos humanos de proteção ao ser humano em si, em nome da evolução e perpetuidade da paz. Ainda que existam a intolerância, e a desigualdade esteja presente em diversos locais, houve ganhos extraordinariamente significativos para as comunidades mundial, brasileira e espanhola.

Os direitos sociais demarcam uma importante mudança na evolução da cidadania moderna. Sua função é garantir certas prerrogativas relacionadas às condições mínimas de bem-estar social e econômico que possibilitem aos cidadãos usufruir plenamente do exercício dos direitos civis e políticos.

Os direitos difusos se tornaram uma solução eficiente para resolver conflitos coletivos de ordem econômica, social ou cultural. Os direitos difusos se preocupam com questões da coletividade, como as ligadas ao meio ambiente, patrimônio público e direitos do consumidor.

REFERÊNCIAS

ANGHIE, Antony. **Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law**. *Social & Legal Studies*, [s.l.], vol. 5, no. 3, p. 321-336, Sept. 1996.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20%2D%20O%20Congresso%20Nacional,mesmo%20tempo%2C%20Deputado%20e%20Senador. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição dos estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20%2D%20Os%20Estados%20Unidos,%C3%A9%20a%20Capital%20da%20Uni%C3%A3o. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=Equipara%2Dse%20a%20consu

midor%20a,intervindo%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo. Acesso em: 21 mai. 2021.

CALAFATE, Pedro. **A ideia de comunidade universal em Francisco Suárez.** IHS – Antiguos Jesuitas en Iberoamérica, v. 5, n. 2, p. 48-65, 2017.

DRAIBE, Sônia Miriam. **A política social no período FHC e o sistema de proteção social.** Tempo Social, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 63 -102, nov. 2003.

ESPANHA. **Constituição Espanhola, 27 de dezembro de 1978.** Madri, 1978. Disponível em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em: 21 mai. 2021.

FAGNANI, Eduardo. **Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92.** Economia e Sociedade, Campinas, p. 183 – 238, jun. 1997.

LAVINAS, Lenas; COBO, Barbara. **O Direito à Proteção Social: perspectivas comparadas.** Análises e Propostas, Fundação Friedrich Ebert Stiftung, São Paulo, n. 37, nov. 2009. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/07114.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2021.

OEA. **Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.** Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/sistema_africano.asp. Acesso em: 21 mai. 2021.

OEA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 21 mai. 2021.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 21 mai. 2021.

VICENTE, Luciano Pereña. **El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria.** Revista Española de Derecho Internacional, vol. 5, no. 2, p. 603-628, 1952.

DIREITOS HUMANOS: ANALISANDO O PENSAMENTO DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO E SUELY ROLNIK

*Túlio Almeida Rocha Pires*⁷⁸

*Ana Livia Pereira*⁷⁹

INTRODUÇÃO

Ao considerar aspectos históricos do desenrolar dos direitos humanos e fundamentais, é possível perceber uma insistente inefetividade de tais institutos em certas regiões geográficas que perdura até a atualidade.

Nesse sentido, ao entender a maneira como um inconsciente colonial se estrutura na subjetividade, de modo a repercutir efeitos ao longo da história, a consequente compreensão da inefetividade de certas estruturas de não aproveitamento de direitos básicos por parte da sociedade pode ficar mais evidente.

Ao esclarecer este contexto, a presente pesquisa tem o intuito de realizar uma revisão bibliográfica acerca da história dos direitos humanos e fundamentais, desde sua instituição no mundo jurídico-normativo, até

78 Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Discente do programa de formação em Psicanálise Clínica do Instituto Brasileiro de Psicanálise Clínica – IBPC.

79 Discente do Programa de Formação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

a situação atual de inefetividade dessa categoria de direitos na sociedade brasileira.

Sobretudo, espera-se realizar uma revisão bibliográfica dos postulados do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010) para aclarar o processo formativo dos direitos humanos e fundamentais sob a sua ótica teórica. Buscando, assim, um entendimento de seu posicionamento no que diz respeito ao impacto das políticas de direitos humanos.

Este trabalho defende, então, a hipótese de que o mecanismo de funcionamento de um inconsciente colonial-capitalístico (assim chamado por Suely Rolnik, 2019) seja um dos fatores pelos quais orbitam a questão da inefetividade dos direitos humanos e fundamentais nesta sociedade.

Compreendendo o funcionamento dessa dimensão do aparelho psíquico e o histórico secular de uma inefetividade de direitos humanos e fundamentais, a correlação entre ambos ficará clara ao final, quando será possível perceber que os meios pelos quais os direitos se tornam efetivos, em outras condições, ganham o *status* de direito e passam pelo enfrentamento a uma tradição colonial sedimentada nas camadas mais profundas das memórias da subjetividade e da história da civilização de um modo geral.

A cultura operante em determinada sociedade, por perpetuar a situação político-econômico-social de determinado grupo, e influenciar a ideologia sustentada pelos indivíduos, tem grande impacto nas condições de vida das quais cada segmento deste corpo social poderá desfrutar no interior de cada agrupamento no interior das relações da organização do poder, e assim por diante (ROLNIK, 2019). Apoiando-se, sobretudo, nas obras dos autores supramencionados.

Assim sendo, enquanto a subjetividade continua operando com os mesmos conceitos tradicionais, as mesmas atitudes e posicionamentos de cidadania (ou ausência dela) irão determinar as possibilidades de melhorar a eficácia de direitos ou de estagnação destas mesmas possibilidades, à medida que reforçam uma tradição excludente, desigual, e que aviltam um dos pilares da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

Ao final, é possível verificar que, em um primeiro momento, Rolnik aponta para a promoção da liberação dos afetos dos indivíduos para que estes se encontrem receptivos à conscientização da situação estrutural e seu impacto nas subjetividades, como por exemplo a massa de pessoas es-

poliadas de sua dignidade, as quais vivenciam a inefetividade de garantias básicas como alimentação, saneamento básico, saúde e assim por diante.

E então, após essa análise, desobstruir os caminhos para o exercício ativo da cidadania daqueles que, liberados para serem afetados pelas condições de inefetividade de direitos, sejam capazes de exercer sua cidadania no sentido de cobrar seus direitos diante do Poder Público, pela via administrativa direta com as prefeituras e até mesmo pelos órgãos de fiscalização, Ministério Público, Defensoria Pública, assistências sociais e outros.

1 DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS HISTÓRICOS

A história dos direitos humanos e fundamentais é marcada pelo início da instituição do Estado de direito. Uma das funções precípua de tais institutos normativos é resguardar a sociedade e o indivíduo do arbítrio estatal e das ingerências as quais o Estado pode proceder (FERREIRA FILHO, 2010).

Nesse sentido, a principal intenção de um Estado nacional, pautado por leis e não por homens, promovia um afastamento intencional da figura do déspota. Nas palavras do professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o ambiente formador desse Estado moderno de direito adveio do “descontentamento contra um poder que – ao menos isso lhes parecia – atuava sem lei nem regras.” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 3).

A organização de um Estado de direito tem como pressuposto a organização político-normativa a qual gira em torno da instituição de leis aprovadas por uma coletividade (mesmo que restrita àquele cenário de Revolução Francesa). Nesse sentido, o mencionado autor advoga no sentido de que a instituição desse novo modelo de Estado moderno coloca em pauta a disputa de poderes entre aquele que o concentra de maneira despótica e os destinatários da lei, no caso o povo, nesse processo de submissão ou revolução contra ideais autoritários. Nas palavras do autor, *in verbis*:

Enfim, os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles. Definem esses di-

reitos a fronteira entre o que é lícito e o que não é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 6).

Ferreira Filho (2010) dispõe que a inauguração de um Estado Constitucional, o qual planeja um diploma normativo que se encontre sob as balizas de um pacto fundamental e se coloca diante dos Direitos do Homem, permite que este documento seja um reflexo mais ou menos coeso da sociedade que se estabelece nos auspícios desse pacto.

Assim sendo, tal documento constitucional passará a definir, por normas, poderes e limites da atuação do governante com o intuito claro de impedir abusos de poder e ingerências estatais perante a sociedade e ao indivíduo, quando considerado claramente hipossuficiente diante da máquina estatal.

Isto se faz uma vez que o Estado representado pelo governante passa a assumir uma postura política de influência no interior das disputas de poder das relações sociais, e na efervescência dos interesses subjetivos, representando o conjunto das leis, da força militar, e assim por diante. Dessa forma, qual seria a posição de inviolabilidade de um mero indivíduo se comparado à estrutura estatal?

Assim, dando ensejo à primeira geração dos direitos humanos, consubstanciando-se, em linhas gerais, nos direitos civis e políticos, essa proteção contra a ingerência estatal e a capacidade de votar e ser votado, o que efetiva as liberdades públicas, protegem o indivíduo diante do arbítrio estatal e possibilita sua intervenção em maior ou menor grau à disposição das forças políticas e no interior da luta pelo poder (FERREIRA FILHO, 2010).

Perfazendo uma segunda geração de direitos humanos, é possível denotar aqueles que fazem referência à dimensão dos direitos de igualdade, comumente chamados de direitos sociais, como o direito à alimentação, à saúde, e ao trabalho. No ordenamento jurídico interno contemporâneo, alguns destes direitos de igualdade/sociais podem ser elencados no rol disposto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

A terceira geração clássica dos direitos humanos, tidas por parte da corrente teórica como direitos de fraternidade, é chamada pelo professor

Manoel Gonçalves Ferreira Filho de direitos de solidariedade (FERREIRA FILHO, 2010). Tidos aqui como sinônimos, esta categoria dos Direitos Humanos faz referência aos direitos coletivos e difusos, como o direito à paz, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e assim por diante. Vide o texto Constitucional:

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).

Assim sendo, o professor supracitado menciona que apesar de os teóricos anteriores ao Iluminismo e aqueles de corrente jusnaturalista já terem prelecionado uma doutrina do direito natural do homem, como alguns tipos de direitos inerentes ao ser humano por sua condição natural de existência, foi apenas com o advento do Iluminismo que tal categoria de direitos ficou marcada na história com fundamental na sua importância jurídica e existencial (FERREIRA FILHO, 2010).

O referido autor ainda denota que, em decorrência do pensamento político feminista, a nomenclatura “direitos do homem” tenha sido alterada para direitos humanos ou direitos humanos fundamentais. Acusa ainda que a nomenclatura “direitos fundamentais” seria uma abreviação da terminologia “direitos humanos fundamentais” (FERREIRA FILHO, 2010).

O conceito de Direitos Humanos está atrelado ao dos Direitos Fundamentais, tendo em vista que compartilham a essência da preservação e garantia de direitos básicos à pessoa humana e buscam preservar a dignidade que lhe é inerente. Mesmo assim, alguns autores promovem uma diferenciação conceitual, para Almeida (1996, p. 24), por exemplo:

Direitos humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitam a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Nesse sentido, a diferença para com os Direitos Fundamentais emerge à medida que estes aparecem como pontos de coincidência ou correspondência para com os Direitos Humanos, porém, agora, reconhecidos dentro do ordenamento jurídico de uma determinada nação, no âmbito interno (OLIVEIRA; LAZARI, 2019).

Os Direitos Humanos, portanto, são assegurados em âmbito internacional, com um caráter supranacional advindo do deslinde de guerras e consensos históricos, e têm uma aplicação geral e difusa à medida que transcende os limites territoriais de um Estado e passam a ser garantidos à toda pessoa humana.

A partir disso, como podemos interpretar a influência do inconsciente colonial no contexto dos Direitos Humanos e Fundamentais?

2 INCONSCIENTE COLONIAL E INEFETIVIDADE DE DIREITOS

Diante de todo o exposto até aqui, interessa pensar sobre a inefetividade destes direitos na atualidade e a influência do inconsciente colonial de Suely Rolnik no interior desse processo histórico de inefetividade.

Para isso, inicialmente o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2015) conceitua uma diferenciação entre eficácia jurídica e eficácia social, na qual a primeira se preocupa com a executoriedade da norma como forma de aplicação, e a outra com a concreta satisfação de sua função social, ou seja, a realização dos institutos jurídicos na realidade natural, o que coincide com a noção de efetividade do direito (SARLET, 2015).

Contudo, isso não significa dizer que os destinatários da norma agirão conforme sua função social ou conforme o que determina a medida jurídica de aplicação no caso concreto. A efetividade jurídica, então, é encarada como “possibilidade, e não efetividade” (SARLET, 2015, p. 245). Ao considerar ideia pura de efetividade, entendida como a concreta satisfação do direito, a noção de efetividade social supramencionada, a temos como “[...] a real obediência e aplicação no plano dos fatos [...]” (SARLET, 2015, p. 245).

Portanto, de que modo os postulados de Suely Rolnik ajudam no sentido de compreender tal inefetividade social dos direitos humanos na contemporaneidade? A obra *Esféras da insurreição* (2018) conceitua o inconsciente colonial como o seguinte:

Proponho designar por “inconsciente colonial-capitalístico” a política de inconsciente dominante nesse regime, a qual atravessa toda sua história, variando apenas suas modalidades junto com suas transmutações e suas formas de abuso da força vital de criação e cooperação[...] a qual se define, insisto, pelo sequestro dessa força no próprio nascedouro de seu impulso germinador de mundos. (ROLNIK, 2018, p. 36-37).

Conforme preleciona a autora acima, é o próprio modo com o qual as subjetividades se constituem no interior de uma forma governamental vigente que interfere no modo como ele se relaciona com a disposição das forças em seu contexto. Isto é, em outras palavras, dizer que diante de uma situação apresentada ao indivíduo, o funcionamento de seu inconsciente colonial vai operar no sentido de manter o equilíbrio das forças no presente, sem as quais se veria diante de uma ameaça de desagregação, deixando a subjetividade a mercê do desconhecido (ROLNIK, 2018).

Para melhor explicar, uma vez que se opera um modelo de apreensão da realidade o qual está acostumado com a inefetividade de direitos humanos e fundamentais, esse mesmo modo de apreensão da realidade reforça a inefetividade de tais direitos, considerando que os sujeitos capazes de interferirem neste cenário ineficaz destinam suas forças a outros campos da vida civil.

Considerando que o exercício pleno e ativo da cidadania coloca sempre em xeque a posição dominante em seu lugar de poder, essa mesma crítica social em virtude de exercer a cidadania é soterrada e anestesiada pela constituição de sua subjetividade em um cenário antro-p-falo-ego-logocêntrico capitalista e explorador, de forma que não se torna conveniente o estímulo à liberdade e à capacidade de ser afetado pela situação do outro indivíduo que não goza de efetividade de seus direitos e garantias fundamentais (ROLNIK, 2018).

Esse comportamento ocorre, de acordo com a autora, pela via dos sentidos e da capacidade sensorial do corpo, as quais moldam as impressões, os sentidos e os significados da realidade e do contexto em que se encontra o indivíduo de acordo com a tradição cultural, a história, o cenário socio-político-econômico-cultural e assim por diante.

Conforme esse pensamento, é possível deduzir o seguinte questionamento: se uma massa de indivíduos se encontra no mesmo cenário de tamanha inefetividade de direitos e garantias básicas como a alimentação, a saúde, a paz, e a dignidade, por que estes mesmos indivíduos não se organizam no sentido de promover a efetividade dessas garantias mínimas à sua própria existência com dignidade?

Esse posicionamento levaria à interpretação de que seria necessário que a política de subjetivação dominante possibilitasse um ambiente fértil, capaz de germinar na cosmovisão de cada sujeito a capacidade de ser afetado pela conjuntura estrutural de inefetividade dos direitos, de forma a convocar o desejo da subjetividade para agir no sentido de transformar essa disposição de forças. Nesse sentido, a professora Suely Rolnik fará a seguinte afirmação:

É equivocado pensar o corpo coletivo – formado pelo embate entre diferentes vetores de força do impulso vital do qual decorre a construção da realidade – como homogêneo e muito menos estável, seja na posição de deixar que essa força seja apropriada, seja naquela que resiste à sua apropriação e inventa outros mundos com outro regime do inconsciente a orientar suas formações. Se valer-se desse artifício pode nos ser útil, é apenas porque nos permitirá distinguir com mais nitidez as características essenciais das micropolíticas com o poder potencial de escapar do domínio do inconsciente colonial-cafetinístico daquelas que, ao contrário, nos levam a nos submeter a ele e reproduzi-lo ao infinito. Isso nos permitirá igualmente explorar o tipo de formações do inconsciente que resulta de cada uma dessas micropolíticas no campo social (ROLNIK, 2018, p.59).

Essa dinâmica pode ser utilizada para interpretar toda a eventual estrutura de inefetividade de direitos em uma sociedade, partindo da análise do modo como a subjetividade dominante foi constituída, os conceitos gerais, ideias comuns, ideais que garantem uma coesão grupal e aqueles que são incentivados ou reprimidos em determinados grupos sociais.

Isso acontece quando, ao perceber a situação de indignidade de grande parte da sociedade aqui analisada, caberá a esta mesma sociedade pro-

mover uma mudança no comportamento geral se quiserem romper com a continuidade deste cenário, já que o comportamento geral vigente pode permitir, no decorrer do tempo, que a estrutura de inefetividade seja refeita.

Nas palavras da referida autora, “[...] nessa micropolítica, as ações do desejo consistem, portanto, em atos de criação que se inscrevem nos territórios existenciais estabelecidos e suas respectivas cartografias, rompendo a cena pacata do instituído.” (ROLNIK, 2018, p.61).

No cenário nacional, é possível denotar um povo constituído pela desigualdade e a exclusão sociais das maneiras mais violentas. Conforme o pensamento de Darcy Ribeiro (2015, p. 99):

O negro escravo, enculturado numa comunidade africana, permanece, ele mesmo, na sua identidade até a morte. [...] O brasilíndio como o afro-brasileiro existiam numa terra de ninguém, etnicamente falando, e é a partir dessa carência essencial, para livrar-se da ninguentude de não índios, não europeus e não negros, que eles se veem forçados a criar a sua própria identidade étnica: a brasileira.

Seguindo o pensamento de Rolnik, a repetição de um padrão histórico de exclusão e desarticulação políticas podem funcionar como uma estrutura que não convoca o desejo da subjetividade a agir por sua condição de dignidade, claramente em alguns pontos da história uma ou outra mudança decorrente da conjuntura social acaba por se realizar, mas nada que afete a insistência na repetição histórica de tal problemática em seus diversos níveis.

Observe que para o teórico Dirceu Pereira Siqueira (2015), uma das causas de inefetividade do direito fundamental à alimentação, por exemplo, é a desarticulação política dos sujeitos em seus papéis de cidadão. Nesse sentido, a cidadania é outro importante elemento à medida que é uma característica a qual coloca o sujeito em face do aparelho estatal, de modo a interferir em suas decisões e fiscalizar sua atuação. Nas palavras de Siqueira (2015, p. 16):

Ao ressaltar a necessidade de efetividade dos direitos fundamentais, estamos tratando não só de um dever do poder público, mas

também, e talvez até de forma primordial, de uma necessidade da sociedade em abandonar sua posição de inércia [...]

Apoiando-se sobre a antropologia de Darcy Ribeiro, tal teórico também aponta a questão da desarticulação política diante da condição de sujeitos de direitos em que se encaixam milhões de brasileiros, mas sem articularem ferramentas para promover uma exigência de suas garantias legais humanitárias diante do Poder Público (RIBEIRO, 2015). Darcy Ribeiro (2015, p. 157) advoga no seguinte sentido:

[...] formando a linha mais ampla do losango das classes sociais brasileiras, fica a grande massa das classes oprimidas [...] são os enxadaeiros, os boias-frias, os empregados na limpeza, as empregadas domésticas, as pequenas prostitutas, quase todos analfabetos e incapazes para reivindicar.

Veja que, para o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o propósito de uma proteção dos direitos humanos e da sua declaração desde o contexto da Revolução Francesa é de informar os sujeitos de seus direitos para que, assim, tenham as mínimas condições de requerer seu cumprimento. Veja o que diz o autor, *in verbis*:

A finalidade é, em última análise, proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, “recordando-os” deles. (FERREIRA FILHO, 2013, p. 40).

CONCLUSÃO

O presente texto teve como objetivo realizar uma revisão bibliográfica acerca do pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a fim de identificar elementos gerais pertinentes aos seus postulados sobre direitos humanos fundamentais, e em correlação com a constatação de sua existência no mundo jurídico, entender como o que Suely Rolnik chamou de “inconsciente colonial” opera no sentido de promover uma contínua inefetividade destes mencionados direitos na sociedade.

Diante do exposto, percebe-se que o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta, sobretudo, para a condição pedagógica da Declaração de Direitos no sentido de informar o sujeito sobre seu direito às garantias básicas de sobrevivência. E, nesse sentido, é possível perceber que os direitos humanos são institutos jurídicos internacionais erigidos em tratados e advindos de consensos e dissensos históricos no sentido de preservar juridicamente garantias as quais forneçam condições básicas de vida para o cidadão.

Diante de tal relevância, Suely Rolnik aponta então que a tradição dominante seja capaz de formar um inconsciente colonial na subjetividade, capaz de perpetuar essa mesma característica de refazimento da inefetividade dos direitos humanos mesmo diante da importância de sua efetividade na constituição e preservação da dignidade da pessoa humana, o que promove uma subjetividade incapaz de afetar o suficiente para promover uma mudança na disposição das forças as quais conservam tal cenário do jeito como se encontra.

Assim sendo, é possível verificar que, em um primeiro momento, Rolnik aponta para a promoção da liberação dos afetos dos indivíduos para que estejam receptivos à conscientização da situação estrutural em que se encontram e seu impacto nas subjetividades, como por exemplo, a massa de pessoas espoliadas de sua dignidade e que vivenciam a inefetividade de garantias básicas como alimentação, saneamento básico, saúde e assim por diante.

Para, então, após tal conscientização, desobstruir os caminhos para o exercício ativo da cidadania daqueles que, liberados para serem afetados pelas condições de inefetividade de direitos, sejam capazes de exercitar sua cidadania no sentido de cobrar seus direitos diante do Poder Público, pela via administrativa direta com as prefeituras e até mesmo pelos órgãos de fiscalização, Ministério Público, Defensoria Pública, assistências sociais e outros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, E. S. **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CHAUÍ, M. S. **Neoliberalismo: a nova forma do totalitarismo**. [S.]: A Terra é Redonda, 2019. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/>

neoliberalismo-a-nova-forma-do-totalitarismo/. Acesso em: 24 mar. 2020.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**. 5. ed. Brasil: Jus Podivim, 2019. Disponível em: <https://www.editorajuspodivim.com.br/cdn/arquivos/aab19d5198e4cf3e-b7a826a6765ee886.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Teoria geral do direito à alimentação**: cultura, cidadania e legitimação. São Paulo: editora Boreal, 2015.

A TRANSFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO EM ESPETÁCULO DA VIOLÊNCIA ATRAVÉS DO JORNALISMO POLICIAL

*Pamela Eduarda Zanoni*⁸⁰

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa a conquista do Estado Democrático de Direito, na medida que é baseada em perspectivas de realização social por meio do exercício dos direitos e garantias fundamentais, o que dá concreção jurídica à dignidade, à igualdade e à liberdade da pessoa humana.

Nesse sentido, preliminarmente, é preciso ressaltar a conceituação consignada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, do direito de liberdade carreado na Carta Magna de 1988, que em seu sentido mais amplo, expõe:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes

80 Graduada de Direito pelo Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas. Estagiária de graduação no Ministério Público do Paraná.

limites apenas podem ser determinados pela lei. (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, s.d.).

Diante dos direitos fundamentais prestigiados pelo texto constitucional, das várias formas de expressões externas da liberdade, neste estudo destacar-se-á a liberdade de informação jornalística prevista no artigo 220, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.

É nessa conjuntura que a liberdade de informação compreende o, como descreve Lenza (2019, p. 540), “direito de informar e de ser informado”. Com isso, em decorrência do sempre crescente anseio da comunidade em estar informada, surgem características modernas as quais amparam a liberdade de informação jornalística, como o acesso e a difusão de informações ou ideias através de qualquer canal de comunicação.

A imprensa, mediante seu meio de difusão televisionado, é indispensável para o Estado Democrático de Direito. Atualmente, é possível verificar grande diversidade de matérias difundidas pelo meio de comunicação supramencionado, bem como vislumbrar o seu impacto como instrumento de formação de opinião pública.

Diariamente a programação televisiva brasileira retrata os mais variados delitos através dos programas policiais. Contudo, ao observar a exploração da violência e da criminalidade, há uma exibição dos fatos de forma sensacionalista, dramatizada e imediatista, o que torna estas narrativas um espetáculo para os telespectadores e, por conseguinte, viola direitos e garantias e incita a violência. Centra-se nesta problemática o segundo eixo a ser desenvolvido neste estudo.

Por fim, são examinados os impactos sociais de tais narrativas, haja vista que a imprensa compõe um dos maiores aparatos de formação da opinião pública nos tempos presentes.

1. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

“A lei de imprensa é uma verdadeira lei porque é uma existência positiva da liberdade. Ela trata a liberdade como a condição normal da imprensa.” (McLELLAN, 1990, p. 61).

A Constituição de 1988 traz um marco teórico pragmático em seu artigo 220, parágrafo 1º ao entendimento da liberdade de informação jor-

nalística. Nessa oportunidade, compreende-se a liberdade de informação jornalística em sua forma mais ampla apresentada pelo texto constitucional, porquanto o regime da simples liberdade de informação passa a conter o qualificativo “plena” (parágrafo 1º do artigo 220), o qual se refere ao exercício dos direitos da personalidade, quais sejam: liberdade de manifestação, pensamento, criação e informação; bem como à proteção deste exercício frente a outras disposições as quais não sejam parte do próprio texto magno. Há também o alargamento do seu alcance, tendo em vista o realce de qualquer veículo de comunicação social, inclusive o meio jornalístico não impresso.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão nenhuma 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 (BRASIL, 1988).

Assim, considerando que referida liberdade de informação jornalística tem como cerne a difusão, a manifestação e o acesso a ideias e informações, nela concretiza-se a liberdade de informação, consagrada como um direito fundamental pela Constituição Federal, a qual não admite censuras de qualquer natureza, seja prévia ou posterior, já que o regime democrático de direito se estabelece também pela imprensa no exercício de sua liberdade de informação através dos seus veículos de comunicação.

Dessa forma, em outros dispositivos o texto constitucional transporece sua repulsa contra o excesso de poder político-administrativo, bem como sua preocupação com a proteção da liberdade em geral, conforme é possível vislumbrar nos incisos IV, IX, e XIV, do artigo 5º da Constituição Federal. A amplitude desta liberdade surge como reflexo do anseio pela normalização da democracia diante de um país que passou por um regime estritamente autoritário e rompeu com o Direito Constitucional

positivo vigente àquela época, o que representou um marco de evolução política.

Ainda que vasto, o direito em questão não é absoluto. Coexistem à luz da Constituição Federal a garantia fundamental da plena liberdade de informação jornalística e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Assim, a liberdade em questão encontra óbices na própria Carta Política Nacional, a qual, em *ultima ratio*, possui raízes do princípio da dignidade humana

A parte final do artigo 220 da Constituição Federal representa a incidência de restrições a fim de tutelar os demais direitos fundamentais garantidos pelo documento, pois há uma gama de dispositivos reguladores de responsabilidades civis; assim como é garantido pela própria Carta Magna o direito de resposta proporcional ao agravo a fim de coibir o abuso do direito, neste caso, por parte de jornalistas. É válido ressaltar que a vedação do anonimato, prevista no artigo 5º, XIV, da Constituição de 1988, está em harmonia com as supramencionadas responsabilizações decorrentes de abusos e prejuízos ao ofendido como consequência do gozo da liberdade de informação, sendo possível cobrar do veículo de comunicação ofensor e do titular do referido veículo em matéria não assinada.

Tratando em conjunto ambos os lados da liberdade em questão, é necessário ressaltar os deveres paralelos a ela:

Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo de ser exaltada como a sua própria. (SILVA, 2019, p. 198).

Depreende-se que o direito legítimo de informar não é questionável, no entanto, não se pode deixar de reconhecer o grande mecanismo de formação de opinião pública o qual a imprensa, em todas as suas formas, se tornou, característica que a concebe o dever de difundir informações em plenitude e fidedignidade. Com efeito, o dever de informar deve estar consubstanciado na veracidade dos determinados acontecimentos de forma honesta.

É imprescindível, em um Estado Democrático de Direito, que o indivíduo emissor de uma notícia, no exercício do seu direito de informar, tenha o propósito de narrar a verdade. Considerando que no processo de transmissão da realidade a verdade é requisito da narrativa, é preciso ter cautela com o uso dos meios disponíveis para alcançá-la e observar sempre a idoneidade do fato e o tom da notícia antes de sua difusão.

A lei da censura é uma lei suspeita contra a liberdade. A lei da imprensa é um voto de confiança dado pela imprensa a si mesma. Enquanto esta última pune o abuso da liberdade, a primeira pune a liberdade como se fosse um abuso (MARX, 2006, p. 55).

2. VIOLAÇÕES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PELOS PROGRAMAS POLICIAIS

É evidente que nas relações entre particulares é preciso sobrepesar no caso concreto a incidência dos direitos fundamentais, eis que esta incidência não ocorre de forma automática.

Em pretexto do exercício da liberdade de informação, por vezes, a mídia, de forma intencional e sensacionalista, estimula a violação de diversos direitos fundamentais. Ora, sabe-se que direitos fundamentais, principalmente este em exame, não são absolutos e, ao observar a razoabilidade, podem sofrer limitações para proteger outros direitos e garantias como a vida privada e a intimidade.

Os conhecidos programas policiais retratam as ocorrências de delitos no cotidiano da sociedade civil, eles normalmente são televisionados durante as tardes e em canais abertos, além de possuírem como característica principal o tom ‘justiceiro’ com o qual as notícias são veiculadas. Este propósito narrativo impede o requisito da verdade na busca da difusão da realidade.

Desta feita, os programas ‘policialescos’, como são conhecidos, estimulam a violência e fazem a espetacularização dos fatos narrados por meio de uma narrativa imediatista e dramatizada.

Nesse cenário, por vezes, é estimulada a punição do sujeito, a qual tem como suprassumo, sem observar os fatos, penalidades as quais nem sequer se adequam aos casos imputados e chegam a ser até desumanas. A polícia é apresentada como fonte concreta e absoluta dos fatos, sempre

na posição de justiceira e com conduta idônea que fere a presunção de inocência garantida constitucionalmente.

“Um jornal serve, primeiramente, como elo de ligação entre os indivíduos; dá-lhes a conhecer o que se passa e onde.” (TROTSKY, 1979, p. 37).

Com essa fórmula, os programas policiaiscos procuram transmitir a ideia, ainda que implicitamente, de que o Estado vive continuamente em um ambiente hostil e violento, onde há uma guerra estatal contra a criminalidade, ferindo diversos direitos do indivíduo.

Como exemplo, é possível citar o fato ocorrido no dia 23 de junho de 2015, quando o então apresentador Marcelo Rezende, do programa policial ‘Cidade Alerta’, televisionado pela Rede Record, transmitia uma perseguição policial na qual, por diversas vezes, o apresentador apontou os suspeitos pelos termos “bandidos” e “ladrões”, além de ter incitado a violência e proferido ao vivo os dizeres “Atira, meu camarada, é bandido!”. Referida perseguição culminou na execução dos suspeitos, e o discurso do apresentador resultou em uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Rede Record em razão da lesão à presunção de inocência, violação dos direitos humanos e apologia à violência (AGOSTINI; DANTAS; FERREIRA, 2017).

Do mesmo modo, no programa policial ‘Brasil Urgente’, transmitido pela Rádio e Televisão Bandeirantes S.A, o apresentador José Luiz Datena acusou um operador de telemarketing de estuprar uma menor de idade, quando sequer havia um inquérito policial instaurado para investigar o caso; posteriormente o acusado fora absolvido. Não suficiente, o apresentador identificou o suspeito divulgando seu nome três vezes, a placa do seu carro, e sua imagem, a qual fora repetida sete vezes (BRASIL, 2019). Resta evidente que o apresentador ultrapassou os limites do exercício regular de suas liberdades nesse plano e exerceu ilícita e abusivamente a liberdade de informação jornalística, chegando à execração pública de um inocente.

Da mesma forma, esse jornalismo sensacionalista e despido de conteúdo ético foi televisionado no programa ‘Barra Pesada’ da TV Brasília, em dezembro de 2005, quando, após a prisão de um assaltante, este foi inquerido de costas, oportunidade em que o então apresentador do programa, Geraldo Naves, proferiu os seguintes dizeres:

Tem que mostrar a cara desse canalha. Esse é um canalha. Tem que mostrar a cara dele pra mim ver. Isso é um covarde. Um viciado, maconheiro! [...] Sabe o que eu gosto? Eu gosto quando a polícia pega um palhaço – palhaço não; palhaço dá alegria – um paspalho como esse, entendeu? E coloca a cara [...] tem que pegar e virar a cara, pra mostrar pra população. [...] esse aí é um maconheiro, entendeu? Ele anda armado, assaltando, precisa de dinheiro, é um incompetente, asno, asno, entendeu? Asno! Inconsequente! Nem bobo não é. É um asno, uma anta ambulante. (BARBOSA, 2015).

Ainda que haja um embate entre os direitos fundamentais, quais sejam, a intimidade, a imagem, e a liberdade de informação jornalística, é preciso prestigiar os direitos que possuam maior interesse público e social, observando a circunstância em exame. O direito à honra é constitucionalmente tutelado, bem como as liberdades supramencionadas, conforme artigo 5º, IV, IX, XIV e artigo 220, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Conforme já mencionado alhures, a livre veiculação de notícias é assegurada constitucionalmente à imprensa, no entanto, não se trata de direito absoluto, devendo, em cada situação, ser ponderado frente aos demais direitos em exame, ou seja, a liberdade de informação jornalística deve ser mitigada quando colidir com outros direitos fundamentais igualmente garantidos pela Constituição Federal.

Ainda no ano de 2012, no programa ‘Brasil Urgente Bahia’ transmitido pela TV Bandeirantes da Bahia, a repórter Mirella Cunha humilhou e ironizou de forma vexatória um suspeito de estupro que confundiu exame de corpo de delito com o exame de próstata (UOL, 2015).

Nesta centra, constata-se um evidente atentado aos princípios constitucionais, aos direitos dos presos, ao direito de imagem, à dignidade da pessoa, à presunção de inocência e até à declaração internacional de direitos humanos.

Surpreendentemente, no programa ‘Cidade Alerta’ o então apresentador Luiz Bacci explorou o drama de uma família e a morte de uma jovem para gerar audiência. Tratava-se do caso de uma jovem desaparecida, oportunidade em que o programa televisionou o momento no qual a genitora da moça foi informada de que sua filha havia sido assassinada pelo

namorado; na sequência, a mãe chegou a desmaiar e gritar desesperadamente ao saber do ocorrido, enquanto essa infeliz cena era televisionada (MELLO, 2020).

Verifica-se uma repulsa pelos valores éticos e sociais da pessoa e da família, além de ser fácil constatar diversos ataques à Constituição Federal em relação ao direito à privacidade, à imagem e à intimidade dos indivíduos.

Por fim, conforme resumo trazido no informativo STF n. 900, alia-se ao entendimento da Suprema Corte na ADI 5122, rel. Min. Edson Fachin, número único 9958986-83.2014.1.00.0000, julgamento em 3.5.2018:

A vedação à censura, constante no art. 220, § 2º, da CF (6) proíbe o controle prévio, exercido por autoridade administrativa, da veiculação de determinado conteúdo, permitindo-se, no entanto, que a lei lhe estabeleça, excepcionalmente, e nos parâmetros do Estado Democrático de Direito, limites e restrições, que tenham por fundamento a proteção e a promoção de direitos e bem jurídicos constitucionalmente assegurados, desde que observados os critérios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos.

Na ponderação de princípios, o Tribunal entendeu que o direito à intimidade deve prevalecer frente a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão não é absoluta e pode sofrer limitações, desde que razoáveis e proporcionais, com o objetivo de prestigiar outros direitos e garantias de mesmo status, como a vida privada e a intimidade. Os tratados e convenções internacionais corroboram essa interpretação, no sentido de que a liberdade de expressão, embora ocupe lugar de destaque no rol dos direitos fundamentais, encontra limites quando o seu exercício importe em menoscabo de direitos alheios (BRASIL, 2018).

Derradeiramente, é válido destacar o programa ‘Cidade em Ação’, da TV Arapuan, afiliada da RedeTV! em Campina Grande/PB, no qual o então apresentador Sikêra Júnior anuncia com entusiasmo a morte de um assaltante antes de receber o socorro médico e, por conseguinte, comemora o óbito com uma música animada “Então... Ele morreu?!”. Na

sequência, uma música animada começa a ser tocada com a seguinte letra: “Ele morreu! Ele morreu! Problema dele, antes ele do que eu!”. Simultaneamente demais funcionários entram em cena e dançam junto com o apresentador (ESTADÃO, 2019).

Nesse sentido, aduz o artigo 221 da Constituição Federal:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - Preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - Promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - Respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

Assim, as emissoras são obrigadas a respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, dentre os quais se encontram, indubitavelmente, a dignidade humana e os direitos da criança e do adolescente.

Resta cristalino que violações do direito ao silêncio, à privacidade, à intimidade, à presunção de inocência; incitação à violência, à inobservância ao devido processo legal; o discurso de ódio, o preconceito, o tratamento desumano e/ou degradante e a exposição irregular de pessoas e famílias, fazem parte da narrativa cotidiana dos referidos programas.

3. IMPACTOS SOCIAIS DESTA SISTEMÁTICA NARRATIVA

“A imprensa é um instrumento de educação.” (TROTSKY, 1979, p. 37).

A referida liberdade é um valor inerente e permanente de um Estado Democrático de Direito, há um consenso acerca de sua necessidade e de seu significado primordial no regime democrático. No entanto, como destacado, a Carta Magna garante a liberdade de informação, observando as devidas cautelas com a honra, dignidade humana, intimidade e imagem.

Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. (FOUCAULT, 1996, p. 9).

Foucault, portanto, já afirmava que em todas as sociedades a produção do discurso é pensada para a construção de sentidos. Assim sendo, os mecanismos de dominação não estão concentrados somente no Estado, na verdade é ao lado do Estado que funcionam outros mecanismos de poder.

Dessa forma, é possível relacionar que na sociedade capitalista vigente a mídia funciona como um mecanismo de controle fundamental, o qual introduz ideias, definições de realidade e padrões de comportamento em massa, de forma que a visão que o cidadão passa a ter da realidade advém desta construção de sentidos a qual faz parte de todos os poderes de controle social.

Entendida essa internalização de poder e dimensão social no discurso da mídia, firma-se duas premissas: a relevância da mídia; e que em uma sociedade coexistem diversos grupos, cada qual em uma relação de dominância para com o outro.

Neste sentido, pode-se compará-lo aos andaimes colocados em torno de um edifício em construção; eles indicam a forma que terá o edifício, facilitam a comunicação entre os diferentes trabalhadores da construção, ajudam a distribuir o trabalho e a estar cientes dos resultados gerais que se alcançam conjuntamente, através do trabalho organizado. (WORONTSOV, 1977, p. 33).

Os grandes grupos políticos e econômicos muitas vezes são patrocinadores desses programas — objetos do presente estudo e emissoras correspondentes — ou até donos delas, nesta centra se estabelece o controle desses grupos sobre aquilo que a mídia difunde para a sociedade. No entanto, referidos grupos representam apenas interesses próprios, bem como os de sua classe, e assim o conteúdo televisionado é aquele que lhes é adequado e necessário.

“Inegavelmente, a mídia determina a ordem do dia da sociedade: ela não pode ditar às pessoas o que pensar, mas decide no que elas vão pensar.” (BERTRAND, 1999, p. 53).

Através do discurso, esses programas transmitem um terror social com a ideia de que o país está assolado pela criminalidade e pela violência descabida, e manipula o imaginário popular por meio da exploração do medo e da sensibilização da população, além de criar um ambiente propício para a criação de normas penais, “fórmulas mágicas” punitivistas e promoção de políticas e personagens extremistas disfarçados de justiceiros, o que promove o fenômeno do populismo penal midiático.

Acerca do populismo penal midiático:

O populismo penal tem origem no clamor público, gerando novas leis penais ou novas medidas penais, que inicialmente chegam a acalmar a ira da população, mas depois se mostram ineficientes, porque não passam de providências simbólicas (além de seletivas e contrárias ao Estado de Direito vigente) (GOMES, 2012).

A intensidade com que esses programas difundem notícias de um crime e exploram os fatos de maneira distorcida e sensacionalista, com narrativas dramáticas, é passível de direcionar a consciência e a vontade daqueles que recebem a informação.

Tema central do século XXI, o medo se tornou base de aceitação popular de medidas repressivas penais inconstitucionais, uma vez que a sensação do medo possibilita a justificação de práticas contrárias aos direitos e liberdades individuais, desde que mitiguem as causas do próprio medo (BOLDT, 2013, p. 96).

Essa sistemática narrativa vincula-se ao estereótipo do criminoso com as características periféricas, pelo qual se estimula a histeria coletiva, a desigualdade, os estigmas, as intolerâncias, os preconceitos e discriminações, e afasta da criminalidade a imagem dos membros desses grandes grupos, como se a criminalidade fosse um fator intrínseco das favelas.

O estímulo e a criação de mais normas penais apenas aumenta a lotação dos presídios e não diminui a criminalidade, o que é comprovado pelo fato de, embora com a infinidade de medidas legislativas criminais, estas apenas trazem uma falsa sensação de segurança e de criminalização das classes dominadas, eis que a população carcerária permanece inflada, conforme dados de 2020 do Departamento Penitenciário Nacional, os

quais afirmam que a população carcerária triplicou nos últimos 20 anos (KADANUS, 2020).

Dessa forma, é possível constatar que o direito fundamental à informação passa a ser substituído pelo espetáculo da violência, e assim os grupos dominantes utilizam do controle social o qual a mídia detém para moldar a opinião pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que essa sistemática narrativa do jornalismo justiceiro estimula incessantemente o punitivismo e a estigmatização das classes sociais mais baixas.

Ainda que as liberdades constitucionais sejam um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e embora as liberdades de expressão e de informação sejam amplas e asseguradas pela Carta Magna, esses direitos constitucionais não são absolutos, de modo que vão de encontro a outros direitos constitucionalmente protegidos.

Com efeito, constatou-se que, mesmo que exista entendimentos acerca da prevalência de demais direitos, e bem jurídicos constitucionalmente assegurados em relação a liberdade de informação jornalística e de expressão, não são raras suas violações pelos programas policiais, os quais muitas vezes exploram o medo do cidadão por meio do sensacionalismo.

Tais programas utilizam da violência como um espetáculo, um meio gerador de audiência; no entanto também são mecanismos de discriminações e promoção do populismo penal midiático.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Nathane; DANTAS, Victor; FERREIRA, Matheus. *Costumeiros na TV, programas policiais ignoram leis brasileiras*. **Repórter Unesp**. Bauru, 30 mai. 2017. Disponível em: <<http://reporterunesp.jor.br/2017/05/30/costumeiros-na-tv-programas-policiais-ignoram-leis-brasileiras/>>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- BARBOSA, Bia. *Programas policiaiscos: a legitimação da barbárie*. **Carta Capital**. São Paulo, 10 jul. 2015. Disponível em: <<https://>

www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/programas-policialescos-a-legitimacao-da-barbarie-1735/. Acesso em: 22 abr. 2021.

BAYER, Diego Augusto. A mídia, a reprodução do medo e a influência da política criminal. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943204/a-midia-a-reproducao-do-medo-e-a-influencia-da-politica-criminal>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BERTRAND, Claude-Jean. **A deontologia das mídias**. Bauru: EDUSC, 1999.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do Garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.405.543/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 14 mai. 2019. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=93970925&tipo_documento=documento&num_registro=201803128715&data=20190521&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. 30 abr. 2009. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 900, 30 abr. – 04 mai. 2018. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRITTOS, Valério C.; GASTALDO, Édison. Mídia, Poder e Controle Social. **Alceu - Revista do Departamento de Comunicação Social da PUC- Rio**. Disponível em: <http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n13_Brittos%20e%20Gastaldo.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ESTADÃO. **Ao vivo, apresentador comemora anúncio de morte de assaltante**. 27 fev. 2019. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/noticias/tv,ao-vivo-apresentador-comemora-anuncio-de-morte-de-assaltante,70002738397>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira. Os programas “policialescos” e o espetáculo da barbárie: um estudo à luz da proteção integral dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado**. v. 2, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional/article/viewFile/238/328>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Para onde vamos com o populismo penal? **Jusbrasil**. 2012. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927228/para-onde-vamos-com-o-populismo-penal>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

JÚNIOR, Hélio de Lena. A liberdade de imprensa em chave marxiana. **Portal de Publicações Eletrônicas da UERJ**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/2347>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

KADANUS, Kelli. População carcerária triplica em 20 anos; só 11% são presos por crimes contra a pessoa. **Gazeta do Povo**. Brasília, 14 de fev. 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/populacao-carceraria-triplica-brasil-2019/>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Trad. Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006.

MCLELLAN, David. **Karl Marx**: Vida e pensamento. Petrópolis: Vozes, 1991.

MELLO, Carla Gomes de. Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106-122, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

MELLO, Maria. Cidade Alerta: Quando a barbaridade toma conta da televisão brasileira. **Carta Capital**. São Paulo, 18 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/cidade-alerta-quando-a-barbaridade-toma-conta-da-televisao-brasileira/>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

MELO, Renato Correia de. SILVA, Mariana Melo de Barros. Programa bronca pesada: violação dos direitos fundamentais, sensacionalismo e espetacularização da violência na mídia pernambucana. **Caderno De Graduação - Humanas E Sociais - UNIT - PERNAMBUCO**, 3(2), 9. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/5137>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

TROTSKY, Leon. **Questões do modo de vida**. Lisboa: Antídoto, 1979.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do homem e do cidadão** – 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/de>>

claracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 20 mar. 2021.

UOL. **Band é condenada a pagar R\$ 60 mil por caso de repórter que zombou de preso.** São Paulo, 05 mai. 2015. Disponível em: <<https://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2015/06/05/band-e-condenada-a-pagar-r-60-mil-por-caso-de-reporter-que-zombou-de-preso.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

VARJÃO, Suzana. **Violações de direitos na mídia brasileira:** ferramenta prática para identificar violações de direitos no campo da comunicação de massa. Brasília: ANDI, 2015.

WORONTSOV, Madeleine. **Nome:** Lenine, Profissão: Jornalista (Lenine e a Imprensa Revolucionária). Lisboa: Antídoto, 1977.

RESPEITO AO LUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NO CONTEXTO DA ORFANDADE SEGUIDA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E A PROTEÇÃO DE OUTROS DIREITOS INERENTES AO SER HUMANO

*Maria Clara Chaves Assunção*⁸¹

INTRODUÇÃO

O surgimento da pandemia mundial do coronavírus, iniciada em dezembro de 2019, na China, suscitou o medo do ser humano em relação ao fenômeno da morte. Neste contexto, o debate sobre a perda dos vínculos afetivos, resignificação das relações humanas e formas de lidar com o luto se faz ainda mais importante.

O artigo destaca como central o tema do luto, haja vista a convergência de disciplinas que emanam deste fenômeno e provocam a compreensão da experiência da morte como algo natural e obrigatório na vida de todo indivíduo, o que, sob o ponto de vista psicológico, requer extrema atenção.

81 Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

Em meio às trágicas notícias de perdas humanas em decorrência da pandemia (covid-19), tem-se ainda o aumento da orfandade no grupo de deficientes intelectuais devido à morte de pessoas em idade avançada as quais, com a saúde fraca, após internação hospitalar foram vítimas letais do vírus.

Inclui-se nesses casos a orfandade de deficientes intelectuais em idade adulta os quais eram cuidados, exclusivamente, por seus pais e mães idosos.

Diante desse cenário, é preciso dar atenção à deficiência intelectual em sua extrema vulnerabilidade, principalmente porque os portadores precisam do olhar humanizado da sociedade e das instituições quando sofrem perdas afetivas essenciais à sua identidade.

Este artigo abordará a importância do manejo pós-traumático nos casos em que a pessoa com deficiência intelectual, afetada pelo luto parental, encontrar-se em situação de risco presumido.

Há a obrigatoriedade de que seja respeitada a verdade e a memória da história de vida pessoal, sem embargo da defasagem cognitiva da pessoa enlutada, bem como a necessidade de que seja garantida a sua incolumidade emocional e suas liberdades individuais, por meio do adequado acolhimento e da correta fiscalização da curatela.

Em uma situação de calamidade, diante de muitas restrições motivadas pelo receio do prejuízo à saúde e à vida de todos pelo contágio social, os indivíduos dependentes e sem autodeterminação podem, eventualmente, ser vítimas de abuso por parte de pessoas preconceituosas.

Em caso de institucionalização do deficiente intelectual, após a morte de seus pais (ou cuidadores diretos), em virtude de não subsistirem laços familiares significativos é preciso analisar as perdas materiais e imateriais com a finalidade de preservar sua dignidade, mínimo existencial e os direitos humanos mais sutis, como aspectos da personalidade e suas liberdades.

Também deve ser ressaltada a necessidade de aprimorar a eficiência das instituições públicas, privadas e jurídicas, através de equipes especializadas capazes de agir, dentro de um prazo razoável e com total independência, de forma a evitar que as pessoas com deficiência intelectual sejam lesadas em seus direitos, o que apenas atenua a dor do luto parental e viabiliza a construção de novos significados para sua existência. Algo que se

mostra imprescindível para a eficácia dos direitos humanos fundamentais em tais circunstâncias.

O artigo segue o método descritivo de pesquisa ao considerar a bibliografia referente ao tema. Está dividido em duas partes ou capítulos principais: o primeiro destinado a retratar o reconhecimento do luto sob o ponto de vista da Psicologia e sua relação com o humanismo; e o segundo visa abordar o sistema de capacidades e sua interface com os direitos fundamentais.

1. O LUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL COMO EXPRESSÃO DA SUA IGUALDADE

A questão da vida e da morte ocupa permanentemente a História, pela qual há uma busca contínua pelo significado último da existência, que se expressa na produção artística, científica, religiosa ou filosófica.

A tragédia grega de Sófocles, *Antígona*, é considerada como marco teórico do direito natural por representar a superioridade das leis divinas em relação às leis dos homens.

A personagem de uma jovem mulher se rebela contra a tirania de um rei que proíbe a realização de honrarias em despedida pela morte de seu irmão, porque este, em vida, havia sido insubordinado ao reino.

A peça teatral encena o momento em que a irmã é condenada à morte pelo rei de Tebas por ter desobedecido o decreto que determinava que o corpo de Polínice (seu irmão) deveria perecer insepulto.

Antígona realizou os rituais sagrados do sepultamento do irmão em respeito às leis divinas, uma vez que as considerava superiores e eternas em relação às ordens emanadas da vontade do rei Creonte.

Abaixo, trecho de seu discurso no momento de sua pena de morte (MELLO, 2021, p. 21):

Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos

deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. Eu sei que vou morrer, não vou? Mesmo sem teu decreto. E se morrer antes do tempo, aceito isso como uma vantagem. Quando se vive como eu, em meio a tantas adversidades, a morte prematura é um grande prêmio. Morrer mais cedo não é uma amargura, amargura seria deixar abandonado o corpo de um irmão. E disseses que ajo como uma louca eu te respondo que só sou louca na razão de um louco.

Portanto, além de ser um marco textual da resistência do indivíduo contra o abuso estatal, e da prevalência do direito natural sobre o direito objetivo, a história acima ressalta a relevância do luto como valor universal.

Viver a perda de alguém querido e o término da ligação com situações as quais preenchiam a vida de sentido e proporcionavam senso de identidade deixa feridas na biografia de qualquer pessoa.

O homem é um ser biográfico e, a cada instante, uma experiência nova contribui para o significado do seu existir.

A análise do ser do homem deve estar alinhada ao seu modo de dar-se, ou seja, o homem é caracterizado por se encontrar diante de um complexo de possibilidades e o seu ser deve referir-se a sua possibilidade mais autêntica e originária. Isto significa dizer que a compreensão deve se dar na esfera da *possibilidade (poder-ser)*. O poder ser é o próprio sentido do conceito de existência. O homem não é um ente! Ele só é enquanto *poder ser*. O caráter mais específico do homem é o seu *ser enquanto acontecer*, como condição de possibilidade. (MELLO, 2021, p.141).

Embora o luto seja experienciado indistintamente por todos, não é algo banal. A perda do objeto de amor é psicologicamente devastadora e pode causar distúrbios fisiológicos.

Diante do quadro de luto, é necessário ajudar o enlutado a reorientar suas emoções, a partir da aceitação da perda e do diálogo entre seu desejo de reencontro e a realidade que reflete essa impossibilidade. Sendo um processo psíquico, aí reside o trabalho do luto o qual, em condições normais, não requer intervenções externas ou medicamentosas para ser processado (FRANCO, 2021, p. 49).

Existem eventos na vida que decorrem de mudanças inesperadas e, por isso, exigem maior resposta adaptativa por parte dos envolvidos. É possível se referir a esses eventos como transições psicossociais e identificá-los sob três critérios: revisão de conceitos pessoais; implicações duradouras ou definitivas; não haver tempo hábil para antecipar-se ao evento.

Dessa forma, no caso do enfrentamento da morte de um elo importante, surgem três demandas de cuidado: suporte emocional; proteção durante o período de desamparo; e assistência para a geração de novos modelos de mundo apropriados à nova circunstância.

Duas qualidades são destacadas como pilares na avaliação sobre determinado indivíduo enlutado, são elas o grau de impotência e resiliência, e é certo que haverá uma gradação proporcional e consecutiva destas características ao longo da vida, como uma espécie de autorregulação.

No caso do deficiente intelectual é possível observar que, apesar da sua vulnerabilidade (o que aumenta sua impotência diante das mudanças), também carrega consigo um grau de adaptação acentuado, e sua resiliência poderia resultar, justamente, de sua pureza diante do mundo. Neste sentido, o deficiente intelectual possui natural vocação para exprimir o amor *fati* (sentimento de harmonia e aceitação incondicional em relação à vida).

Apoiado nesse prisma, “[...] o luto é um processo de construção de significados em decorrência do rompimento de um vínculo” (FRANCO, 2021, p. 102), motivo pelo qual é preciso reconhecê-lo como parte da biografia de toda pessoa e requerer, em certos casos, o cuidado com o enlutado. Além disso, luto também é um fenômeno complexo o qual se manifesta em cinco dimensões: cognitiva (desorientação), emocional (medo), física (choro), espiritual (fê), e social/cultural (isolamento/pertencimento), segundo Franco (2021, p. 60). Nesse sentido, o luto tem como tarefas aceitar a realidade da perda; elaborar a dor pela ausência da pessoa amada; ajustar-se ao mundo sem a presença de tal pessoa, e encontrar conexão com a referida pessoa de forma inovadora e simbólica, a fim de dar reinício à vida.

A continuidade do vínculo após a morte tem caráter de reverência à memória da pessoa querida e ao amor que sobrevive no interior do enlutado, quem cultiva sempre as boas lembranças como forma de não perder parte essencial de si mesmo. O risco de renunciar à própria história de

vida poderá pôr em xeque a saúde do enlutado, além de gerar sensações de vazio existencial e perda de identidade e sentido na vida.

Dáí porque o luto não reconhecido resultante da quebra de empatia entre os indivíduos, quando o vínculo não é validado ou o enlutado não é entendido como tal, pode impactar diretamente o grau de vulnerabilidade, por não haver apropriação da experiência e investida contra o não reconhecimento. Franco (2021, p. 88) coloca que “Dessa forma, o próprio enlutado não valida seu luto, por não se perceber merecedor dessa consideração — alimentando, com isso, as percepções alheias a si mesmo e um círculo vicioso.” de repressão das emoções.

Por preconceito ou falta de informação geral, é muito provável que a pessoa com deficiência intelectual não seja respeitada em sua condição de enlutada e, assim, não tenha seu luto reconhecido por quem passou a ser seu responsável direto, tal como ocorre com as crianças. Nesse sentido, Franco (2021, p. 91) expõe:

O enlutado, coadjuvante nesse cenário, repercute e perpetua o não reconhecimento, buscando se integrar ao que lhe parece o formato mais ajustado para viver aquela experiência. O que ele não sabe, porém, é que esse ajustamento o deforma mais do que o ajusta, complicando seu autoconhecimento e restringindo suas possibilidades de enfrentamento.

O luto não reconhecido é fruto de um padrão cultural em que os relacionamentos se perdem por entre os dedos, sem tempo ou interesse para avaliar as causas da dor, ou para fortalecer ou dar significado aos vínculos que são, rapidamente, feitos e desfeitos.

O individualismo impede a empatia e permite o pré-julgamento a partir de uma posição pessoal – também suscetível ao peso da cultura –, fazendo que crianças, idosos, parceiros homossexuais, bebês não nascidos, animais de estimação, profissionais de saúde, amigos virtuais, socorristas e religiosos encontrem-se em uma categoria não integrada à legitimidade de um vínculo. (Franco, 2021, p. 91).

Se a procura por segurança é a principal justificativa para a formação de vínculos, não há como negar a intensidade do apego naturalmente de-

envolvido por um filho para com os pais, por isso, a morte se apresenta como uma ferida narcísica de contornos quase intransponíveis.

Nessa perspectiva de entendimento sobre o que é um luto, a ideia de superá-lo não se mostra saudável, pois ele não é um obstáculo na vida da pessoa, e sim uma experiência de tal grandeza que se pode ser considerada um processo até mesmo de crescimento pessoal, pela revisão de crenças e expectativas, além do autoconhecimento que se impõe naturalmente. Um luto requer elaboração, confronto com a realidade da perda, construir uma vida diferente da anterior, mas ainda assim integrando à sua narrativa. (FRANCO, 2021, p. 123).

Assim, os especialistas destacam fatores de risco para o desenvolvimento do luto complicado do qual podem resultar transtornos psiquiátricos incapacitantes e agravos psicossomáticos, o que ressalta a necessidade de ampla atenção ao estado e condição emocional do enlutado em situação de vulnerabilidade, e gera recomendação, nestes casos, de intervenção terapêutica para reconstrução de significados.

Fatores de riscocomo a impossibilidade de se despedir (no caso de mortes inesperadas), severa restrição aos rituais fúnebres, o não reconhecimento do luto, fragilidade natural do enlutado, tipo de apego ansioso antes do falecimento, o desrespeito às tradições culturais, e a impossibilidade de se autodeterminar ou elaborar o luto através de recursos internos adaptativos são indicativos de intervenção clínica para o luto complicado.

O estilo de apego inseguro ansioso faz que a pessoa recorra a estratégias de hiperativação, como intensas tentativas para obter apoio e amor, a par com falta de confiança nos resultados esperados e com raiva e desespero quando não os obtém. (FRANCO, 2021, p. 121).

Vale destacar que a relação entre o adulto com deficiência intelectual e seus cuidadores diretos costuma ser de intensa dependência, com demandas constantes de atenção e assistência baseadas em alto amor. Quando o vínculo significativo rompido é de origem materna ou paterna, a experiência do luto é ainda mais dolorosa: “Sendo sensível às famílias que

vivem com seus filhos em situação de vulnerabilidade, a psicanálise teve de refazer o conceito de trauma, colocando-o no âmbito do risco socioambiental.” (FRANCO, 2021, p. 62).

Porém, como uma perda inevitável e natural, a morte de um ente querido deve ser tratada com verdade, mesmo em casos de luto infantil ou em situações em que o enlutado tem dificuldade de expressar seus sentimentos. “Se o enlutado não acreditar que a perda é real, não poderá lidar com os afetos dela decorrentes.” (FRANCO, 2021, p. 64).

A transformação do mundo presumido ocorre quando há um abismo entre o mundo tal qual ele deveria ser e a realidade frustrante como consequência da ausência do cuidador e/ou do elo amoroso fundamental (o medo do desconhecido). Tal situação deve ser atribuída, principalmente, no caso de adultos com deficiência intelectual, pois são contabilizadas as outras perdas associadas à morte do ente querido, as perdas relacionadas a situações anteriormente conhecidas como: o ambiente doméstico, a infraestrutura material, a autoestima, a autoconfiança, a segurança pessoal e emocional, o núcleo familiar, a privacidade, o apoio emocional e instrumental, as amizades, e o vínculo afetivo e amoroso, vital para seu desenvolvimento. Dessa forma, segundo Franco (2021, p. 121):

Retomar as atividades do cotidiano não significa voltar à mesma condição anterior à perda. A vida não é a mesma quando se vive um luto. O mundo presumido se transforma, os significados não fazem sentido como antes e uma reconstrução de identidade e de vida se impõe. Entendo, portanto, que este seja um ponto nodal na compreensão de um luto complicado quando se trabalha com a pessoa enlutada: a revisão de um mundo presumido depois de viver uma perda, o conhecido não mais norteando suas decisões e inserções. Sua referência de enfrentamento está em voltar a viver a vida que tinha, A ação terapêutica lhe oferece a possibilidade de viver de outra maneira, talvez até então não vislumbrada, desde que elabore a perda e se encoraje a viver o novo.

As relações humanas possuem raízes tão profundas que a morte física é incapaz de desfazer. Esta compreensão previne contra a banalização do luto ao não desprezar o aspecto sagrado da vida e da morte.

A perda abrupta do arrimo pode lançar o enlutado com deficiência intelectual para uma grave depressão, portanto, dentro da sua peculiar capacidade de entendimento sobre o que é a morte, é fundamental ajudá-lo na construção de novos significados. Diante disso, a rede de apoio por meio da valorização e preservação dos laços socioafetivos e comunitários, a cultura, a religião e a espiritualidade é um importante mediador no enfrentamento do luto e deve ser utilizada como ferramenta na abordagem e prevenção ao luto complicado.

A espiritualidade consiste no cultivo do mistério da vida e da morte, é baseada em sentimentos exclusivos do ser humano sobre o que é a fé e na autêntica curiosidade a respeito do divino, o que, quando cultivada, pode aliviar o sofrimento. O respeito às diferentes tradições culturais, sociais e religiosas é um importante fator protetivo por representar o necessário senso de pertencimento e possibilitar a realização de cerimônias em memória à honra dos mortos. “Entendo cultura como uma construção social, que inclui linguagem, crenças, práticas, padrões sociais, história e identidade, seria mesmo ingênuo pensar que existe uniformidade nos significados atribuídos à morte e à experiência do luto.” (FRANCO, 2021, p. 106).

Os rituais são criações humanas para que as pessoas possam vivenciar o mito, compreendido como histórias carregadas de significado e arquétipos, comumente utilizado em sistemas religiosos. Extremamente significativos, os rituais proporcionam a incorporação de símbolos, metáforas e ações. Auxiliam na compreensão sobre o mundo e sobre si, além de conciliar o belo e o sublime à inteligência dos homens, o que agrega no processo de elaboração do luto por meio da sofisticação dos sentimentos.

A natureza particular da narrativa de cada um torna a experiência do luto algo singular, de modo que a tendência de padronização reducionista ignora a diversidade cultural a qual serve de fonte de conhecimento destinada a apaziguar o sofrimento de qualquer pessoa que atravesse o processo de luto por um ente amado.

2. DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS INALIENÁVEIS E O CARÁTER INSTRUMENTAL DA CURATELA

Nessa ordem de razões, ao considerar a dependência que o deficiente intelectual possui de quem possa responder por ele e seus bens em condi-

ções de discernimento íntegro para lhe conduzir nas tomadas de decisões e nas atividades da vida diária, é que sobressai o caráter instrumental da curatela.

Como é observado da orientação de especialistas, a condição do deficiente intelectual órfão, por si só, configura questão de alta vulnerabilidade, mormente se sua situação é resultado de calamidade. Por isso, é indicado o apoio terapêutico por medida de proteção e segurança, mais ainda quando constatado em avaliação psicológica ou estudo social o não reconhecimento do luto, quando então passa a constituir direito.

Tal descaso pode ocorrer por preconceito ou qualquer outro motivo fútil, por isso é tão relevante a premissa segundo a qual o deficiente intelectual é sujeito digno de isonomia. Como exposto na Constituição Federal (BRASIL, 1988):

TÍTULO II DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO I DO DIREITO À VIDA

Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.

Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada. Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.

Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

É importante notar que a Lei de Inclusão, ao fazer referência a casos de institucionalização, confere preferência à preservação do vínculo socioafetivo favorável ao deficiente, inclusive para fins de nomear o curador.

LIVRO II PARTE ESPECIAL TÍTULO I DO ACESSO À
JUSTIÇA CAPÍTULO II DO RECONHECIMENTO IGUAL
PERANTE A LEI

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. (BRASIL, 1988)

Esta previsão legal permite a constatação de que o deficiente intelectual também merece proteção ao núcleo duro de sua individualidade, o que deve resistir a um ambiente meramente institucional onde prevalece a padronização.

Isso porque a relação entre curador e curatelado deve ser a mais colaborativa e harmoniosa possível, e não uma relação de comando, o que é mais comum em instituições de longa residência onde prevalece o relacionamento hierárquico, pautado na mera obediência.

Nesse caminho, alguns dos atributos esperados de um curador são: bom senso; intuito de cuidado; honestidade; criatividade; solidariedade; altruísmo; autocrítica; respeito à privacidade do interdito; capacidade de descentralização; hábitos saudáveis; tolerância; afetuosidade; escuta ativa; incentivador da aprendizagem e funcionalidades do interdito; discernimento dos espaços psíquicos; conseguir valorizar conquistas parciais de autonomia e escolhas próprias do interdito.

No contexto do presente artigo, sem negar a importância da manutenção do mínimo existencial relativo à preservação dos recursos básicos para a subsistência — ter o que comer, o que vestir, onde morar, fazer sua higiene ou dormir — busca-se conscientizar a todos de que o deficiente intelectual é merecedor de direitos ainda mais sofisticados, tais como: a garantia do respeito à livre expressão da sua personalidade; à liberdade de ir e vir; à realização de atividades terapêuticas para reabilitação; bem como à proteção dos laços socioafetivos para a manutenção de um estilo de vida mais próximo do natural, fora do âmbito de internação, ou, como eufemisticamente se utiliza hoje, de hospedagem; e **à manutenção do**

convívio comunitário, cultural, educacional, religioso ou de lazer. Além da necessária atenção voltada para a elaboração de seu luto e o respeito à memória do ente querido que foi extremamente importante na sua trajetória de vida.

Portanto, a nomeação de um curador na ocasião em que o deficiente intelectual se encontrar órfão requer cuidado contra abusos de ordem emocional e patrimonial, como previsto no Estatuto de Proteção. Dessa forma, o instituto da curatela é meio instrumental para a preservação dos direitos humanos inalienáveis e de acesso aos direitos fundamentais por parte do deficiente intelectual interditado. Sobre essa questão, Sarlet (2018, p. 38) discorre:

[...] o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que essa fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

Sendo assim, a eficácia dos direitos fundamentais dependerá de uma atuação correta dos órgãos judiciários e peritos envolvidos no processo de nomeação de curador e estudo social. Sarlet (2018, p. 396) ainda afirma que:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de

que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos [...] mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade [...]

Além disso, passar a denotar o instituto da curatela sob critério valorativo constitucional pode vir a proporcionar maior proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que vincularia, inclusive, estabelecimentos privados de caráter comercial os quais sirvam de moradia para pessoas em situação de curatela.

Cabe registrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) regula, internamente, as normas estabelecidas na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as quais foram internalizadas no ordenamento jurídico pátrio com *status* de emenda constitucional em virtude de seu conteúdo de defesa aos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O manejo psicológico adequado das pessoas com deficiência intelectual enlutadas é de suma importância para a integral proteção de sua saúde emocional e demais direitos humanos possivelmente afetados em situação de perda de vínculos significativos. É sabido que em decorrência da pandemia do covid-19, a qual assolou todo o planeta, essa minoria que já fazia parte de um grupo vulnerável da sociedade ficou ainda mais fragilizada pois, em muitos casos, seus pais (ou cuidadores diretos) foram vítimas do vírus e vieram a falecer (principalmente os idosos, por se tratar naturalmente de grupo de risco), o que os colocou em situação de desamparo.

As instituições de longa permanência nem sempre estão preparadas para este tipo de situação e, muitas vezes, as instituições particulares com viés comercial preponderante não observam as necessidades de desenvolvimento específicas para as pessoas com deficiência intelectual, menos ainda com relação à intervenção especializada em casos de luto complicado.

Muitas vezes, sem o olhar da inclusão social ou respeito à individualidade e potencialidades do sujeito, a política atitudinal dos substitutos familiares pode ser inapropriada caso não haja um respaldo familiar para o acolhimento digno do adulto com déficit cognitivo. Tal situação atrai a relevância da escuta terapêutica e do devido acompanhamento por estudo social, de avaliação psicológica voltada para a investigação sobre a vida pessoal do interdito, além do fortalecimento dos vínculos comunitários e socioafetivos, cuja observância é obrigatória para os estabelecimentos de longa residência os quais venham a assumir responsabilidade afim de proporcionar amplo respeito à biografia do enlutado.

Pelo exposto, considera-se de extrema necessidade que as equipes multidisciplinares e profissionais da área da saúde e assistência social atuem com plena isenção e independência, para que não se omitam em hipóteses de suspeita de mercantilização das curatelas, mormente nos casos em que a pessoa com deficiência intelectual seja herdeira de patrimônio. Da mesma forma, é necessária a criação e/ou fortalecimento de mecanismos dirigidos para fiscalização e controle social contra violações de direitos da pessoa com deficiência, assegurados em Estatuto, a fim de coibir abusos de ordem financeira e existencial.

Ademais, é imprescindível a defesa das liberdades individuais, mesmo em tempos de pandemia, acima de qualquer condição, tais quais a expressão de vontades, livre locomoção, lazer, estilo de vida, espiritualidade, laços comunitários, comunicabilidade, e desenvolvimento cognitivo, cultural e espiritual, todos considerados fatores essenciais de recuperação e restabelecimento dos significados da vida após o luto.

Nesse sentido, as instituições jurídicas devem estar preparadas para lidar com casos concretos peculiares dentro das ações de interdição as quais, porventura, possam sair da zona de conforto gerada pelo caráter estático da lei processual, com a finalidade de salvaguardar a devida instrumentalização da curatela como garantia de acesso e eficácia dos direitos fundamentais em formato de casos atípicos, mas ainda assim reais.

REFERÊNCIAS

ASSUNCAO, Maria Clara Chaves. **A Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada como garantias civis constitucionais.** In: Arthur

Bezerra de Souza Junior, Lucas Manoel da Silva Cabral, Mauricio Pires Guedes e Robert Segal (org.). **Perspectivas dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

FRANCO, Maria Helena Pereira. **O Luto no Século 21: uma compreensão abrangente do fenômeno**. São Paulo: Summus, 2021.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direitos Humanos: da construção histórica aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

AO SABOR DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA AO BOJO DA ÓPTICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA ÉTICA MÉDICA

*Nathália Dos Santos Pires*⁸²

*Fabiana Barcelos da Silva Cardoso*⁸³

INTRODUÇÃO

Busca-se trazer à baila questões discernentes à violência obstétrica vivenciada por muitas mulheres. Devido à imprudência, negligência e/ou imperícia de profissionais em um momento importante como o parto, a experiência que em regra deveria ser agradável se torna traumatizante. A gestante espera um tratamento profissional e ético, mas não é o que recebe atualmente. Na maioria das vezes, há um perceptível descaso do profissional da saúde para com a situação da paciente, além de uma desumanização nos procedimentos realizados e o modo de tratamento da mulher. Em consequência disso, indagou-se neste trabalho a necessidade cabal da dignidade da pessoa humana nas relações entre médico e paciente.

82 Pós-graduanda em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário pela Faculdade IBRA de Tecnologia. Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2021).

83 Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2013); Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Santiago.

As violências sofridas levam à perda da autonomia sexual e de seus corpos, tendo em vista que muitas técnicas médicas as quais serão abordadas no decorrer do artigo são aplicadas sem o consentimento das parturientes, e ficam ao arbítrio das decisões do médico, enfermeiros ou responsável da saúde a atendê-la.

Nesse sentido, objetiva-se esclarecer a temática sob o viés dos direitos humanos e exemplificar as situações as quais suprimem o bem-estar da parturiente, de forma a suscitar o seguinte questionamento: Nas relações entre médico e paciente, é possível concluir que há uma violação dos direitos humanos e da mulher, fundamentada pela ótica de que estas estão à mercê dos profissionais da saúde?

A violência obstétrica é um tema deveras relevante, tendo em vista que muitas mulheres sofrem inúmeras intempéries ao necessitarem do auxílio dos profissionais da saúde no pré-natal, parto ou puerpério. A agressão se manifesta desde palavras cruéis professadas nessas situações, até brutalidades em procedimentos realizados desnecessariamente.

Ademais, geralmente as mulheres não têm consciência de que seus direitos foram deturpados e acabam sendo agredidas sem expectativa de buscar algum amparo, pois o desconhecem, e os infratores permanecem impunes. Além disso, as parturientes, ao terem o discernimento sobre a violência e buscarem o resguardo legal, se deparam com a ausência de lei específica para seu caso concreto, e apesar de poderem ingressar com a ação e a utilização de outros fundamentos, são prejudicadas.

Diante disso, acredita-se que o fomento da discussão sobre o tema é muito importante, primeiro porque traz o entendimento às pessoas sobre a verdade nua e crua a respeito da violência obstétrica; segundo porque acarreta o debate sobre a matéria que, aos olhos de vários, é desconhecida, principalmente para as próprias mulheres vítimas de tais violências.

Ademais, ao analisar as jurisprudências, é possível perceber que na maioria dos casos, ao sofrer uma agressão e recorrer à justiça, a mulher tem seu pedido declarado improcedente, mesmo com altos indícios da ocorrência da violência obstétrica; logo, nota-se a insensibilidade do Poder Judiciário, e até mesmo uma falta de interesse, em saber qual a real verdade sobre os casos.

Somado a isso, ao analisar a conjuntura supramencionada, não é possível omitir a situação jurídica atual do país em relação à violência obstétrica, isto é, o Brasil não possui legislação federal específica sobre o as-

sunto, e conta apenas com preceitos constitucionais vagos e leis estaduais a respeito do tema. Por consequência, tal situação pode ser denominada como uma lacuna no ordenamento.

Têm-se como a razão íntima da escolha do presente tema as questões interligadas a motivos de caráter pessoal, jurídico e humano, tendo que ao presenciar relatos onde há agressão à autonomia física, psicológica e sexual da mulher por pessoas próximas à família, a indignação se torna presente e, junto a ela, o desejo de ocasionar mudanças.

Em síntese, o objetivo geral deste artigo é estudar a violência obstétrica enfrentada pelas mulheres quando necessitam dos serviços de saúde nos momentos de pré-natal, de parto ou de puerpério, e como este enfrentamento se dá nas relações entre a parturiente e os profissionais da saúde.

Já como objetivos específicos, logra-se estudar os aspectos relevantes da ética médica e exemplificar as situações as quais suprimem o bem-estar da parturiente, bem como relacionar tais temas com a violência obstétrica e os direitos fundamentais.

1. DAS RAÍZES DA VIOLÊNCIA

O dever do cidadão é lutar pela qualidade de vida do sexo feminino, dia após dia, e estabelecer que o utópico se torne realidade para que haja a devida igualdade entre homens e mulheres. O termo “utópico” é utilizado porque a concretude desse objetivo está longe de se perfectibilizar.

Ao falar de corpo humano, violência e direitos da mulher, o véu que se estende sob o ventre do Direito e das lutas sociais é coberto de sangue. Como se isso não bastasse, a guerra não acabou, pois ainda hoje a mulher é violentada dentro de sua própria casa, nas salas de parto, nas ruas e em diversas outras situações simplesmente pelo fato de ser mulher.

Diante disso, por saber de todo esse quadro de violências das quais as mulheres ainda sofrem, são necessários determinados filtros a fim de inserir a questão da violência obstétrica na discussão social e, dessa maneira, introduzir questões importantes que giram em torno do assunto de maneira específica e concisa.

Assim sendo, com o propósito inicial de compreender as origens da violência obstétrica, a seguir será feita uma passagem histórica sobre a ética médica.

1.1. A CULTURA DO ENDEUSAMENTO: UM PARALELO EM TORNO DA EVOLUÇÃO DA ÉTICA MÉDICA

Os caminhos trilhados foram longos até o surgimento de uma real punição para as desídias da classe médica. Inevitavelmente, esta mora está intimamente ligada à contribuição de um processo o qual envolve o contexto histórico, social e até mesmo psicológico da sociedade.

Justamente, a maior consequência para a tardia elaboração de normas e códigos de ética médica mais rígidos foi a construção de um costume social pautado na figura “eudesada” do médico, o que torna ainda mais complicada sua relação com o paciente. Sendo assim, é necessário realizar um breve paralelo histórico, desde os primeiros contatos com a medicina até a ética médica atual, para fundamentar as premissas ora comentadas e expor as “raízes” do problema.

A noção de saúde e doença para as sociedades tribais e povos indígenas eram associadas a fenômenos naturais e sucessivamente aliada à vontade dos deuses que a cultuavam. Logo, para cura de doenças, eram realizados rituais mágicos, práticas de feitiçaria e oferendas (PIRES, 1988).

Do mesmo modo, os responsáveis por essas práticas eram os pajés ou feiticeros, os quais identificavam as doenças e faziam as poções e os rituais, assim, acreditava-se que eles afugentavam os maus espíritos e proporcionavam a cura, por isso eram tidos como figuras divinas e sagradas para tribo (PIRES, 1988).

A partir dessa análise, é possível concluir que os pajés foram os primeiros médicos/profissionais da saúde a atuar no Brasil. Outra característica importante é que eles não eram acessíveis à tribo, isto é, a profissão era misteriosa e restrita, os pajés não se misturavam com os demais; gozavam de muito poder e respeitabilidade, portanto os que lhes caíam em desagrado eram amaldiçoados e, por vezes, condenados à morte (PIRES, 1988).

Em síntese, o pajé aparece com certo *status* graças à fé do povo no poder de cura ligada à crença na sua figura espiritual dotada de todos os saberes, o que posicionava o pajé como o único a ter conhecimentos na área da saúde. Dessa forma, como a pessoa que curava adquiriu essa figura mística e sagrada, hoje tal figura é atribuída ao médico devido à sua função e responsabilidade.

Além disso, é possível expandir essa comparação ao distanciamento social entre o pajé e a comunidade, supramencionado. Tendo em voga que o médico é parte individual na relação médico-paciente, é inimaginável encontrar benefícios nesse tipo de comportamento, pois nessa espécie de relação não há como haver reserva por parte do profissional, embora seja nítido que, cada vez mais, há uma segregação nesse contato.

No mesmo sentir surge o termo “endeusamento médico”, devido ao passado que o favorece, à debilidade do paciente e ao sistema que o beneficia. A partir das informações acima, ao coletar tais comportamentos e compará-los com a sociedade do século XXI, é perceptível que determinados pontos foram herdados e inseridos na identidade da sociedade atual, o que oportunizou uma hierarquia das profissões e garantiu benefícios à classe médica em relação à sociedade, os quais poucos querem ver, mas muitos conhecem.

Em suma, superada a forma como a medicina se desenvolveu nas sociedades tribais primitivas, de modo geral uma das primeiras impressões da ética médica para encaminhar o desmembramento entre medicina e religião aconteceu na Mesopotâmia, assim, houve o processo de laicização da ética médica, com o denominado Código de Hamurabi, no século XV a.C.

Tal código, muito conhecido e comentado, se enquadra como um início do rompimento da lei com a religião, pois traz a ideia de punição à prática médica quando ela for praticada de maneira incorreta, de forma a ser utilizado o critério da reciprocidade como forma de julgamento (MONTE, 2009).

Postura semelhante, no sentido de forma de aplicação de modelo de justiça baseada no critério da reciprocidade, foi seguida pelos médicos egípcios da Antiguidade e pelos hebreus. No caso dos últimos, a percepção do enquadramento desse tipo de ética é absorvida através dos textos bíblicos onde há trechos semelhantes aos do Código de Hamurabi, como por exemplo a utilização de expressões “olho por olho, dente por dente; queimadura por queimadura.” (MONTE, 2009).

Já no período Pré-Socrático, conhecido como uma época aliada aos costumes, o médico deveria ser uma “boa pessoa”, e sua figura era muito ligada à moral antes mesmo de agir como um profissional competente, tendo em vista que era um tempo caracterizado por tais questões (FRANÇA, 2020).

Nessa emergência dos filósofos gregos, surgiu o Período Helenístico (séculos III e II a.C.). Em especial, nessa época nasceu Hipócrates (460-370 a.C.), o qual separou a doença da ideia de castigo divino e passou a associá-la a uma causa natural, isto é, o filósofo iniciou o rompimento com a medicina religiosa para dar início a uma medicina clínica (FRANÇA, 2020). Foi nesse período em que o filósofo produziu o mais antigo código de ética médica, conhecido como o Juramento Hipocrático. É perceptível nesse documento uma carga elevada de deveres do médico, do qual serão extraídos alguns pontos principais de importante conteúdo.

Já no período da Era Monástica houve um grande retrocesso. Por volta do século VI, com a destruição de Alexandria, surgiu a Idade Média e, com ela, adveio o Monasticismo criado por São Bento. Esta época é caracterizada pela medicina praticada ao lado dos conventos e desempenhada por barbeiros cirurgiões (GOTTSHALL, 2007). Os avanços durante essa época foram poucos; em comento, a ética médica era voltada à beneficência do paciente, no entanto, se ele praticasse condutas as quais afrontassem os princípios cristãos e bíblicos, a ética poderia simplesmente ser dispensada.

Dessa maneira, além de não haver metade das dignidades necessárias a um ser humano em hospitais, tendo em vista que estes eram imundos, o critério de respeito ao princípio da beneficência estaria condicionado ao de respeitar condutas religiosas, o que explica por que esse período da humanidade ficou conhecido como “Idade das Trevas”.

Ao ser instituída a Escola de Salerno, a partir da sua evolução a Europa evoluía também, e no século XVII abriram-se as universidades, as quais ensinavam Teologia, Direito e Medicina. São Tomaz de Aquino foi responsável por grande parte dessas mudanças, equilibrando a doutrina religiosa aos novos tempos (MONTE, 2009).

No século XVIII, na Europa, surgiu a medicina como profissão regulamentada. Logo seus requisitos acadêmicos fundamentais foram implementados e começou a existir a ideia de punição, onde os abusos e erros médicos eram condenados por tribunais eclesiásticos ou pela justiça comum, baseados em critérios religiosos ou em códigos penais para médicos (GOTTSCALL, 2007).

Então, no ano de 1803, Thomas Percival criou e publicou em seu livro, obra fundamental da Deontologia Médica, o primeiro Código de

Ética Médica, onde regulamentou as relações entre médico e paciente e utilizou, pela primeira vez, a expressão “ética médica” (GOTTSCHALL, 2007).

Quase no final do século XX, em 1951, criou-se o Conselho Federal de Medicina (CFM). Basicamente foi instituído a fim de realizar o registro do profissional de medicina e aplicar as sanções do Código de Ética Médica, mas no decorrer dos tempos se tornou um órgão amplo e de grande importância (CFM, 2010).

Atualmente, o CFM é responsável pela fiscalização e normatização do exercício da medicina e funciona como operador da norma constitucional, visto que é responsável pela defesa da prática médica correta, do exercício profissional ético e da formação técnica padrão/humanista.

Nesse mesmo sentido, cabe mencionar as normas mais relevantes ao versar sobre ética médica e as instauradas pelo CFM, em comento: a Lei n.º 12.842, a qual dispõe sobre o exercício da Medicina; a Lei n.º 3.268/1957, a qual dispõe sobre o Conselho de Medicina e dá outras providências; a Resolução da CFM n.º 2.145/2016, a qual aprova o Código de Processo Ético-Profissional (CPEP) no âmbito do Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselhos Regionais de Medicina (CRMs); e a Resolução CFM n.º 2.217/2018, a qual aprova o Código de Ética Médica, dentre outras.

Após o paralelo histórico, é possível obter algumas conclusões as quais justificam o motivo de ações impunes e das jurisprudências, em sua grande maioria, se apresentarem a favor da classe médica. Tais fundamentações são baseadas no fato do médico ser “endeusado”. A primeira delas acontece pelo fato de a sociedade aliar, no decorrer dos tempos, essa cultura do médico à cura e obra divina. Não muito diferente dessa ideia, o Cristianismo, dominante no Brasil até hoje, deu vários privilégios sociais e econômicos à classe médica, o que trouxe, além da superioridade moral, a econômica.

Como última análise, observase o privilégio intelectual e físico sobre o paciente que busca auxílio médico, geralmente em situações de fragilidade, o qual desconhece procedimentos e técnicas a serem utilizadas em seu corpo. Logo, está à deriva das ações do médico em qualquer período da história e permanece vulnerável independente da existência de pajés, papas ou reis.

2. DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Hoje os direitos reprodutivos se estabelecem em: integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade (ZORZAM; CAVALCANTI, 2016). Tais direitos só foram conquistados após muita luta, mas até hoje são ameaçados, relativizados e precisam ser estendidos.

Entre esses movimentos é válido destacar: a conquista do artigo 3º da Convenção da Organização Internacional do Trabalho em 1919, o qual veda a exploração do trabalho da mulher grávida, e o Movimento Sufragista em favor do direito ao voto, o qual inclui o acesso à educação e a autonomia para regular a fecundidade (DORA, 1998).

Não é novidade que a mulher sempre foi inferiorizada perante a sociedade. Pobre e preta (geralmente) em uma sala de parto de um hospital público, é lógico pensar que ela não seria respeitada. Ora, a realidade é dura, mas está estampada no rosto da mulher e no corpo também, este, por sua vez marcado pelas cicatrizes das tomadas de decisão dos médicos e pelo modelo paternalista.

Desse modo, a preta continua sendo torturada na cama de hospital e nada é feito, porque ela é só mais uma preta e o médico salva vidas, porque é isso que ele sempre fez e porque é isso que ela sempre foi. Apenas se vê isso e somente isso.

2.1. DA ACEPÇÃO DO TERMO

Cabe, neste contexto, para melhor compreensão e para o próprio conhecimento do assunto, a introdução do conceito de violência obstétrica, disposto abaixo:

A expressão “violência obstétrica” (VO) é utilizada para descrever e agrupar diversas formas de violência (e danos) durante o cuidado obstétrico profissional. Inclui maus tratos físicos, psicológicos, e verbais, assim como procedimentos desnecessários e danosos – episiotomias, restrição ao leito no pré-parto, clister, tricotomia e ocitocina (quase) de rotina, ausência de acompanhante – dentre os quais destaca-se o excesso de cesarianas, crescente no Brasil há décadas, apesar de algumas iniciativas governamentais a respeito. (TESSER *et al.*, 2015, p. 2).

Em que pese tal definição, em outras palavras temos por violência obstétrica uma agressão contra a mulher, a qual se estende não só ao parto, mas também aos períodos de pré-parto e puerpério. Convém salientar, inclusive, que a prática de tal conduta pode ser intentada ao exercer ações, como a prática de procedimentos desnecessários, ou pode ocorrer pela falta delas, como as omissões dos profissionais da saúde ao serem invocados pela parturiente, por exemplo.

2.2. DAS SITUAÇÕES QUE SUPRIMEM O BEM-ESTAR DA PARTURIENTE

À medida que o profissional da saúde opta por determinados procedimentos pela paciente, ele afeta a vida dela de tal forma que tira a sua voz, o que exclui a possibilidade de a mulher escolher por um meio em vez de outro, e isso pode gerar amarguras e tragédias pessoais terríveis, além de o médico tomar o corpo da mulher como se fosse seu.

Cabe mencionar, nesse contexto, que o significado de mutilação genital feminina, também chamada de corte dos genitais femininos, trata-se de todos os procedimentos os quais removam parcial ou totalmente os órgãos genitais por motivos não médicos (OMS, 2009). A partir do momento em que o médico opta por procedimentos desnecessários, os quais são irrelevantes para o parto e violam a integridade física da paciente sem o seu consentimento, tais razões deixam de ser médicas e passam a ser ilegais, caracterizando a mutilação feminina.

Nesse contexto, seguem as principais intervenções utilizadas na prática obstétrica que coadunam com a mutilação feminina, em comento:

O uso de rotina da ocitocina, uma droga empregada para a aceleração dos partos nos hospitais, geralmente é empregada quando as mulheres são internadas precocemente para acelerar o trabalho de parto, a dor das contrações fica insuportável, podendo aumentar o risco de sofrimento fetal e de cesarianas. (ZORZAM; CAVALCANTI, 2016).

Em 25 de novembro de 2012, foi publicado o vídeo-documentário intitulado *Violência obstétrica — A voz das brasileiras*, no qual há depoimentos

de mulheres que sofreram violências físicas e psicológicas no momento do pré, pós e/ou no parto, além de relatos de procedimentos considerados desnecessários os quais lhe foram aplicados (ZORZAM *et al.*, 2012).

Ademais, no vídeo há relatos de pacientes que tiveram o direito ao acompanhante descumprido, de forma que, assim, sofreram violência obstétrica. Uma delas relata a experiência com a ocitocina e menciona que a dor é semelhante a alguém lhe rasgando por dentro. O uso desta substância poderia ser evitado se as mulheres fossem informadas por seus médicos de que é melhor serem internadas apenas se estiverem em trabalho de parto ativo, tendo em vista que a internação precoce gera inúmeras consequências negativas.

Outra técnica muito utilizada é a Episiotomia, ela é definida da seguinte forma:

A episiotomia é uma incisão cirúrgica realizada no períneo da mulher no momento da expulsão segundo período do parto. O termo episiotomia vem de *epision*, que significa região pubiana, e *tome*, de incisão. Pode ser feita com tesoura ou bisturi, possui modalidades diferentes: perineotomia, médio-lateral e lateral. A sua sutura é feita com fio cirúrgico absorvível pelo organismo e é chamada de episiorrafia. Toda a técnica é asséptica e feita com utilização de anestésico [...] Autores argentinos, colombianos, portugueses, americanos, ingleses, franceses, italianos, entre outros, colocam que a episiotomia é realizada de forma errada quando de rotina, uma vez que seu uso generalizado é desnecessário. [...] a episiotomia quando suturada, diminui o diâmetro do diafragma vulvo-vaginal, “apertando” a entrada da vagina. (BENTO; SANTOS, 2006, p. 553-554).

Mesmo com todos os argumentos contrários ao uso desse procedimento, 53,4% das mulheres que tiveram seus filhos por parto normal, no Brasil, passaram pela episiotomia. É desumano pensar que um profissional, quando pode optar por outra solução, opte por esta com a única justificativa de abreviar o nascimento (ZORZAM; CAVALCANTI, 2016).

Não se trata apenas procedimentos ou jogo de interesses, se trata da vida de uma pessoa, da autoestima de uma mulher. No vídeo documen-

tário já mencionado, os relatos são de sentimentos de impotência sexual, vergonha perante o próprio marido, dor ao urinar, coceira, incontinência urinária... Problemas físicos e psicológicos causados por uma escolha que não foi sua.

Do mesmo modo há a manobra de Kristeller, a qual se configura como uma pressão feita na parte superior do útero para acelerar a saída do bebê; e é utilizado o fórceps, que consiste em um instrumento semelhante a uma pinça que é encaixada na cabeça do bebê para forçar sua saída do útero (ZORZAM; CAVALCANTI, 2016).

Ambas as manobras, além de fazerem a mãe sofrer, colocam a vida do bebê em risco, violando a integridade de não apenas um corpo, mas dois, o que despreza e extrapola todos os limites da dignidade humana.

A mutilação de seus corpos não é suficiente, as crianças também morrem e muitas vezes as mães nem sabem o porquê ou como isso aconteceu, seus partos são apressados desnecessariamente para que o médico de plantão possa ir embora e apreciar uma praia a tempo, afinal a vida da parturiente e de seu bebê não valem nada.

As enfermeiras mandam as parturientes calarem a boca pois não merecem trabalhar com gritos, já que, afinal, a mulher não gritou na hora de fazer, não é mesmo? E se a paciente pedir ajuda ou alguém para segurar sua mão quando estiver sozinha na sala de parto, a profissional de saúde dirá: “melhor não, você pode quebrar a minha mão e eu preciso dela para trabalhar”.

Afinal, o marido da futura mãe não estará ao lado dela, pois os seus direitos não serão respeitados, suas escolhas não serão ouvidas, nem seus gritos, nem suas lágrimas. O seu desespero quando acordar e pedir para amamentar o seu filho vai ser refutado e ignorado porque o seu bebê pode estar morto.

Outra questão que vale a pena ser indagada ao fechamento deste capítulo é a grande lacuna na lei quando se trata de violência obstétrica, já que não há lei específica federal que trate essa questão no Brasil. Através disso, mais uma das formas de supressão do bem-estar da parturiente está caracterizada.

Atualmente, a legislação que resguarda a mulher vítima de violência obstétrica é basicamente uma lei genérica estadual, editada pelo estado de Santa Catarina (Lei 17.097, de 17 de janeiro de 2017), e princípios constitucionais vagos os quais versam sobre os direitos reprodutivos e da mulher.

Ademais, o judiciário é manipulado e a classe médica só é punida quando nada mais pode ser feito, ou seja, quando os erros grotescos são cometidos. Foi o que ocorreu na cidade de São Carlos na ocasião em que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) se viu obrigado a condenar, em segunda instância, a Santa Casa SP, o plano de saúde Unimed e uma médica. Ambos foram condenados a pagarem indenizações por violência obstétrica devido aos procedimentos adotados durante o parto de uma criança diagnosticada com paralisia cerebral. O parto foi realizado em outubro de 2011, mas a decisão saiu apenas oito anos depois, em 18 de agosto de 2020. O privilégio da classe médica é sinônimo de impunidade, mas dessa vez foi diferente, uma rara exceção.

Em suma, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou, através de acórdão, o pagamento de R\$ 50 mil por indenização de danos morais de vida e o valor dos danos estéticos ao bebê a cada coautor (pai, mãe e criança), também decidiu que, houvesse cobertura pelos réus das despesas com deslocamento para a realização de tratamentos de saúde da criança, estes não poderiam ser realizados na cidade em que residisse o menor, além de pensão mensal vitalícia (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Como supramencionado, essa é uma das raras situações em que a mãe e a criança obtêm êxito ao buscarem tutela ao judiciário, no entanto, tal situação é uma vitória muito válida na esfera jurídica, visto que abre portas para precedentes jurisprudenciais e, sucessivamente para julgamentos semelhantes a esse caso.

Assim, percebe-se que o que acontece hoje no Brasil é uma afronta aos direitos da mulher, à sua dignidade e aos seus direitos gerais e específicos, em especial os reprodutivos, tratados por ora. A luta pela igualdade está muito longe de acabar e o direito de um parto digno é uma necessidade, primeiro de consciência e depois de mudanças: consciência daquela que sofre e mudanças naquele que omite e agride (legislação e medicina).

3. CONCLUSÕES

Ao derradeiro da pesquisa foi possível oferecer contribuições para o mundo acadêmico, tais como: o aprofundamento do tema discernente à

violência obstétrica, baseado nas relações entre médico e paciente, e o estabelecimento de uma crítica voltada para a gênese do problema.

Percebeu-se que a origem dessa violência pode ser dada a vários personagens/contextos: à história do Brasil, a qual, desde os índios, mistificou a figura do pajé e trouxe a cultura do endeusamento do médico até os dias atuais; aos profissionais da saúde que extrapolam os limites das envergaduras da sua profissão; e ao Estado, que se omite e não cria uma legislação descende a qual resguarde os direitos da mulher e da gestante.

Muitos outros pontos de culpa e desculpas poderiam ser mencionados, e o quanto a luta da mulher perante a sociedade parece ser vã, diante do que se vê. É inadmissível que uma gestante implore para não ser aberta em uma cama de hospital e nada aconteça com quem cometa tais atos contra a sua vontade.

O debate entre autonomia do paciente e dever médico ultrapassa as esferas éticas e morais quando o último mutila uma mulher de dentro para fora, e não raro atinge a criança conjuntamente. Determinados erros médicos são inevitáveis, no entanto, escolhas parciais provocadas sem o consentimento da gestante ou sob induzimento/pressão devem ser punidas.

Uma gestante que coloca a vida de um filho nas mãos de uma equipe médica, geralmente não tem o mínimo de conhecimento do que pode vir a acontecer e fica à mercê dos procedimentos que aqueles profissionais realizarão nela; e pensar que esses médicos, enfermeiros, técnicos ou qualquer outro envolvido podem tratá-la de maneira grotesca é desesperador.

Um parto é um momento de extrema fragilidade e dor para mulher, por isso é de extrema importância que os profissionais e envolvidos resguardem o direito do ser que está completamente sujeito aos serviços da profissão que aquele hospital se propõe a atender.

Desse modo, este artigo buscou informar todas as mulheres que independente do desejo de ter filhos ou não, obtiveram tais conhecimentos e repassaram tais informações válidas para a autoproteção no caso de um possível pré-parto, parto ou pós-parto mais seguro, e para que ela conheça os seus direitos.

Tal pesquisa cabe também para todos os homens, para que eles informem suas companheiras e outras mulheres, tendo em vista que, muitas vezes, pessoas dos mesmos ambientes familiares já sofreram violência obs-

tétrica e não sabem por desconhecer o termo, seu significado e o resguardo que, apesar de não ser federal, existe.

Nesse mesmo contexto, saber da jurisprudência atualmente decidida em favor da criança que teve paralisia cerebral gerada por um parto realizado com violência obstétrica é uma luz no fim do túnel diante de tantas mães que já tiveram seus pedidos indeferidos por falta de provas concretas, já que é tão fácil a manipulação de prontuários e até mesmo dos próprios funcionários de dentro do hospital.

Sendo assim, o trabalho se encerra com o desejo de mudanças e a esperança de que, mesmo a passos curtos, percebe-se que há rumos para que a violência obstétrica tome o caminho para ser punida através de uma lei federal, pois o espaço aberto para precedentes com esse novo julgado do Tribunal de Justiça Do Estado de São Paulo nos suscita a acreditar em uma nova realidade.

Uma sociedade se faz com a dependência de um conjunto de pessoas, necessitamos de uma medicina humana a qual saia da faculdade com princípios e ideias que respeitem o paciente e sua autonomia, bem como de uma legislação a qual faça jus à sua Constituição e delimite seus poderes, desvinculando a ideia de ativismo judicial e obrigando o legislativo a realizar o papel de criar leis, em especial uma federal, as quais resguardem às gestantes. Tudo em nome e respeito às que sofreram as mazelas de um parto sombrio e abusivo e àquelas que têm o direito de parir com dignidade.

REFERÊNCIAS

ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; DINIZ, Simone Grilo; KNOBEL, Roxana; TESSER, Charles Dalcanale. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. Rio de Janeiro: **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**. 2015. p.1-12. Disponível em: <<https://www.rbmf.org.br> > rbmfc > article > download>. Acesso em: 30 jun,2020.

BENTO, Paulo Alexandre de Souza São; SANTOS, Rosangela da Silva. **Realização da episiotomia nos dias atuais à luz da produção científica: uma revisão**. Escola Anna Nery. v.10, n.3. Rio de Janeiro, dez. 2006. Disponível: <<https://www.scielo.br/scielo.php?s->

cript=sci_arttext&pid=S1414=81452006000300027-&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em 13 jul, 2020.

BRASIL. **Organização Mundial da Saúde**. Declaração conjunta (OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS) sobre a Eliminação da Mutilação Genital Feminina. 2009. [WHO]. Disponível em: <<https://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf?ua=1>>. Acesso em: 13 jul, 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível. Comarca de São Carlos. Processo nº 1004083-03.2017.8.26.0566. Relator: Des^a Christine Santini. Data do julgamento: 18/08/2020. 4^a Vara Cível. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/312935423/djs-p-judicial-2a-instancia-21-08-2020-pg-1919?ref=topic-lawsuit>> Acesso em: 24 set, 2020.

Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=om_content&view=article&id=20671&Itemid=23>. Acesso em: 23 maio, 2020.

DORA, Denise Dourado. Os Direitos Humanos das Mulheres. DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresch. **Direitos Humanos Ética e Direitos Reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1998. Disponível em: <<http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/etica-e-direitos-reprodutivos-1.pdf>>. Acesso em: 11 jul, 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p.31.

G1 São Carlos e Araraquara. **Justiça condena Unimed, Santa Casa e médica de São Carlos por violência obstétrica em parto**. 28/08/2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2020/08/28/justica-condena-plano-de-saude-santa-casa-e-medica-de-sao-carlos-por-violencia-obstetrica-em-parto.ghtml>>. Acesso em: 24 set, 2020.

GOLDIM, José Roberto. Bioética: origens e complexidade. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de.

Fenomenologia hoje III: bioética, biotecnologia, biopolítica. pgs. 333-341. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Z_jHU-Ff-SvgC&pg=PA339&lpg=PA339&dq=caracteristica+s+do+processo+de+tomada+de+decis%C3%A3o+Francisco+Ara%C3%B3+Ajo+Santos&source=bl&ots=xg_BCyZo6vf&sig=ACfU3U3a1NlnWLi_q5O-DX4i8WZ_aMQ9P5Bw&hl=pt-PT&sa=X&ved=2ahUKEwj21ImcrvvpAhX6EbkGHA3CBjEQ6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 12 jun, 2020.

GOTTSCHELL, Carlos Antonio Mascia. **Medicina hipocrática : antes, durante e depois.** 1ª ed. Porto Alegre: Stampa, 2007. Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul.

LOCH, Jussara de Azambuja. Sobre Robert M. Veatch. CLOTET, Joaquim. **Sobre bioética e Robert M. Veatch.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/digitalizacao/irmaosmaristas/sobrebioetica.pdf>>. Acesso em: 21 de jun, 2020.

MÖLLER, Leticia Ludwig. BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS: delineando um biodireito mínimo universal. In: **Filosofazer.** Passo Fundo, n. 30, jan-jun. 2007, p. 91-109. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/leticia.pdf>>. Acesso em: 11 jul, 2020.

MONTE, Fernando Q. Ética médica: evolução histórica e conceitos. Rev: **Revista Bioética.** 2009. p. 407 – 428. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/507/508>. Acesso em: 18 março, 2020.

PESSINI, Leo. Ética do cuidado e humanização no mundo da saúde: questões de fim de vida. BARBOSA, Swenderberger do Nascimento; MARTINS, Gerson Zafalon; GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois.** Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/bioeticaspoderesinjusticas.pdf>>. Acesso em: 30 jun, 2020.

PIRES, Denise. **O Saber e as práticas de saúde no Brasil e sua apropriação pela medicina e pela enfermagem institucionaliza-**

das. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, 1988. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/75508/99544.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 abril, 2020.

SANTOS, Rafael Cleison Silva d.; SOUZA, Nádia Ferreira d. Violência institucional obstétrica no Brasil: revisão sistemática. Macapá. In: **Estação Científica (UNIFAP)**. v. 5, n. 1, p. 57-68, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/1592/rafaelv5n1.pdf>>. Acesso em: 10 abril, 2020.

Violência Obstétrica - A voz das brasileiras. Produção de: ZORZAM, Bianca et al. 25 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=eg0uvonF25M>>. Acesso em: 13 jul, 2020.

ZORZAM, Bianca; CAVALCANTI, Priscila. O que é violência obstétrica e como nós, profissionais de saúde, podemos proteger os direitos humanos das mulheres na assistência ao parto? Direito das mulheres no parto : conversando com profissionais da saúde e do direito. 1. ed. In: São Paulo: **Coletivo Feminista de Sexualidade e Saúde**, 2016. Disponível em: <<https://www.mulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/02/direito-mulheres-parto.pdf>>. Acesso 11 jul, 2020.

AS ARMAS DA GUERRA CULTURAL DA NOVA DIREITA: DESUMANIZAÇÃO E DESINFORMAÇÃO

*Paulo Alves de Santana Neto*⁸⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe analisar os efeitos causados na sociedade brasileira oriundos de um discurso baseado na retórica do amigo-inimigo, ideia do jurista alemão e membro do partido nazista Carl Schmitt. Nessa perspectiva, a discussão ficará em torno de como tais construções afetam o debate democrático atual e qual conjuntura política obtemos por meio da adoção de uma visão de mundo maniqueísta, em que indivíduos que partilham dos mesmos valores são vistos como patriotas e todos os demais que se opõem a essa maneira peculiar e monocular são tachados de inimigos da nação. Consequentemente, são rotulados de antipatriotas, comunistas, imorais e defensores de corruptos.

Será tratada também a difusão da (des)informação nas redes sociais, as quais ganharam um espaço jamais visto no debate político em décadas anteriores. A princípio, elas passaram a ser utilizadas como meio de divulgação, se tornando um território em disputa, capazes de exercer influência direta nos resultados eleitorais, não só no Brasil, como em outros

84 Pós-graduando em Docência para Educação Profissional e Tecnológica pelo IFES. Graduado em Ciências Contábeis pela UFPE e em Administração pela UnB. Atualmente estudante de graduação em Direito pela UnB.

países. Por não ter um filtro apurado das notícias, as mídias digitais passam a ser um campo aberto para notícias falsas, dessa forma, acabam por não cumprir função genuinamente fidedigna na transmissão da informação. A disseminação de inverdades coloca em xeque as democracias. Como afirmam Levitsky e Ziblatt (2018) na obra *Como as Democracias Morrem*: “Falsas acusações de fraude podem minar a confiança pública em eleições – e quando cidadãos não confiam no processo eleitoral, muitas vezes perdem a fé na própria democracia.”.

Nesse ínterim será mostrado como, no Brasil, o processo eleitoral acabou sofrendo influência até mesmo do Poder Judiciário, o qual foi capaz de gerar grande impacto no resultado de uma eleição por meio da famosa e internacionalmente conhecida Operação Lava Jato, a qual prometia, a princípio, o combate ferrenho à corrupção. No entanto, no decorrer do tempo e por meio dos vazamentos divulgados pelo canal de notícias *The Intercept*⁸⁵, ficou demonstrado o desvirtuamento da operação para interromper a continuidade de um partido no poder. Tal fato permitiu a chegada de um antigo político com opiniões abertamente antidemocráticas, quais guardam estreitas relações com a crítica à democracia parlamentar defendida por Carl Schmitt.

A democracia parlamentar, na visão de Schmitt, tinha sua representatividade comprometida, o que abria espaço para um jogo de cartas marcadas onde o interesse público se tornava algo cada vez mais distante. Portanto, entusiasmar as massas passa a ser essencial para fazê-las acreditar que alguém destemido, carismático, que carregue consigo o sentimento do povo e concentre as decisões importantes sobre si é a solução mais adequada para sair de um sistema defeituoso em sua origem (BUENO, 2012).

Portanto, permitir que defesas nessa linha ganhem espaço num ambiente democrático e rotulem aqueles que não se enquadram na mesma forma de pensar como “inimigos do Brasil” são formas claras de isolamento e embate, além de tentativas de encerrar o debate construtivo

85 Os vazamentos das conversas entre os procuradores e o próprio juiz da operação podem ter boa parte de seus conteúdos encontrados no site <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato>. Acesso em 09 de junho de 2021. Além do meio virtual, os conteúdos das mensagens vazadas podem ser encontrados em: DUARTE, Letícia. Vaza Jato: Os Bastidores das Reportagens que Sacudiram o Brasil. 1ªed. Rio de Janeiro: Mórula, 2020.

numa sociedade onde é preciso respeitar a pluralidade para se qualificar como Estado Democrático de Direito.

Assim, ataques e estímulos ao ódio movidos pela diferença podem ser uma boa resposta à crise política na qual o país se encontra nesses últimos anos? Manifestações contra as instituições democráticas, acusações divulgadas nas mídias sociais, ataques à imprensa e a outros países, e descredibilizar a ciência são maneiras de construir um novo Brasil?

Tudo isso é conteúdo a ser discutido no decorrer deste trabalho, como também os efeitos que essas armas de constantes ataques ao diferente e o estímulo a uma guerra cultural provocam na sociedade brasileira, além dos possíveis riscos à jovem democracia.

Ao final, serão apresentadas alternativas possíveis para uma convivência pacífica em meio à diversidade, através do respeito ao indivíduo como seres de direito e detentores de garantias fundamentais estatuídas na Constituição, a qual é a base jurídica e política de sustentação de um país. Nesse momento, ante as ameaças promovidas por alguns grupos que pedem intervenção militar, nos moldes de 1964, urge a elaboração de novas rotas, construídas sob pilares sólidos que possibilitem o redirecionamento e fortalecimento da democracia, sem flertes com o autoritarismo.

1. A PROMOÇÃO DE UMA GUERRA CULTURAL E SEUS IMPACTOS NA DEMOCRACIA

Extirpar todo o mal que assola o país tem sido a tônica nas falas do atual presidente da República, o qual instiga seus seguidores através do discurso de guerra cultural, onde é preciso lutar e se engajar pela defesa de um Brasil livre do comunismo. A guerra é o combustível que faz a máquina bolsonarista se mover. Nessa acepção, a qual remete a um fundamentalismo, etiquetar os inimigos e não os enxergar apenas como meros adversários é a postura apropriada para salvar a nação do “gayzismo”, ideologia de gênero, uso de drogas, comunismo, corrupção, aborto, aumento da violência, doutrinação marxista nas escolas e universidades etc. Para atacar a desordem é necessário recorrer a discursos como: “menino veste azul e menina veste rosa”; “bandido bom é bandido morto”; “vamos acabar com o cocô do Brasil”; “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”.

É assim que produzem no senso comum uma percepção de que o país está da forma como se encontra por ter, em algum instante, optado por desviar de um caminho virtuoso. Se é que um dia ele existiu, afinal, o que havia antes da redemocratização era uma ditadura militar.

A Operação Lava Jato, que se tornou conhecida mundialmente pelo combate ferrenho à corrupção, mostrou-se um instrumento útil para afastar da disputa eleitoral um partido que se manteve no poder por 4 (quatro) mandatos consecutivos. As investigações que apontaram diversos esquemas de corrupção no âmbito da Petrobrás e levaram empreiteiros, doleiros e políticos para trás das grades; embora não constasse a participação direta, resultaram na condenação do político o qual, segundo as pesquisas⁸⁶ apontavam, seria o favorito para vencer a eleição de 2018, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. No entanto, no ano seguinte, além da soltura do ex-presidente em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), quando derrubou entendimento anterior de prisão após condenação em segunda instância, vazamentos divulgados pelo site *The Intercept* mostraram várias conversas, de acordos a instruções, entre procuradores do Ministério Público Federal e o juiz da Lava Jato, em resumo, adotando práticas as quais violam o sistema acusatório e o devido processo legal. Mais adiante, o mesmo juiz tornou-se ministro do candidato vencedor daquela disputa, tal fato pois em questionamento a legitimidade da decisão envolvendo um triplex no Guarujá. Apesar disso, as marcas de uma prisão, por um lado, estarão sempre presentes na vida de um indivíduo, mas por outro, não saem da lembrança da sociedade, ainda mais quando esta última responde a um apelo punitivista de alguém que se mostra como o bastião da moral.

É diante de um cenário como esse, propício ao populismo, que o jurista Carl Schmitt faz valer a sua teoria do Estado e aponta suas armas contra a democracia parlamentar. Em sua visão, considerando que a vontade do representante não é a mesma dos representados, além do fato de que as coalizões fazem um jogo de cartas marcadas e se afastam do interesse público, é necessário que alguém imbuído de coragem tome as rédeas das decisões e rompa com esse sistema defeituoso. Essas palavras andam lado a lado com a antipolítica, a qual está a um passo do governo autoritário.

86 <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-lula-39-bolsonaro-19-marina-8-alcckmin-6-ciro-5.ghtml>.

Sobre isso, Zaffaroni (2013) nos traz um alerta com a seguinte frase: “a antipolítica é a antessala das ditaduras.”.

É plenamente legítimo que a sociedade manifeste suas insatisfações com a condução do país, pois essas atitudes fazem parte do jogo democrático e em nada fêrem a ordem constitucional. Contudo, é importante atentar que mesmo atos de protesto possuem limites os quais não devem ser ultrapassados sob pena de violar o senso do aceitável. O protesto público é um direito básico e uma atividade importante em qualquer democracia, mas seu objetivo deve ser a defesa dos direitos e instituições, não sua ruptura (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Portanto, prezar por valores morais não pode ser um subterfúgio que autorize violar normas estatuídas na Constituição da República Federativa do Brasil. Ao contrário, a luta por uma sociedade justa perpassa e requer de cada cidadão o respeito aos ditames das leis vigentes. Não se pode, em nome de uma causa, estilhaçar fundamentos constitucionais e optar por perverter a ordem democrática. O respeito e subordinação às regras fazem parte da construção de um país mais justo, solidário e igualitário. É necessário que quaisquer iniciativas tendentes a abolir ou causar desordens dentro da sociedade brasileira seja de pronto rechaçada. Compactuar ou instigar atos antidemocráticos à vista dos que se manifestam a favor do fechamento do Supremo Tribunal Federal ou até mesmo do Congresso Nacional, por maior que seja a insatisfação na esfera individual ou coletiva, não deve se tornar motivo para atitudes as quais degradam as instituições, pois além do risco de uma escalada autoritária, denota um profundo desconhecimento do sistema *checks and balances*.

Arroubos constantes do próprio presidente resultam em fissuras no pacto federativo, o que prejudica a competência de atuação dos entes nas medidas de combate à pandemia do covid-19. De um lado, o Chefe do Executivo Federal tenta relativizar a pandemia e colocar a culpa do desemprego e do avanço do número de mortes nos governadores, prefeitos e, como de praxe, no Supremo Tribunal Federal. Comportamentos e atitudes como estes não colaboram para a saída da crise promovida pelo vírus. Afinal, os poderes, embora sejam independentes, são também harmônicos. Ao menos assim estão dispostos no artigo 2º de nossa Carta Magna. Dessa forma, traz consigo a ideia de harmonização e não de uma competição sem limites a qual coloca em risco as regras do pacto federativo e, em

última análise, no caso da pandemia do coronavírus, as vidas das pessoas. Ações descoordenadas por parte dos governos federal, estaduais e locais resultaram no elevado número de mortes, em grande subnotificação de casos e óbitos e, por fim, coloca o Brasil como um dos países mais afetados pela pandemia, com uma das piores gestões da crise do coronavírus do mundo (ROCHA, 2021).

Do ponto de vista externo, nem mesmo a China escapa das críticas feitas pelo atual presidente do Brasil. Não foram poucas as vezes que, mesmo sem prova alguma, insinuou que os chineses fabricaram o vírus em laboratório para prejudicar a economia de outros países. Tais declarações só fizeram acirrar os ânimos entre as embaixadas dos dois países, pois em nome de uma guerra ideológica desconsidera-se que a China é um dos maiores parceiros comerciais do Brasil e, para atacar, vale até mesmo correr o risco de não receber insumos contra o covid-19, de extrema importância para salvar vidas.

Outras condutas nocivas visam à intimidação de opositores, à disseminação da desinformação nas redes sociais e ao uso de perfis falsos, o que, posteriormente, resultou em investigações no âmbito do STF no ano de 2019 e gerou o inquérito nº 4.781, ao que ficou denominado como inquérito das *fake news* (SENADO FEDERAL, 2020).

O conjunto dessas variadas condutas permite concluir que os confrontos travados, em sua maioria sem base científica alguma, através da manipulação das informações, redução do papel dos Direitos Humanos, da criação de bodes expiatórios para problemas estruturais os quais a nação enfrenta, certamente não serão solucionados com troca de acusações. Uma gestão que pretende ter êxito deve primar pela coordenação, colaboração, planejamento e novas ideias. O Chefe do Executivo deve exercer um papel conciliador, de busca do entendimento, de organização de ações cooperativas. Do contrário, instala-se uma guerra permanente, a qual traz mais prejuízos do que ganhos para o país.

Exemplo disso é a gestão da pandemia do covid-19 no Brasil, em que, constantemente, há embates promovidos pelo governo federal contra os governadores. Diversas tentativas de impedir a autonomia dos governos estaduais para emitir regulamentos a fim de conter o avanço da pandemia já foram empregadas, o que traz à tona a evidente descoordenação e contraposição entre os entes federativos na área da saúde pública. Além

disso, discursos descoordenados — muitos deles promovendo aglomerações e incentivos ao uso de medicamentos comprovados ineficazes pela classe médica — apenas criam uma guerra de narrativas através da ampla utilização de notícias falsas, as famosas *fake news*, as quais engendram o acirramento dos ânimos entre grupos da sociedade civil.

Assim, na área da saúde, o combate ao coronavírus, ponto em comum que afeta a todos, embora em graus diferentes deveria unir a sociedade em busca de medidas que possibilitassem uma integração entre os cidadãos. Entretanto, o que se tem visto é que a pandemia tem sido motivo de constantes disputas de narrativas, o que acentua ainda mais a polarização e a guerra cultural nos mais diversos segmentos. Tudo isso provoca uma cisão danosa ao convívio pacífico entre as pessoas e resulta em perdas para a democracia.

A democracia, para ser democrática, requer o respeito às regras do jogo, entendidas como o respeito aos direitos das minorias. Deve ser garantida institucionalmente para que haja a possibilidade de a minoria de hoje se tornar a maioria de amanhã (CARVALHO NETTO, 2003).

2. O MAU USO DOS VALORES MORAIS E DA RELIGIÃO COMO ARMAS DE CONVENCIMENTO POLÍTICO

O apelo ao conservadorismo como valor de uma sociedade, no caso do atual governo, exerce a função de obstruir o acompanhamento das demandas no campo social, pois atribui as mazelas de uma sociedade ao novo conceito de família, ao avanço de direitos sociais, à luta contra o racismo, aos Direitos Humanos e a uma miríade de elementos os quais normalmente estão ligados aos direitos das minorias. Ao que tudo indica, o conservadorismo é uma ode à estabilidade de um mundo onde sua estrutura deve permanecer irretocável, sem questionamentos, como se a realidade posta não pudesse e nem houvesse motivos para ser alterada. Toda e qualquer tentativa de modificação do *status quo* representa uma ameaça aos valores tidos por universais, ligados a um Direito Natural, o qual não pode jamais ser questionado sob o risco de cair na ira divina sobre todos.

De forma bastante clara, Manso (2020) expõe o pensamento do presidente Jair Messias Bolsonaro, algo que não foge das suas polêmicas de-

clarações mesmo antes de subir a rampa do Palácio do Planalto, sempre voltadas contra as minorias e às classes menos favorecidas:

Falava tudo às claras, seu ódio era transparente, nunca dissimulou sua visão bélica, seu desprezo pelas leis e pelo estado de direito. Depois do Massacre do Carandiru, em que 111 presos foram mortos por policiais em São Paulo, episódio ocorrido em 1992, Bolsonaro afirmou: “Morreram poucos, a PM tinha que ter matado mil”. Repetia que os direitos humanos serviam apenas para defender marginais e, em sua obsessão por imagens escatológicas, para a divulgação de seu site fez uma camiseta com a frase: “Direitos humanos: esterco da vagabundagem”.

Em 1999, quando exercia seu terceiro mandato como deputado federal, deu um depoimento revelador ao programa *Câmera Aberta*, da TV Bandeirantes do Rio, apresentado por Jair Marchesini. Numa longa entrevista, ele defendeu a tortura e sugeriu aplicá-la no ex-presidente do Banco Central, Chico Lopes, na época investigado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito. “Dar porrada no Chico Lopes. Eu sou favorável à CPI, no caso do Chico Lopes, que tivesse pau de arara lá, ele merecia isso, pau de arara, funciona. Eu sou favorável à tortura, tu sabe disso. E o povo é favorável a isso também.”. Depois confessou que sonegava impostos e aconselhou a população a fazer o mesmo. “Inclusive, xará, conselho meu e eu falo. Eu sonego tudo que for possível. Se eu puder não pagar nota fiscal, eu não pago. O dinheiro só vai pro ralo.”.

O apresentador perguntou se ele fecharia o Congresso Nacional caso fosse presidente do Brasil. “Não há a menor dúvida. Daria o golpe no mesmo dia. [...] [O Congresso] não funciona e tenho certeza que 90% da população ia fazer festa e bater palma. O Congresso hoje em dia não serve pra nada, xará, só vota o que o presidente quer. Se ele é a pessoa que decide, que manda, que tripudia em cima do Congresso, então dê logo o golpe, parte logo pra ditadura. Agora, não vai falar em ditadura militar aqui. Só desapareceram 282, a maioria marginais, assaltantes de banco, sequestradores. Em vinte anos. Só no último Carnaval de São Paulo morreram mais de trezentos.”. O apresentador fez uma breve intervenção e

disse que não era essa imagem que a população tinha da democracia. “Mas pra elite o que interessa é essa democracia que está aí, eles estão se dando bem. Eles estão deitando e rolando.”, respondeu o deputado Bolsonaro. O entrevistador perguntou o lógico: “Se o Congresso não serve pra nada, por que o senhor está no Congresso?”. Bolsonaro respondeu: “Pra não chegar um mau-caráter no meu lugar.”.

No final do programa, o apresentador perguntou: “O senhor tem esperança, o senhor vê o Brasil num lugar melhor? O senhor acredita nisso?”. Bolsonaro, mais uma vez, não perdeu a chance: “Só com uma crise seríssima, me desculpe. Através do voto você não vai mudar nada nesse país, nada, absolutamente nada. Só vai mudar quando infelizmente nós fizermos uma guerra civil aqui dentro, e fazendo o trabalho que o regime militar não fez, matando uns 30 mil, começando com o FHC, não deixar ele pra fora não, matando. Se vai morrer alguns inocentes [sic], tudo bem, na guerra sempre morre inocente, até fico feliz se eu morrer, mas desde que vai 30 mil [sic], outros marginais junto comigo. Fora isso, fica nesse nhé-nhé-nhé-nhé-nhé-nhé, não vamos chegar a lugar nenhum”.

O apresentador queria encerrar o programa com uma mensagem otimista e tentou outra vez: “Qual a mensagem o senhor daria para um jovem de dezesseis, dezessete anos, que tem a idade dos seus filhos?”. Bolsonaro: “Acreditar em Deus, não ser ateu como o governo que está aí, vamos combater o bom combate, não aquilo que os estudantes fizeram no passado combatendo o regime militar, aqueles que empurraram os estudantes para combater o regime militar estão todos em Brasília, todo mundo lá, se dando bem, ou no Congresso, no Judiciário, no Executivo. Eles falam em repartir riqueza, tá todos eles muito mais ricos [sic] do que os que comandavam Brasília antigamente”. E para encerrar: “Vocês podem não gostar de mim, mas eu sou uma pessoa sincera”.

Essa figura controversa, transparente e cheia de convicções, que menosprezava as instituições democráticas e o estado de direito, se manteve coerente. Bolsonaro defendia uma violência purificadora contra um sistema bandido. [...] Os novos inimigos urbanos, em vez de subversivos e comunistas, passaram a ser os negros, os

pobres, os jovens, os moradores de favelas e os suspeitos de vender drogas. Nessa guerra, a morte do oponente não era problema, mas caminho para a vitória. A guerra continuava. Os inimigos deveriam ser eliminados pelos verdadeiros patriotas, dispostos a matar em defesa do Brasil, contra o comunismo e contra os bandidos comuns. (MANSO, 2020, p. 264-266).

No que se refere aos valores morais, a defesa da verdade única e inquestionável prevalece através de uma visão estreita e simplista que desconsidera as distintas e complexas realidades num país de vasto território, como é o caso do Brasil:

Concebem um modelo ideal de família e afirmam que a delinquência juvenil é simplesmente resultado da ausência de um pai presente, que garanta a aceitação das normas da casa, da escola e da vida pública em geral. Acreditam que a carência do paterfamilias acarreta a tendência ao comportamento antissocial, consequentemente, percebem a delinquência como um problema de “falta de limites”. O delinquente rompe violentamente a lei porque não lhe ensinaram a respeitar os limites e as normas sociais; isto é, a ausência do pai é a causa principal da indisciplina. (MOLLO, 2016, s.p.).

Para além disso, o movimento conservador traz consigo uma verdade única, o que dá azo para que posições divergentes sejam de pronto rechaçadas por aqueles que o compõem. Qualquer alteração na ordem estabelecida passa a ser vista como uma desobediência ao padrão natural e foi nesse campo em que o uso da religião passou a apoiar o projeto bolsonarista, já que este se coloca como defensor dos costumes e da moral do país. Qualquer semelhança com *slogans* nazistas não parece mera coincidência, ainda mais quando estimulam pessoas a protestarem a favor do fechamento dos poderes Judiciário e Legislativo, lembrando um passado não muito distante quando o Congresso Nacional foi fechado e o Judiciário funcionava dando uma falsa aparência de que as instituições operavam normalmente (CALEGARI, 2018).

O controle dos corpos femininos é uma pauta que os evangélicos, no presente momento, lutam para impor a toda a sociedade, o que suscita um engajamento político por parte deste grupo nas questões morais. Dessa

maneira, adentram em assuntos complexos como o aborto, sobre o qual dizem defender o direito à vida. Consequentemente, reivindicam que as mulheres tenham por dever manter a gestação mesmo em casos mais extremos, como os de estupro ou que ofereçam risco de vida para a mulher. Exemplo disso foi quando, em 2020, uma criança de 10 (dez) anos de idade, após ter engravidado vítima de estupro do próprio tio, passou a ser vítima também por parte de grupos religiosos os quais protestaram contra o aborto legal. O curioso nesse caso é que o aborto legal é permitido no Brasil, dado que consta no artigo 128, I e II, do Código Penal. Portanto, diante de um caso amparado por lei, em nome da religião, grupos de religiosos foram à frente do hospital que realizou o procedimento, no Recife⁸⁷. Esse episódio ilustra como o uso da religião, em determinadas ocasiões, serve para classificar como assassinos aqueles que se opõem ao discurso fundamentalista cristão. Nessa visão, pessoas a favor do aborto legal são um obstáculo para o resgate da moralidade e de um Brasil em que Deus está acima de todos⁸⁸.

3. A REDUÇÃO DO INIMIGO - A DESUMANIZAÇÃO

Assumindo o opositor como inimigo ou um antipatriota que precisa ser aniquilado, pode-se utilizar qualquer trato com essa pessoa, de preferência deve-se recorrer até mesmo ao uso de palavras de baixo calão. É o que ensina o manual do “filósofo” Olavo de Carvalho, o qual evidencia o desrespeito ao interlocutor. Por trás do uso desse recurso está a inexistência da alteridade, característica que um indivíduo exerce ao se colocar no lugar de outro. Ao contrário disso, a retórica bolsonarista defende a exclusão e o silenciamento ante o debate. Afinal, a construção não mostra ser um objetivo a ser perseguido. A democracia não é o regime em que a maioria subjuga as minorias, mas sim assegura os seus direitos (ROCHA, J., 2021).

A respeito da eleição do inimigo a ser combatido, a criminologia também traz sua contribuição e aponta um alerta para o perigo do estabelecimento de um estado policial:

87 <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>.

88 “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”. *Slogan* utilizado pelo presidente em sua campanha eleitoral.

Governar mediante o medo importa a fabricação de inimigos e a consequente neutralização de qualquer obstáculo ao poder punitivo ilimitado, supostamente usado para destruir o inimigo, ainda que todos saibamos que é materialmente utilizado para aquilo que o poder quiser. No fundo, o fenômeno é sempre uma enorme enganação para distrair a atenção sobre outros riscos e obter o consenso para exercer um poder policial sem controle. (ZAFFARONI, 2013, p. 179-180).

Sob essa ótica, o medo passa a ser um elemento que exerce influência na vida dos indivíduos pelo fato de que o Estado detém o monopólio da violência legítima; do outro lado está o cidadão, lado mais fraco nessa relação. Em outro trecho da obra *A Questão Criminal*, Zaffaroni (2013) reforça como é construído o discurso do inimigo uma vez que o indivíduo deixa de ser visto como humano e passa a ser um não sujeito que, consequentemente, sofre um processo de desumanização:

O bode expiatório deixa de ser pessoa porque passa a fazer parte de um eles, através do fenômeno da substancialização, à qual já fizemos referência. Instala-se uma categoria de pensamento, o outro diferente como parte de um todo maligno. Não se pode pensar no outro como indivíduo, mas como pertencente a uma totalidade que tem um para quê maligno, com o qual passa a ser uma coisa e deixa de ser uma pessoa (ZAFFARONI, 2013, p. 249).

Enxergar o diferente como ameaça é uma retórica a qual esteve presente nos discursos nazistas. A partir dela é que se classificavam pessoas como “escórias da sociedade”, a exemplo dos judeus, os quais foram etiquetados como responsáveis pelas perdas do Estado alemão. Isso serviu para “justificar” os tratamentos que lhes foram aplicados.

No atual momento, a propaganda beligerante é disseminada pelo Governo Federal como solução para o problema da violência, como se armar a população fosse a melhor maneira de combater a criminalidade. Ao contrário, o que ocorre com tal medida é a transferência da responsabilidade sobre a segurança, a qual é dever do Estado garantir através dos seus órgãos de segurança pública, para o particular. De outra forma, é possível dizer que esse discurso promove um esvaziamento das funções estatais, além de

isentar o Estado de uma de suas responsabilidades constitucionais. Esse tipo de narrativa corrobora com a visão neoliberal, onde, em nome da liberdade, prega menos dependência do Estado e mais iniciativas do próprio indivíduo, sem considerar as verdadeiras condições em que vive a maior parte da população brasileira: de sofrimento em virtude da grande concentração de renda que coloca o Brasil, segundo pesquisa feita pelo IBGE⁸⁹, no ano de 2019, como o nono país mais desigual do mundo.

O modelo neoliberal proposto na área econômica trata os mais necessitados como o grupo dos quais são preguiçosos e gostam de depender de auxílios do governo, o que passa uma visão reducionista de que as pessoas não ascendem socialmente porque não querem trabalhar. No entanto, o número de desempregados relativo ao primeiro trimestre de 2021, de acordo com o último levantamento feito pelo IBGE⁹⁰, aponta que o Brasil possui 14,8 milhões de desempregados.

Outra discussão gira em torno da liberação das drogas, em que o governo classifica os usuários como marginais e vincula as drogas à violência, o que torna necessário proibir seu uso. O encarceramento também não é tratado de forma diferente. Acreditam que a solução para a redução do número de crimes é a prisão. A partir dessas ideias colocam todos os opositores à sua forma de pensamento singular como marginais, detratores⁹¹, pedófilos, maconheiros, subversivos, idiotas úteis, comunistas, esquerdinhas, terroristas etc.

Ao apresentar soluções fáceis para a sociedade no trato de problemas que são complexos, faz-se um aceno para a massa de engajamento e luta, apontando as armas para os culpados e trazendo uma visão maniqueísta

89 <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao>. Essa pesquisa, realizada em 2019, mesmo com a redução do coeficiente de Gini, que mede a desigualdade, aponta que o Brasil é o nono país mais desigual do mundo.

90 <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Pesquisa realizada pelo IBGE, no 1º trimestre de 2021, aponta uma taxa de desemprego de 14,7%, resultando num total de 14,8 milhões de desempregados.

91 <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2020/12/governo-monitoramento-jornalistas-detratores/>. No fim do ano 2020, o governo federal divulgou uma lista, através de monitoramento realizado, daqueles que foram classificados como detratores. A lista incluía de profissionais de comunicação a professores universitários.

onde os “cidadãos de bem” estão travando uma verdadeira guerra contra aqueles que se encaixam em alguns desses rótulos.

Assim, a antítese amigo-inimigo baseada em Carl Schmitt, ao defender a unificação do povo, acaba sendo utilizada como forma de reduzir cidadãos a perdedores, canalhas e imbecis, além de minar o debate e fazer emergir o autoritarismo. Neste último, o consenso é obtido por imposição e não por meio do diálogo amplo e aberto. Já a desumanização ocorre quando há o tratamento indigno, o menosprezo, a execração, a degradação, e a retirada dos direitos individuais inerentes à pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após observar que algumas práticas e estímulos a atos antidemocráticos de uma parcela da população estão bastante presentes em nossa sociedade e se tornam motivos de acaloradas discussões até mesmo nas instituições mais elevadas de cada esfera de poder no Brasil, faz-se necessário pontuar iniciativas as quais possam minimizar tais efeitos com potencial para devastarem uma nação. Permitir que as ideias demonstradas aqui circulem livremente no país sem nenhum tipo de enfrentamento é aceitar o risco de instalação de um estado policial, o que pode levar um bom tempo para desfazer os males inseridos no espaço público.

Diante disso, é fundamental reverter este cenário de propagação do conflito e da tal polarização que tanto é falada à medida que se aproximam novas eleições para presidente da República. Para isso, é possível recorrer a instrumentos os quais difundam menores níveis de conflitos e reforcem aspectos de coesão social entre os cidadãos do país. Para além disso, outro elemento importante para o desacirramento é a busca por questões que possam, em vez de dividir, unir pontos em comum. Os exemplos são diversos, como a melhoria nos índices da educação, dado que, em pesquisas na área, o Brasil tem ocupado as últimas posições; ou mais investimentos na área de transportes, setor que possui deficiências nos diversos modais e uma enorme dependência do modal rodoviário⁹². Iniciativas que procuram estabelecer algum tipo de conexão entre espectros distintos coadu-

92 <https://summitmobilidade.estadao.com.br/guia-do-transporte-urbano/a-dependencia-do-transporte-rodoviario-no-brasil/>. O site informa que a Fundação Dom Cabral aponta, no Brasil, algo em torno de 75% de dependência do modal rodoviário.

nam com a ideia de “patriotismo constitucional”, difundida pelo filósofo Jürgen Habermas. Este termo carrega consigo a busca pela criação de uma cultura onde os cidadãos fortaleçam e cultivem os vínculos identitários da sociedade e o respeito à diversidade (MÔNICA, 2007).

É fundamental que as discussões sobre o projeto de nação almejada sejam feitas com base em uma perspectiva construtiva e levem em consideração os traços identitários do povo que a compõe. Dessa forma, é possível recriar pontos de conexão perdidos em diversas esferas, aparando arestas que se aprofundaram nos últimos tempos oriundas de um discurso belicoso entre amigo-inimigo. O espaço e o debate público são de extrema importância para o fortalecimento da democracia. Para isso, é importante também a abertura de canais de comunicação por meio dos grupos de representação da sociedade civil, como os movimentos sociais os quais, de alguma maneira, estabelecem uma ponte entre as reais necessidades da população e os gestores públicos e colocam em pauta questões relevantes que ajudam no atendimento às demandas da sociedade. Ao mesmo tempo, ouvir essas demandas é uma maneira de colocar o povo como soberano, de forma que o autoritarismo arrefeça e não se perpetue para outras camadas do espaço público.

Nesses tempos, o combate às notícias falsas e à desinformação também é uma ferramenta essencial para a proteção do Estado Democrático de Direito, conquistado a duras penas após longos anos de um período ditatorial. O estabelecimento dessa nova ordem constitucional veio através da Carta Magna promulgada em 1988, a qual trouxe direitos e garantias fundamentais a serem respeitados, de forma que o antagonismo não seja mais motivo para ocorrer uma luta armada. Ao contrário disso, a pluralidade de ideias deve ser vista como alargamento de possibilidades para a construção de um ambiente em que todos podem ser vistos como iguais e haja respeito por suas diferenças.

REFERÊNCIAS

BONIN, Robson. Bolsonaro fala em dar golpe desde os anos 90. In: **Veja**. Disponível em: www.veja.abril.com.br/blog/radar/bolsonaro-fala-em-dar-golpe-desde-os-anos-90/. Acesso em: 06 jun. 2021.

BUENO, Roberto. **Carl Schmitt e a crítica à democracia liberal**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, n. 24. 2012.

CALEGARI, Luiza. Como era o STF na Ditadura e o que isso ensina sobre o STF de hoje. In: **Exame**. Disponível em: www.exame.com/brasil/como-era-o-stf-na-ditadura-e-o-que-isso-ensina-sobre-o-stf-de-hoje/. Acesso em: 10 jun. 2021.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. 1ªed. São Paulo: Zahar, 2018.

MANSO, Bruno Paes. **A República das Milícias: dos Esquadrões da Morte à Era Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020.

MONICA, E. F. A Ideia de Patriotismo Constitucional e Sua Aplicação no Brasil. *Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 9, nº 2, 2007, pp. 5-22. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34324/19725>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ROCHA, João Cezar de Castro. **Guerra Cultural e Retórica do Ódio: Crônicas de um Brasil Pós-Político**. Goiânia: Caminhos, 2021.

ROCHA, Marta Mendes da. Os Municípios e a Política Local sob o Governo Bolsonaro. In: AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie (orgs.). **Governo Bolsonaro: Retrocesso Democrático e Degradação Política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

SENADO FEDERAL. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Fake News. Disponível em: <https://bit.ly/3mfhnuR>. Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) 13.709 / 2018: BREVES REFLEXÕES

*Rosilda da Silva Souza Bonfim*⁹³

INTRODUÇÃO

O presente artigo inserido na área do direito digital e do consumidor pretende, a partir do direito fundamental da privacidade dos dados, assegurado pela Constituição Federal (1988), Código de Defesa do Consumidor (1990), Marco Civil da Internet (2014) e principalmente pela Lei Geral de Proteção de Dados (2018), apreciar as implicações do uso de dados pessoais na contemporaneidade no que tange às responsabilidades das instituições públicas e privadas. Para cumprir este objetivo, tem-se como ponto de partida o arco cronológico legal dos direitos dos titulares dados⁹⁴, as conceituações, funções e responsabilizações definidas pela LGPD, a atuação da Autoridade Nacional Proteção de Dados (2019) e, por fim, o comportamento humano com vistas à segurança dos dados nos ambientes físicos e digitais.

93 Professora da Educação Básica do estado da Bahia. Licenciada em Letras e Mestre em Estudo de Linguagens (PPGEL) pela Universidade do Estado da Bahia. Bacharelada em Direito pela Ages – Campus de Senhor do Bonfim / BA

94 Titular é pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objetos de tratamento; (LGPD, 2018, artigo 5º).

Inspirada na lei presente no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) europeu de 2018, a LGPD visa assegurar o direito à proteção dos dados das pessoas em todas as plataformas. Essa lei protege os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Antes de adentrar as nuances específicas da LGPD, é válido ressaltar que tais direitos já estavam assegurados pela Constituição Federal (CF), pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e pelo Marco Civil da Internet (MCI); a questão que ora se anuncia é: por que é necessária a implantação de mais uma lei?

À medida que surgem conflitos inéditos, é preciso revistar o ordenamento jurídico em vigor e vislumbrar possibilidades de resolução. Com a virtualização da vida, desde o acesso a serviços e produtos, *homeoffice* e a manutenção das relações interpessoais as quais transcendem as barreiras nacionais, urge a necessidade de atualização legislativa posto a velocidade das mudanças potencializadas pela ascensão da internet.

Partindo do princípio fundamental do desenvolvimento da personalidade, os doutrinadores Danilo Doneda e Laura Mendes (2018, p. 22) esclarecem que os dados pessoais são “[...] projeções diretas da personalidade [...]” e, por consequência, “[...] qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais.”

Na esteira dessa conceituação, pensar o desenvolvimento saudável da pessoa em seus aspectos psíquico, emocional, social, físico e espiritual, nesse novo contexto em que as plataformas virtuais são influenciadas e influenciam o comportamento humano numa relação de reciprocidade, faz-se necessário a aplicação de novas leis para a manutenção da plena fruição da vida.

O Código Civil Brasileiro (2002), em seu Capítulo II do Livro I, dedica 10 capítulos para tratar exclusivamente dos Direitos da Personalidade. O artigo 11 anuncia que tais direitos são “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Gilberto Jabur (2020, p. 12), ao dissertar sobre os Direitos da Personalidade no Código Civil brasileiro, sintetiza:

Os direitos personalíssimos ou da personalidade são direitos subjetivos privados. Essa a natureza jurídica que os envolve. O fato de

serem inatos (como nenhum outro direito, porquanto independentes de posterior aquisição), essenciais (ligados ao mecanismo de desenvolvimento pleno e à expansão da personalidade), além de vitalícios, posto acompanharem — justamente porque essenciais — a pessoa durante o curso de sua existência, sem embargo do exercício ad perpetuam, e pelos herdeiros do titular finado, de alguns direitos que se eternizam imiscuindo-se àqueles titularizados pelo próprio sucessor, autoriza referi-los como direitos privados subjetivos autônomos.

Para fins didáticos, far-se-á necessário resenhar a cronologia jurídica que assegura o direito dos cidadãos concertantes aos dados. A CF em seu artigo 5º, inciso X, anuncia a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, cabendo sanções aos atores sociais que desrespeitarem tais direitos. O CDC em sua seção VI, ao tratar especificamente dos bancos de dados e cadastros de consumidores no artigo 43, orienta a coleta dos dados realizada pelas empresas, e o tratamento e transparência nesta relação com o consumidor. O MCI aborda de forma ampla os princípios basilares para o uso da internet no Brasil e destaca, em seu artigo 3º, III, a proteção dos dados na forma da Lei. No artigo 7º, I, reitera o que já está assegurado pela CF: “Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”.

Nota-se, portanto, que a temática dados pessoais ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no que se refere à privacidade individual quanto às relações de consumo, onde converge para a preservação da dignidade humana. Nesse sentido, é oportuno mencionar o quinto princípio apresentado na Carta dos Direitos Humanos e Princípios para Internet (2015), sobre privacidade e proteção de dados:

Todos os indivíduos têm o direito à privacidade online, incluindo o direito de não ser vigiado, o direito de usar criptografia e o direito ao anonimato online. Todos os indivíduos têm também o direito à proteção de dados, incluindo o controle sobre coleta, retenção, tratamento, eliminação e divulgação de dados pessoais. (p.7, grifos meus).

Longe de pretender esgotar a questão anunciada no capítulo introdutório deste artigo, vale salientar que a ascensão da internet alterou substancialmente a função ontológica dos dados pessoais, outrora utilizada especialmente para identificar pessoas. Hoje, funcionam como verdadeiros ativos para empresas criarem suas linhas de produtos e serviços de modo a se adequarem às necessidades dos sujeitos contemporâneos e diminuir, portanto, as chances de fracasso. Assim, com a análise dos dados pessoais é possível prever acerca das possibilidades de engajamento de cada usuário às propostas das empresas.

Dito de outra maneira, dados pessoais convertidos em informações são produtos ativos de grande valia para todas as empresas do globo terrestre, uma vez que podem ser convertidos em lucros. Nesse novo cenário, a LGPD, em consonância com leis anteriores, visa proteger as pessoas de possíveis abusos quanto ao uso dos seus dados pessoais e assegurar-lhes direitos em várias situações, desde as mais simples, como importunação por propagandas, às mais complexas, como vazamento de dados.

Sobre a intenção da LGPD quando fora criada, a doutrinadora e ativista do direito digital Patrícia Pinheiro (2021, p. 9) sintetiza:

[...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, trazendo a premissa da boa-fé para todo o tipo de tratamento de dados pessoais, que passa a ter que cumprir uma série de princípios, de um lado, e de itens de controles técnicos para governança da segurança das informações, de outro lado, dentro do ciclo de vida do uso da informação que identifique ou possa identificar uma pessoa e esteja relacionada a ela, incluindo a categoria de dados sensíveis.

Assim, a proteção dos dados pessoais pode ser metaforicamente substituída pela proteção às pessoas, haja vista a amplitude dos usos dos dados em todas as esferas, seja pessoal, social, cultural, econômica entre outras. Acrescentamos aqui alguns dos princípios defendidos pela LGPD, concernente ao direito individual, assegurados pelo artigo 2º, I, III, IV e VII, respectivamente: “o respeito à privacidade; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimida-

de, da honra e da imagem; os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”.

A segurança dos dados é apresentada como um dos pilares fundamentais para o pleno desenvolvimento da cidadania e, por conseguinte, para a potencialização de comportamentos adequados das instituições do setor público e privado frente aos titulares de dados. Para tanto, a LGPD elenca no artigo 6º os 10 princípios a serem respeitados quanto ao tratamento de dados: finalidade; adequação; necessidade; livre acesso; qualidade dos dados; transparência; segurança; prevenção; não discriminação; e responsabilização e prestação de contas.

É válido reiterar que todas as entidades, públicas ou privadas, devem seguir os princípios acima no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Os princípios, uma vez implementados e amplamente respeitados, endossam o sentimento de segurança de titulares de dados, inclusive quando tais dados são utilizados nas esferas do Estado com vistas à promoção de políticas públicas.

1. CONCEITO, FUNÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO

Feito o preâmbulo, adentremos, pois, em conceituações pontuais para a compreensão da LGPD: tratamento de dados; dados pessoais e dados sensíveis; anonimização; pseudonimização; agentes de tratamento; e encarregado;

Por tratamento, a LGPD, em seu artigo 5º, X, define como “toda operação realizada com dados pessoais”, desde a coleta, a inclusão das demais fases de processamento, do uso, até por fim a “eliminação”.

No que se refere a dados pessoais, a Lei entende que seja qualquer dado com o qual torne possível a identificação do titular: nome, cadastro de pessoa Física (CPF), Registro Geral (RG), número de telefone, endereço, *Internet Protocol* (IP) entre outros. Em relação aos dados que uma vez socializados podem suscitar alguma situação de discriminação, são considerados sensíveis: raça ou etnia, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, conforme Artigo 5º, I a III.

Há também os chamados dados anonimizados, os quais não são possíveis, no momento do tratamento, de atribuí-los ao titular e, portanto, não são considerados dados pessoais até que o processo de anonimização seja revertido. Por último, a pseudonimização, a qual é definida como dados pessoais passíveis de identificação apenas pelos envolvidos no tratamento.

Nomeados como agentes de tratamento, o controlador e o operador podem ser definidos, respectivamente, como o responsável por receber os dados e tomar as decisões referentes ao tratamento e o responsável por executar tais decisões. O encarregado é quem funciona como um canal de comunicação entre o controlador, os titulares e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme artigo 5º, VI, VII e VIII.

A LGPD dedica uma seção para definir as suas atribuições do encarregado, também chamado de DPO (*Data Protection Officer*), quanto ao tratamento dos dados. Dentre elas, destaca-se o acolhimento das reclamações dos titulares para adotar as providências cabíveis e a orientação dos funcionários e dos contratados pela empresa no que se refere às práticas a serem implementadas com vistas à proteção de dados pessoais, artigo 41, I e III. A profissão DPO nasce a partir da criação dessa lei, sendo este profissional fundamental para que as relações entre consumidor, empresas e ANPD fluam na esteira da legalidade.

A ANPD criada pela Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019, tem função central quanto à implementação da LGPD, posto que a ela cabe “zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional”, consoante ao artigo 4º, XIX. Essa lei apresenta em seu artigo 55.J uma extensa lista com 24 parágrafos os quais elencam as atribuições da ANPD, desde “elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade”, parágrafo III, a alterar a LGPD e inclusive aplicar sanções administrativas aos agentes de tratamento.

Cumprido, doravante, dissertar sobre as ações implantadas pela LGPD para que os titulares não sejam lesados quanto ao uso indiscriminado dos seus dados. Em relação aos termos de uso mencionados no MCI, que preconiza o consentimento livre e informado, a lei em análise acrescenta a palavra “inequívoco” e deixa claro que tal consentimento atenderá a uma finalidade específica (vide Artigo XII). Em relação ao tratamento de dados sensíveis, acrescenta-se que o consentimento deve ser específico e destacado. Ademais, caso o controlador necessite usar os dados para ou-

tro fim, terá que solicitar novamente o consentimento, caso contrário é considerado infração da lei.

Os artigos 17 e 18 da LGPD informam que os titulares têm assegurados os direitos referentes à titularidade de seus dados pessoais, os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade e o acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, a saber: confirmação de existência do tratamento; acesso; correção e atualização; anonimização bloqueio ou eliminação de dados desnecessários; portabilidade; eliminação; informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; e informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa.

É importante reiterar que o titular de dados pode, a qualquer momento, solicitar revogação imediata do termo de consentimento, e tal opção deve estar de fácil acesso ao titular. Acrescentamos ainda que o titular goza do direito de saber quais dados estão sob a tutela do controlador, atualizá-los, conhecer o ciclo de vida e solicitar a exclusão. Os direitos dos titulares aqui mencionados se aplicam em qualquer outro contexto do mundo físico.

Os termos de uso e os de política de privacidade norteiam a relação entre as empresas e consumidores, os primeiros são submetidos aos consumidores como condição para usufruir dos serviços nas plataformas e o último diz respeito a como as empresas realizam o tratamento dos dados. Ambos são repositórios das normas que regem as relações de consumo.

Concluída a breve discussão conceitual, a questão que ora se delinea diz respeito à aplicação das sanções administrativas em caso de desrespeito às normas até o momento elencadas. Embora a lei esteja em vigor desde 2018, revisada em 2019, no âmbito nacional as sanções estão previstas para serem aplicadas a partir de 1º de agosto 2021. Tal vacância justifica-se pela necessidade de tempo para que as empresas se adequem à nova lei. Contudo, caso o titular de dados seja violado em seus direitos, estará amparado pela CF, CDC e MCI.

Os agentes de tratamento de dados devem adotar medidas para salvaguardar o sigilo e a segurança dos dados pessoais e, caso ocorra vazamento ou uso ilícito, tem por obrigação legal adotar medidas para mitigar os danos. Cumpre salientar que a LGPD não é uma lei antivazamento de

dados, no entanto, caso isso ocorra, ela funciona como instrumento norteador das ações a serem empreendidas.

A Lei nº 13.853/2019 aponta, no bojo do seu texto, o caminho para a solução de conflitos entre titulares e agentes de tratamento na hipótese de vazamento de dados ou acesso não autorizado. À priori, o titular deve contactar o controlador por meio do encarregado para tentar uma conciliação. Caso a conciliação não seja possível, o titular deve acionar a ANPD (vide artigo 41º, parágrafo 7º).

As penalidades administrativas, quando vigentes, serão aplicadas pela ANPD, e vão desde advertência, multa simples, multa diária, publicização da ocorrência, bloqueio ou até eliminação dos dados pessoais aos quais se refere à infração, conforme artigo 52.

As leis aplicáveis ao ambiente virtual são extraterritoriais, posto a inexistência de barreiras na execução das relações comerciais. Assim, a coleta de dados aqui no Brasil está amparada pela LGPD mesmo que a empresa pertença a qualquer outro país. É oportuno ressaltar que, nesse contexto de natureza global da virtualização do consumo de produtos e serviços, torna-se inviável as relações comerciais com países que não se adequaram à legislação cabível aos direitos digitais. Tais leis tentam equilibrar as relações entre empresas e titulares na medida que estabelece regras quanto o uso dos dados.

A despeito do período de vacância quanto às sanções, cumpre reiterar que os direitos dos titulares de dados estão assegurados na CF, CDC e MCI. A implementação na íntegra da LGPD — lei que reúne em seu *corpus* as normas e princípios das anteriores, ratificando-os — funciona como bússola, cujos ponteiros são feixes luminosos os quais transcendem as esferas físicas.

A LGPD buscar proporcionar a transparência no que se refere ao ciclo de vida dos dados, corroborando a cultura da privacidade e fortalecendo o princípio de liberdade e da democracia.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a LGPD objetive organizar o uso de dados, impor limites e regular as penalidades quando houver uso indevido, isso não significa que o titular de dados esteja seguro. O ambiente virtual, por exemplo, é um

celeiro fértil de possibilidades para realização de crimes e, para além da adequação das empresas públicas e privadas as quais devem adotar medidas rígidas para coibi-los, a população civil precisar automatizar comportamentos adequados quanto à segurança dos seus dados.

O Serviço Federal de Proteção de Dados (SERPRO), existente no Brasil desde 1964, é uma empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda a qual tem o objetivo de executar serviços de tratamento de informações e processamento de dados através de computação eletrônica ou eletromecânica. Conforme Lei 5.615/1970, disponibiliza em sua página virtual quinze sugestões com vistas à proteção de dados, seja nos ambientes físicos ou virtuais.

Dentre as sugestões citadas, destaco o registro de boletim de ocorrência (BO) quando um documento pessoal é perdido ou roubado, procedimento que pode ser realizado *online*, na página virtual da Secretaria de Segurança Pública, ou num Departamento de Polícia Civil. Em acréscimo, o titular pode se cadastrar no Sistema de Proteção ao Crédito⁹⁵ (SPC) ou do Serasa e utilizar o serviço de monitoramento do Cadastro de Pessoa Física (CPF) para, assim, identificar se os dados pessoais estão sendo utilizados de forma fraudulenta. Vale salientar que o serviço de consulta no SPC é oneroso e no Serasa, para buscas simples, é gratuito, já para buscas avançadas — dívidas no CPF, vazamento de dados *online* entre outros — é preciso comprar um plano de monitoramento.

Em relação ao número de telefone celular, a SERPRO recomenda a realização do cadastro na página do *site* www.naomeperturbe.com.br, criado por operadoras de telefonia para atender a uma determinação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Com esse cadastro, as empresas não podem importunar os consumidores, sob pena de advertências e multas.

Ademais, sugestões simples, como escolha de senhas fortes e eventuais substituições; não disponibilizar informações excessivas em cadastros *online* ou físicos; atualizações frequentes dos *softwares* e aplicativos; e configurar as redes sociais para que somente as pessoas do círculo social do usuário visualizem os seus dados. Essas são ações que corroboram a segurança. Com a vigência da LGPD já é possível também solicitar relatórios

95 <https://loja.spcbrasil.org.br/pessoa-fisica/consulta-cpf-spc-serasa.html>

de dados pessoais, retificá-los e, caso o usuário não esteja mais vinculado a determinada empresa privada ou a um serviço, solicitar sua exclusão.

Insta pontuar que as ações individuais são necessárias à segurança dos dados, contudo, em alguns casos é preciso investimento de tempo e recursos financeiros para gozar dessa segurança. A advogada Estela Aranha (2021) – presidente da Comissão da Proteção de Dados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Rio de Janeiro –, ao refletir sobre o recente vazamento de dados em janeiro do ano corrente, na internet, de 220 milhões de brasileiros, conclui que não pode ser de responsabilidade de cada cidadão encontrar maneiras de descobrir se os seus dados pessoais estão sendo utilizados em fraudes, mas que é preciso ações coletivas do governo para conter e minimizar os danos coletivos. Como alternativa para resolver o problema, sugere um debate sobre “a criação de um novo sistema de identidade digital e novas formas de autenticação de identidade que não estejam comprometidas com esse vazamento”.

É importante mencionar a existência do Projeto de Lei 225/2015⁹⁶ que tramita no Senado (PLS) com o objetivo de criar uma carteira de identidade com um dispositivo eletrônico no qual contenha dados da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), bem como os números de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), dos programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP). Este projeto, além de facilitar a vida do cidadão quanto ao uso eficiente dos documentos pessoais, proporcionará maior segurança posto a criação de uma identidade digital.

Por fim, sem pretender exaurir a discussão, a cultura de segurança digital deve ser fomentada tanto no âmbito individual como das instituições públicas e privadas. Entretanto, considerando que na maioria das vezes o titular só descobre que seus dados foram usados em fraudes quando o incidente já ocorreu, cabe às instituições responsáveis pelo tratamento de dados implementarem medidas para evitar vazamentos e, caso ainda ocorra, empreendam ações para mitigar os danos. Com destaque para atuação da ANPD quanto à fiscalização do cumprimento da LGPD.

96 <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/14/projeto-que-propoe-unificacao-de-documentos-ja-tramita-na-cdj>

REFERÊNCIAS

ARANHA, Estela. **O maior vazamento de dados pessoais do país.**

Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/artigo/maior-vazamento-dados-pessoais-pais>. Acesso: 19/06/2021.

BRASIL, Planalto. LEI Nº 13.853, DE 8 DE JULHO DE 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 19/05/2021.

_____. [Casa Civil]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 18/06/2021.

_____. Planalto. **Marco civil da Internet** (LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19/06/2021.

_____. Planalto. **Lei de Proteção aos Dados** (LEI Nº 13.709, DE AGOSTO DE 2020). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 18/05/2021.

_____. Planalto. **Código de Defesa do Consumidor (LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 19/06/2021.

_____. Planalto. **LEI Nº 5.615, DE 13 DE OUTUBRO DE 1970.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5615.htm#art16. Acesso em: 19/05/2021.

DONEDA, Danilo e MENDES, Laura. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil.** In: **Revista dos tribunais.** Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document>. Acesso em: 19/06/2021.

JABUR, Gilberto H. **Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro.** In: **Revista. Unicuritiba.** Disponível <http://revista>.

unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3844. Acesso em:
17/06/2021.

PINHEIRO, Patrícia P. **Proteção de Dados Pessoais: comentários À
Lei N. 13.709/2018 (LGPD)**. Editora Saraiva, 2021.

O ATIVISMO JUDICIAL E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL À LUZ DA TEORIA SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA

*George Hilton Lemos Neves*⁹⁷

INTRODUÇÃO

O novo constitucionalismo proporcionou um maior grau interventivo do Poder Judiciário em vários setores da sociedade. A judicialização da vida e o ativismo judicial passaram a ser uma constante no cenário das políticas públicas. Diante desse contexto, analisa-se o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito a partir do exame das correntes procedimentalistas e substancialistas, as quais apresentam visões próprias sobre o papel da Constituição e dos juízes na sua interpretação.

O objetivo da pesquisa consiste em investigar tais correntes em cruzamento com a judicialização da política e o ativismo judicial a partir da análise das teorias processuais-procedimentalistas e as materiais-substancialistas, a fim de evidenciar as características principais de cada uma dessas teorias por meio do estudo dos seus principais seguidores e traçar as semelhanças e diferenças que guardam entre si; além disso, analisar seu emprego na solução de conflitos que exigem maior exercício hermenêutico do julgador para compreender a sua influência na jurisdição constitucional.

A pesquisa se justifica pelo fato de que, se existe a discussão sobre o papel da Jurisdição Constitucional, ou do Poder Judiciário, na realização

97 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Pós graduado em Direito Legislativo pela Faculdade Unyleya. Mestrando em Direito Constitucional Pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

e efetivação de direitos sociais-fundamentais, é porque admite-se que há uma certa inefetividade da Constituição. A partir dessa premissa, a questão a ser investigada consiste em verificar o porquê dessa falta de efetividade do texto constitucional, se há inércia dos poderes públicos na realização e implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais-fundamentais assegurados pela Lei Maior e se nesse cenário é possível, ou até mesmo necessário, a intervenção da justiça constitucional, além do papel da hermenêutica jurídica dentro desse contexto à luz das correntes procedimental e substantiva.

Intenta-se apresentar um panorama sobre as teorias supramencionadas, embasado em estudo realizado a partir de pesquisa bibliográfica de diversas obras, tanto de autores que aderem à perspectiva procedimentalista quanto de adeptos à perspectiva substancialista, buscando fazer a abordagem sempre na direção de indicar a contribuição das duas concepções para a compreensão do tema apresentando, bem como suas principais ideias e posicionamentos e sua influência para os novos rumos trilhados pelo Direito no Brasil.

1. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

De acordo com Coura e Paula (2018), política e Direito são coisas distintas. Enquanto na política vigoram a supremacia da vontade popular e o pronunciamento da maioria, no Direito há o império do legislado, onde os direitos fundamentais são tidos como referencial da compreensão jurídica. No entanto, mesmo que sejam institutos diversos, ambos interagem mutuamente, haja vista que o Direito é produto do processo constituinte e da vontade da maioria, ao passo que a Constituição Programática impõe caráter permanente à alteração das estruturas sociais, o que obriga a política à observância do plano global previamente nela traçado.

No Estado Constitucional de Direito percebe-se que o Poder Judiciário adquiriu especial relevância, visto que no anterior Estado Legislativo de Direito, caracterizado pela centralidade da lei e pela supremacia do Parlamento, a Constituição não passava de um mero documento político sem qualquer força normativa. Nesse estado de coisas, a preponderância

do Poder Legislativo era evidente e os juízes eram considerados apenas “a boca da lei”.

Diante da redemocratização dos Estados, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, foi constatado que era indispensável não só prever um vasto arcabouço de garantias individuais como também proporcionar mecanismos capazes de lhes conferir a devida efetividade. Diante desse contexto, as constituições democráticas elencaram variados princípios constitucionais, cabendo ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir a observância dessas garantias, o que caracteriza, assim, o Estado Constitucional de Direito pela força normativa da Constituição Federal e pela supremacia judicial.

Dentro desse contexto é observado cada vez mais que o Poder Judiciário, como instituição, vem ganhando espaço no cenário social e político brasileiro. Para melhor apresentar os aspectos dessa ascensão, cabe ressaltar que ela resulta de dois institutos distintos, quais sejam, a judicialização da política e o ativismo judicial.

A judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos largamente divulgados na contemporaneidade pela literatura jurídica e, muitas vezes, tratados como se fossem termos sinônimos. Entretanto, cabe ressaltar que são institutos distintos e possuem características bem peculiares as quais necessitam ser esclarecidas a fim de se obter a melhor compreensão desse estudo.

Conforme leciona Bonfim e Sá (2015), os poderes são, entre si, independentes e harmônicos e devem, a partir de suas atribuições constitucionais, interpretar e aplicar a Constituição dentro do âmbito de sua atuação. Destacando que não é privilégio da jurisdição do STF a interpretação da Constituição, haja vista que os outros poderes também a interpretam e é nesse contexto que se estabelecem os freios e contrapesos das relações institucionais. Entretanto, cabe destacar que o Judiciário na contemporaneidade exerce uma atividade de essencial relevância para o cumprimento da Constituição, uma vez que qualquer descumprimento dos preceitos constitucionais, praticado por qualquer um dos poderes, também caberá provocação a fim de que, a partir do devido processo constitucional, sejam efetivados os direitos dos cidadãos.

1.1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para Coura e Paula (2018), a judicialização da política nasce da sensibilidade coletiva de que a conquista e a preservação dos direitos dependem

do judiciário para decidir, com base na lei e até se colocando acima dela, no papel de verdadeiro tutor da política, sem se submeter ao filtro da aprovação popular. Esse sentimento de crença no judiciário advém do descrédito da política majoritária, incapaz de produzir consensos e responder aos reclamos e anseios da sociedade.

Quando o judiciário é chamado para garantir um tratamento terapêutico, por exemplo, não faz nada além da sua própria atividade ordinária de concretizar os direitos fundamentais do cidadão litigante. Além do fato de não poder deixar de julgar casos de direitos em que é chamado a decidir.

De acordo com Bonfim e Sá (2015), é no exercício dessa atividade jurisdicional que surge a judicialização da política como parte do rearranjo institucional o qual a democracia exige para que os direitos sejam respeitados. Entretanto, vale fazer a ressalva de que, a despeito de ser necessário o julgamento do Judiciário, este não pode substituir o debate coletivo de deliberação e formação da vontade pública institucionalizada.

Falar em judicialização da política significa dizer que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

A judicialização da política é decorrente de uma série de fatores os quais, não raramente, são alheios à jurisdição, mas estão intrinsecamente ligados ao maior reconhecimento de direitos pelos cidadãos e pela ineficiência do Estado em efetivá-los, o que origina o crescimento da litigiosidade (BONFIM; SÁ, 2015).

Segundo Barroso (2012), no Brasil a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítico que o Brasil adota; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual combina o modelo norte americano, onde todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma em determinado caso concreto, com o modelo europeu, em que se admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Ressalta-se que neste segundo caso a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em seu contexto abstrato, perante o Supremo Tribunal Federal, e não está pautado em um caso concreto de litígio.

Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inevitável, haja vista que decorre da estrutura institucional vigente e não é uma opção política do Judiciário. Além disso, juízes e tribunais provocados pela via pro-

cessual adequada não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Contudo, a maneira como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Para Mendes (2014), um dos grandes motivos da judicialização da política consiste no fato de a Constituição adotar modelo generoso de controle de constitucionalidade ao utilizar o modelo de controle misto, ou seja, reproduzir o modelo concentrado Europeu e o difuso Norte-americano, o que contribui grandemente para a atuação do Judiciário no que diz respeito à validade normativa.

Em suma, a judicialização da política não decorre da vontade do órgão judicante, mas sim de uma demanda social provocada por reivindicações de direitos, o que ocasiona o aumento de litigiosidade.

1.2 ATIVISMO JUDICIAL

Conforme ensina Barroso (2012), a ideia de ativismo judicial está relacionada a uma intervenção mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo os quais, em diversas situações, não chega nem a haver confrontos, apenas ocupação de espaços vazios. O ativismo consiste em uma atitude, na escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição e ampliar o seu sentido e alcance. Na maioria das vezes em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, o que impede que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De acordo com Coura e Paula (2018), o ativismo está relacionado a uma questão comportamental do Judiciário e se refere à invasão das competências próprias dos demais poderes através do uso de variáveis morais, políticas e econômicas, atitude que, a princípio, se choca com o Estado de legitimidade justa, o qual envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pois juízes não submetidos à avaliação das urnas dão a palavra final sobre direitos construídos democraticamente. Para exercerem esse papel contramajoritário, eles utilizam, muitas vezes, de um manejo dos princípios constitucionais com possibilidades de cumprimento em diferentes graus dentro das possibili-

dades fáticas e jurídicas, aplicando, na resolução de cada caso, uma solução gradual através da ponderação de valores aplicadas a cada caso concreto.

É possível perceber que o ativismo judicial se revela como um problema criado pelo Direito, problema este que deve ser objeto de análise da comunidade jurídica a fim de compreender, primeiramente, o seu sentido, e *a posteriori* perseguir uma solução para essa problemática na seara de um constitucionalismo democrático.

Bonfim e Sá (2015) entendem que o conceito de ativismo judicial deve ser pensado a partir da ótica da ingerência do Judiciário às especialidades e a conseqüente instabilidade que pode trazer ao princípio da separação dos poderes, haja vista que o exercício do ativismo judicial torna o Poder Judiciário a principal instituição proporcionadora da democracia, o que o coloca como a mais importante das instituições.

O ativismo judicial se apresenta como a interpretação que vai além da possibilidade principiológica constitucionalmente prevista. E, a despeito do papel da atividade do Judiciário estar em constante desenvolvimento desde a Segunda Guerra Mundial, ele deve ser exercitado com bastante cautela, restringindo-se à justificação e à razão pública e ensejando a aplicação coerente dos princípios de justiça.

O que caracteriza o ativismo judicial é o fato de o Judiciário passar a atuar fora das suas atribuições constitucionalmente previstas e adentrar a esfera de atuação do Poder Legislativo, o que gera, principalmente, uma crise de legitimidade na democracia brasileira. Nesse sentido, Streck *apud* Bonfim e Sá (2015) complementa que, com essa postura ativista do Judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o Judiciário passou a exercer este papel predatório no espaço político moral, à medida que, ao desprezar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para a sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia (STRECK *apud* BONFIM e SÁ, 2015).

Com base nas características dos dois fenômenos apresentados, é possível constatar que o fenômeno da judicialização se configura em um fato decorrente, circunstancialmente, do próprio engendramento institucional brasileiro. Ao passo que o fenômeno do ativismo judicial consiste em uma atitude, em uma adoção de posicionamento específico e proativo de interpretar a Constituição no intuito de expandir o seu sentido e alcan-

ce, decorrente, na maioria das vezes, da retração do Poder Legislativo ou de uma eventual desconexão entre a classe política e a sociedade civil, obstando que determinadas demandas sociais sejam plenamente satisfeitas.

2. O PAPEL DA HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A fim de compreender o novo papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito é necessário realizar uma ruptura paradigmática, que até mesmo pode vir a causar um mal-estar na comunidade jurídica preocupada com o Direito enquanto fator de transformação social. Constata-se que a jurisdição constitucional deve estar atravessada por uma perspectiva hermenêutica, onde se torna mais presente e mais forte quando do exame das questões atinentes aos efeitos das decisões de (in)constitucionalidade.

Para Streck (2003), a hermenêutica, mais do que contributo, transforma-se em condição de possibilidade para a construção e a elaboração de um discurso apto a desmistificar as teses as quais, historicamente, obscureceram as possibilidades transformadoras do Direito e implicam num amplo acesso à justiça e num autêntico processo de capilarização da jurisdição constitucional.

Ainda segundo Streck (1999), a contribuição hermenêutica é de fundamental importância a partir da ideia de que a verdade no campo jurídico é uma verdade hermenêutica, visto que a experiência de verdade à qual se atém a hermenêutica é fundamentalmente retórica. Interpretar não conduz ao conhecimento de algo que pertence intrinsecamente a um texto, sobretudo porque qualquer texto é sempre objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, dos objetivos e propósitos aos quais, com ele e através dele, se visa. Não havendo nenhuma anterioridade de essência, nem nenhuma prioridade de coerência, já que o que é dito sobre um texto é inseparável de quem o diz, dos propósitos nos quais se baseia e do momento em que ocorre.

Com base nesse entendimento, pode-se dizer que a resposta constitucionalmente adequada é o ponto circunstancial em que surge o sentido do caso concreto. Nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de “a resposta hermeneuticamente mais adequada”, a qual é dada sempre

e somente na situação concreta. A tese da resposta hermenêuticamente adequada é, assim, uma decorrência da superação do positivismo, o qual é discricionário e passa a abrir espaço para várias respostas e para a consequente livre escolha do aplicador do Direito, sustentado em discursos de aplicação e de intersubjetividade, nos quais os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo (STRECK, 2009).

Diante desse contexto, surge o entendimento de que há a necessidade de desobjetificar a Constituição. Essa tarefa somente tornar-se-á possível a partir da superação do paradigma metafísico que predomina o imaginário dos juristas. Essa superação consiste na busca do verdadeiro sentido do constitucionalismo e do seu papel histórico-social. Eis o grande desafio da hermenêutica, qual seja, abrir uma clareira no Direito, desocultar caminhos e descobrir as sendas que foram encobertas pelo positivismo (STRECK, 2009).

Ainda de acordo com Streck (2009), a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa escolha no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do Direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição ou, se for almejado, uma resposta constitucionalmente adequada, como se fosse uma espécie de resposta hermenêuticamente correta, a partir do exame de cada caso.

Nesse sentido, foi mostrado pelo neopositivismo que todo ato de decisão jurídica traz consigo uma certa medida de subjetividade, a qual é aceita com base na competência do órgão que proferiu a decisão. Tal competência é justamente o que ensejava à decisão o status de juridicamente correta. Essa situação pôs abaixo o ideal de uma resposta justa e correta, bem como trouxe à tona a existência de um déficit de legitimidade (SIMIONI, 2014).

É justamente neste ponto onde nascem os argumentos das correntes pós-positivistas, os quais tentam estabelecer um meio racional para orientar essa escolha do julgador e retirar, desse modo, a subjetividade nela existente. A tarefa de justificar racionalmente algo que o neopositivismo deixava a cargo da subjetividade do julgador ou, em outras palavras, ques-

tões que extrapolavam o âmbito jurídico influenciadas por questões como a moral, a ética e a política, também se coloca como algo complexo, o que provoca o nascimento de duas correntes teóricas distintas, quais sejam, o procedimentalismo e o substancialismo (SIMIONI, 2014).

3. A PERSPECTIVA SUBSTANCIALISTA

De acordo com Simioni (2014), o substancialismo é baseado na existência de princípios e valores substanciais os quais seriam capazes de orientar o decidir do julgador e promover convicções que justificariam racionalmente a decisão.

Os partidários do substancialismo se baseiam na própria estrutura valorativa da Lei Fundamental para dizerem da compatibilidade de suas posições com o papel da magistratura quanto ao reconhecimento do pluralismo e da urgência em proteger todos os segmentos contra o desprezo do ideário supremo da sociedade brasileira, a fim de encorajar o Judiciário a se expressar contra a onipotência e onisciência da maioria política, nem sempre sintonizada verdadeiramente com o espírito popular, ao contrário, muitas vezes movida em prol de interesses setoriais arquitetados por coalizões de interesses pouco republicanos (COURA; PAULA, 2018).

Segundo Hommerding (2006), a perspectiva substancialista sustenta que as decisões judiciais auxiliam na afirmação dos direitos fundamentais e na realização de uma agenda igualitária, onde é valorizada a Constituição como instrumento vinculante e programático, uma diretriz e um argumento de conservação do Estado Democrático de Direito, o qual ainda resguarda a ordem e a liberdade e não desconhece a politicização do Direito, mas é uma forma de garantir o cumprimento da promessa de construção de um Estado Social livre e independente. A linguagem constituinte se firma como a condição de possibilidade do novo, em que a Constituição é tida como fator de integração política, expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política, onde serve de instrumento de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder.

No entendimento do substancialismo, o destaque do Judiciário na balança dos poderes está relacionado ao papel originário de guarda da constitucionalidade, utilizando a constituição como instrumento, den-

tro do modo prático, para efetivar direitos, sendo preciso a magistratura assumir o lugar de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais nela previstos. Dessa forma, o destaque da jurisdição jurisdicional está na ordem direta da concepção substancialista de abertura à ação comissiva do Estado em relação ao trabalho de juízes voltados, mais do que a harmonizar os poderes, a impedir a contrariedade da Constituição onde esta se mostra evidente e oferecer, em paralelo, a possibilidade de, à falta de um legislativo sensível aos vulneráveis, serem depositários e guardiães da vontade geral (COURA; PAULA, 2018).

De acordo com a concepção substancialista, o Poder Judiciário poderia contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político ao garantir aos grupos desfavorecidos, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direitos no processo judicial, assumindo o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no Direito Positivo, sobretudo nos textos constitucionais (HOMMERDING, 2006).

De acordo com Streck (2004), cabe destacar que a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico e, fundamentalmente, exige a rediscussão do papel destinado ao Poder Judiciário no sentido de restaurar a força do Direito, cabendo à jurisdição a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição, pois a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca não só política, mas jurídica também, de sua afirmação, realização e aplicação. Como elaborar isso juridicamente é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental Integral, onde o Poder Judiciário deveria assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentéista na qual permeia a dogmática jurídica brasileira, típica do modelo liberal-individualista-normativista.

Streck (2004) continua lecionando que, como a efetivação de um Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, a Constituição passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação concreta do Estado na busca do anseio

apontado pelo próprio texto constitucional, entendido no seu todo como dirigente-valorativo. Dessa forma, a baixa constitucionalidade no Brasil é decorrente de uma deficitária pré-compreensão, a qual acarreta uma deficitária compreensão e, por conseguinte uma deficitária interpretação. Surgiu, assim, uma espécie de teto hermenêutico estabelecido exatamente a partir de uma tradição onde o Direito Constitucional nunca teve a devida importância. A origem da crise do Direito e dessa baixa efetividade da Constituição talvez se deva ao fato de que o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece, depois interpreta, para somente então aplicar.

4. A PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA

Segundo Simioni (2014), a teoria procedimentalista defende o desenvolvimento de uma argumentação jurídica baseada em regras procedimentais, o que a afasta do subjetivismo e garantindo o atingimento de um consenso racional.

Para Coura e Paula (2018), a compreensão procedimental da democracia entende que as Constituições devem se deslocar das definições de conteúdo e se abstrair de adentrar em assuntos de natureza econômica e/ou social ou em outros propósitos de governo para se restringir aos instrumentos de participação democrática e na estrutura das competências do Estado. Dessa forma, resta ao Poder Judiciário apenas a condição de garantidor do exercício democrático, haja vista que para tal teoria, entende-se que, a servidores não eleitos, descabe entrar em posicionamentos ideológicos ou manifestações valorativas.

Hommerding (2006) entende que a perspectiva procedimentalista, de certa forma, desprestigia o papel dirigente da Constituição e a sua força normativa à medida que a Constituição determina procedimentos políticos e garante que ocorram dentro da lei. Para tal concepção, acredita-se que o Direito em excesso pode ser prejudicial ao regime democrático, visto que a invasão na política pelo Direito desnorreia a capacidade democrática da sociedade e aumenta o desprestígio das alternativas democráticas na produção do Direito. Tal entendimento induz uma interpretação do Direito desconforme ao conteúdo material da Constituição, o que anula o Direito como poder de Estado, pois os

direitos e garantias fundamentais passam a ser objeto de retórica sem que sejam efetivados, decorrendo daí uma fragilização do próprio regime democrático, que neles se fundamenta.

Para tal corrente, o embasamento da compreensão revela a legitimidade do Direito sustentada pelo agir comunicativo, pelo qual os indivíduos, a partir de suas manifestações, chegam ao consenso a partir da via argumentativa resultante da participação dos possíveis destinatários da norma, cuja validade atende ao princípio da universalização, de onde advém a crença na legalidade como resultado da criação discursiva aberta à comunidade e que gera o entendimento recíproco permeado pela participação simétrica dos interessados (COURA; PAULA, 2018).

Para a perspectiva procedimentalista, o fundamento democrático é aquele no qual resulta a repartição dos poderes de forma bem definida e as cortes constitucionais só atuam com imparcialidade e independência se mantiverem distância de juízos valorativos e permanecerem em posição de cautela, já que o núcleo de avaliação moral é o contexto dialógico desenvolvido no discurso de fundamentação, porque argumentos de cunho político devem ser encarados como estranhos à atividade judicante. O cidadão, no caso, não deve se limitar a participar da política apenas no voto periódico, mas deve ser, também, elemento ativo na interação comunicativa em um processo abrangente de apreciação quanto aos interesses universalizáveis do ponto de vista pragmático e ético, e a norma que passa por esse exame prévio é depurada pelo princípio da democracia participativa e pelos direitos fundamentais para que o produto seja um enunciado válido (COURA; PAULA, 2018).

De acordo com Streck (2006), o problema fundamental das teorias procedimentalistas consiste no fato de procurarem encontrar, no procedimento, o modo ideal de operar a democracia a partir de uma universalização aplicativa. Dessa forma, é difícil sustentar as teses procedimentalistas em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua sem efetividade, mesmo após mais de três décadas da promulgação da Constituição.

Segundo Harbermas (1997), os adeptos do procedimentalismo defendem que no Estado Democrático de Direito, os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição, isto é, devem limitar-se a proteger um processo de criação democrática do

Direito, preocupado em proporcionar que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

Hommerding (2006) leciona que os críticos das teorias procedimentalistas entendem a questão diferentemente, sendo contrários ao procedimentalismo universalizante, o qual defende a criação de procedimentos de criação democrática do Direito de forma a viabilizar a inclusão e participação igualitária de todos os cidadãos nos ambientes discursivos, bem como a função normativa da democracia procedimental, a qual só considera legítimas e válidas as leis que receberem a aprovação de todos os cidadãos em um procedimento legislativo constituído legalmente.

De acordo com Kaufmann (2004), o que legitima o consenso para os procedimentalistas é a força do melhor argumento, encontrando os critérios para as características formais do discurso orientado para o consenso, o que ele chama de condições de uma situação ideal de discurso a fim de que haja uma identificação com a verdade e com a justiça: igualdade de oportunidades para todos os participantes do discurso, liberdade de expressão, ausência de privilégios, veracidade, e ausência de coação.

Para Streck (2006), segundo os críticos da perspectiva procedimentalista, tal corrente não faz uma teoria do conhecimento para descrever situações concretas. O que é feito é uma teoria do conhecimento para descrever formalmente o que é universal nas situações concretas. Os procedimentalistas propõem um modelo de democracia constitucional o qual não tem como condição prévia fundar-se em valores compartilhados ou conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e exijam uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas em uma nação de cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo apresentar duas concepções contrapostas a respeito do papel dos tribunais e do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, a concepção procedimentalista e a substancialista, a fim de tentar atribuir qual das duas deveria ser privilegiada na busca da concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

Apresentadas as argumentações das duas correntes, extrai-se que os argumentos da teoria procedimentalista enfocam que sua principal preocupação é a proteção das condições do procedimento democrático e a lógica da separação dos poderes, demonstrando-se contra a extrapolação, por parte do Poder Judiciário, de suas atribuições primárias constitucionalmente previstas, bem como contrária à intervenção deste na esfera política. Em relação aos fundamentos apresentados pela corrente substancialista, infere-se que, ao contrário da corrente anterior, defende o papel intervencionista dos juízes e tribunais com o intuito de fazerem valer os princípios e valores fundamentais previstos na Constituição.

A teoria substancialista defende que a jurisdição constitucional deve buscar a concretização de valores, visto que a aplicação do Direito tem um potencial transformador e, dessa forma, o texto constitucional passa a ser uma condição de possibilidade real para a transformação da sociedade em decorrência da sua força normativa. Já a teoria procedimentalista utiliza a hermenêutica como método e entende a verdade como algo decorrente da utilização desse método, haja vista não entender a Constituição como uma ordem concreta de valores, de modo a não conseguir desvelar a função social do Direito.

Diante das diferenças apresentadas entre as duas concepções aqui abordadas, é possível concluir que as distinções existentes entre as posturas procedimentalistas e substancialistas não podem se opor a ponto de taxarmos que a perspectiva substancialista não é pluralista ou que a procedimentalista possa ser reduzida a uma concepção meramente formalista e metodológica, especialmente no Brasil, em virtude das suas peculiaridades e da diversidade que lhe é intrínseca. Bem como não seria coerente afirmar que apenas uma é democrática e a outra não, ou que a perspectiva procedimentalista não esteja preocupada com a concretização dos direitos fundamentais e com a preservação da Constituição.

Diante de um panorama onde o Poder de Estado, a princípio encarregado de concretizar tais valores, seja omissivo e inerte, surge, naturalmente, a necessidade de incumbir ao Poder Judiciário o cumprimento das promessas da modernidade, de forma que este poder não possa assumir uma postura passiva diante da sociedade. Mas, ainda assim, diante da atual realidade social que anseia por modificações e pela concretização dos direitos fundamentais para conquistar uma sociedade mais justa e igualitária, o

que se pode concluir é que a discussão atinente a qual das duas correntes é a correta parece ter perdido a sua relevância e o seu fundamento, haja vista que as duas correntes perseguem o mesmo objetivo e o mesmo pressuposto, e as contradições existentes entre elas acabam perdendo o sentido, visto que, até agora, nenhuma das duas, sozinha, conseguiu elucidar o problema o qual se dispõem a solucionar.

Diante dessa realidade, o que se deve buscar é uma autonomia do Direito a qual suplante e vá adiante na discussão entre substancialistas e procedimentalistas, a fim de alcançar uma nova concepção onde as duas perspectivas possam coexistir e trabalharem em conjunto para que o fim desejado seja atingido, cada uma dentro das suas limitações e de forma moderada, uma vez que os direitos fundamentais se mostram como princípios os quais asseguram a concretização da dimensão material e substancial da democracia, e as normas estruturais protegem os aspectos formais desta. Assim, um Estado que objetiva tão somente uma das duas partes, quer seja a formal ou a material, não seria capaz de atender ao objetivo que o Estado Democrático traz consigo.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. RFD-Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 02/04/21
- BONFIM, Vinícius Silva; SÁ, Mariana Oliveira de. **A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, volume 5, número especial. Brasília, UniCEUB, 2015. Disponível em: <http://www.rbpp.uniceub.br>. Acesso em: 18/05/21.
- COURA, Alexandre Castro e PAULA, Quenya Correa de. **Ativismo judicial e judicialização da política: sobre substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 116. . jan/jun 2018. p. 63-112. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/511>. Acesso em: 10/05/21

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. v. 1. Tradução Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 57. jan./abr. 2006
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Prefácio e tradução Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. Porto Alegre: Revista de Estudos Constitucionais e Teoria do Direito. I, jan-jun 2009
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS, 1999
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Porto Alegre: Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol 8, nº 2. Maio/ago 2003
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

INFORMAR, EXPRESSAR, VIOLAR, ESQUECER: A LINHA TÊNUE ENTRE A LIBERDADES DE IMPRENSA E INFORMAÇÃO EM FACE DO DIREITO DE ESQUECIMENTO E DE SER DEIXADO EM PAZ

*Celso Ícaro da Paixão Bezerra de Oliveira*⁹⁸

INTRODUÇÃO

Para iniciar nossa abordagem sobre a linha tênue entre a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento é necessário explicitar individualmente sobre o que tratam esses direitos, uma vez que ambos se encontram embasados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no rol dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos regidos pela Carta Magna regente do nosso ordenamento.

O direito ao esquecimento encontra embasamento no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como uma das esferas da dignidade da pessoa humana. Portanto, atua como uma das espécies do direito da personalidade, uma vez que a dignidade da pessoa humana antes de mais nada “[...] constitui, por assim dizer, um valor

98 Graduando em Direito pela Faculdade Santíssimo Sacramento – 5º Semestre.

único e individual que não pode, sobre qualquer pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos.” (FILHO, 2019, p. 5)

Em acepção mais ampla à dignidade da pessoa humana, este colocado como um princípio fundamental em nossa Lei Maior tem origem na própria natureza do homem, no indivíduo de ser e de existir e em suas mais diversas dimensões individuais, de tal forma que mesmo o direito positivo não tutelando os Estados em seus ordenamentos, não pode sobre qualquer prerrogativa o ofender, pois um ataque à dignidade humana é um ataque à essência do indivíduo e aos valores que o compõe como indivíduo.

Esses valores podem ser traduzidos em esferas: a política, a vida, a arte, a música, o trabalho, a religiosa, a cultural, a científica, a moral e a ética. Tais esferas combinadas constituem no ser humano a própria individualidade. Nesse ínterim, desde que não vire interesses coletivos ou de terceiros, o indivíduo tem o direito de ser deixado em paz, de onde é extraído o direito ao esquecimento.

Para distinguir os seres humanos, diz-se que eles detêm uma substância única, uma qualidade própria, comum unicamente aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana (SILVA, 2012, p. 4).

Silva e Carvalho (2017) nos apresentam o conceito de direito ao esquecimento como

[...] a faculdade que o indivíduo tem de pleitear a retirada de informações pretéritas da exposição atual nos meios de comunicação, de maneira que possa regular seu uso. Objetiva o prosseguimento de uma vida digna sem as sombras do passado. Trata-se do direito de ser deixado em paz, de ser esquecido, de estar só. (SILVA; CARVALHO, 2017, p. 67).

Partindo dessa acepção, podemos inferir que o direito ao esquecimento traz em seu bojo uma série de direitos a serem cuidadosamente analisados, dentre eles o uso e o direito à imagem. A depender da situação fática e conforme a cuidadosa análise do juiz no exercício da magistratura, a ocorrência de ilicitude que incorra diretamente em dano, se comprovado nexos causal, enseja a reparação e resulta na indenização por perdas e danos.

No que concerne à liberdade de expressão e de informação teremos seu rol elencado principalmente nas garantias fundamentais da Constituição Federal, no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV⁹⁹.

Em relação ao direito de liberdade de imprensa, o inciso IX visa garantir o direito do brasileiro de informar, de ser informado e de buscar a informação. Vale atentar que esses direitos são essenciais para o pleno exercício da democracia e da cidadania “[...] uma vez que todos têm o direito de se informar da vida social e política.” (FILHO, 2019, p. 21).

Nesse mesmo sentido, o pleno exercício democrático e cidadão rumo à dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões — políticas, científicas, artísticas dentre tantas outras que visam atingir a Carta Magna ao eleger como fundamental — e a Legislação indica que não é necessária, quando um determinado fato ganha relevância social, autorização prévia do titular.

Vale atentar que, diante de tantos direitos, eles vêm incumbidos de uma grande carga de deveres e de responsabilidades de seus titulares, de forma que é essencial para seu exercício pleno e legítimo a averiguação se aquilo que está sendo veiculado — seja pela imprensa tradicional ou pelas mídias emergentes no meio digital — corresponde à realidade e não imputa em prejuízo aos outros sociais. Caso o conteúdo veiculado tenha apenas o objetivo de prejudicar uma inocente vítima, ao comprovar a responsabilidade danosa da conduta e o nexo causal, o indivíduo prejudicado e/ou ferido em sua dignidade será passível de reparação.

Resta comprovado nesta introdução que o direito ao esquecimento e à liberdade de expressão são claramente opostos em sua natureza. Enquanto o segundo preza pela liberdade de expressão e pelo direito de informar qualquer fato relevante para a sociedade, o primeiro preza pelo “esquecimento”, pela não rememoração que lhe retire o direito a uma vida digna e ao esquecimento de seu passado. Este trabalho estabelecerá, com base em jurisprudência e doutrina, os preceitos nos quais o juiz, no exercício da magistratura, deve se fundamentar para a resolução desse conflito o qual envolve um choque de princípios constitucionais. Tam-

99 IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

bém ocupar-se-á, este trabalho, em responder os questionamentos: Quais são as formas de invasão da vida privada, em face da liberdade de expressão e de informação? Quais são as possibilidades de indenização em face de violação do direito ao esquecimento?

1. INVASÃO DA VIDA PRIVADA

O direito à privacidade emerge dos direitos da personalidade, ou seja, dos quais estão intrinsecamente relacionados ao indivíduo em si, previstos na Constituição Federal, artigo 5º, inciso X, onde tutela os fatos da intimidade da pessoa quando esta, titular de direito, não deseja ser levada a público, seja pela exposição de sua imagem ou de sua vida privada no âmbito familiar, portanto, garantindo-lhe o sigilo de informações.

Nesse ínterim, viola o direito à privacidade qualquer pessoa que venha a aviltar o direito à imagem ao fazer divulgações indevidas ou sem a permissão da pessoa. Às comunicações pessoais ouvidas, gravadas e aqui expostas estende-se esse entendimento; conversas de *WhatsApp*, cartas, e-mails, prosa e toda forma de comunicação, ou ainda aquela pessoa que viola o direito à vida privada na convivência familiar ou em qualquer outro meio, incorrem em responsabilização civil e deve, através de indenização, minorar o dano causado.

O direito à vida privada é violado quando afeta diretamente a família do indivíduo, ou seja, quando as informações vazadas prejudicam outros familiares. Dado ao avanço tecnológico, essa violação tem se tornado mais comum; quando um fato é exposto, por exemplo, há disseminação de uma notícia a qual imputa falsa reputação a um indivíduo em uma rede social e, logo em seguida, pessoas levadas pelas falsas notícias atacam não somente a honra de quem é vítima direta da notícia, mas também perseguem e atacam seus familiares, facilmente descobertos pelas próprias redes sociais.

O direito ao sigilo protege as comunicações, mensagens de texto e audiovisuais, bem como cartas e todas as demais comunicações, salvas as exceções trazidas pela lei para fins de investigação criminal. Além dessas hipóteses qualquer divulgação não autorizada é passível de indenização.

Diante dessas terminações entende-se que, em relação à intimidade, o homem tem direito a desfrutar dos gozos e dos direitos os quais a vida lhe

proporciona dentro dos limites da lei, sem que tenha exposto, por vontade própria, o que se passa naqueles grupos ou em sua vida privada, ou seja, sem a intervenção de terceiros em sua vida pessoal, salvo os casos de responsabilização criminal ou casos em que a lei assim exigir.

2. DIREITOS DA IMAGEM

Dado o avanço e a velocidade de difusão das informações nas redes sociais, incluindo principalmente a difusão de imagens, vale a pena aqui conceituar o que seria o dano à imagem, uma vez que na esmagadora maioria dos casos, à imagem de uma possível vítima que tenha ferido seu direito ao esquecimento têm veiculado sua foto, seu rosto, ou ainda a imagem de outrem veiculado como sendo a sua. Nesse ponto, é possível entender o dano como agravo à imagem atributo, ou seja, a imagem que a pessoa exterioriza através de seus comportamentos e na sua vida pessoal, a qual constitui a sua reprodução nos diferentes ambientes de relações sociais como trabalho, família, comunidade etc.

Entende-se dano à imagem como um prejuízo à integridade moral, honra ou boa fama, o qual tenha sido causado por outrem por meio da divulgação não autorizada de textos, veiculação de imagem, logotipo ou qualquer outro direito personalíssimo com veiculação que atinja a honra e a boa imagem ou comercial, sem prévia outorga do titular dos referidos direitos.

Os direitos da imagem estão previstos no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” (BRASIL, 1988). O referido artigo funciona como “um freio limitador ou limitador consciente da liberdade de imprensa e expressão de que o ataque irresponsável e sem fundamento contra outrem demandará a justa reparação do dano causado, aí contempladas a resposta e a obrigação de indenizar os prejuízos materiais, morais, à imagem, à honra e à psiquê.” (FILHO, 2019, p. 18).

O direito à imagem, abarcado pela integridade moral, também é resguardado pelos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro. Os artigos resguardam o escopo da integridade moral e conseqüentemente o dano à imagem quando seu uso não é autorizado pelo titular. Em casos de figuras públicas, a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça torna obrigatório

o pagamento de indenização em exposições não autorizadas para fins comerciais. Duarte *apud* Gomes (2019), informa que é preciso fazer ressalvas quanto à tutela desses direitos que podem ser afastados na hipótese de

[...] sua notoriedade, o cargo que desempenha, exigência política ou da justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução de imagem vier enquadradas em lugares públicos, ou fatos de interesse público, ou que em público haja ocorrido. (DUARTE, 2019, p. 40).

Notamos essa perspectiva no artigo 31, inciso III, da Lei de Acesso à Informação, a qual elenca as condições que afastam o consentimento do titular para que sejam acessadas as informações. No entanto, esse rol de exceções à regra não exime o detentor dessas informações por seu uso irresponsável. Esse artigo também reforça a previsão legal do artigo 20 do Código Civil, onde está prevista a restrição.

Apresentada a conceituação de direito de imagem e algumas das previsões legais, principalmente o artigo 20, o qual prevê ressalvas ao direito de imagem principalmente quando é necessária a administração da justiça ou a manutenção da ordem pública. Portanto, devemos retomar as questões propostas para discussão neste artigo.

3. O QUARTO PODER

Vale apresentar uma análise fática a fim de expor com maior especificidade as ideias apresentadas. A primeira questão a ser enfrentada aqui é a da liberdade de imprensa, esta exerce papel essencial na democracia, de forma que é alçada a uma espécie de “quarto poder”. Basta uma rápida análise histórica de nosso país e do mundo para compreender o papel que a mídia exerce sobre uma população ao levá-la boas resoluções ou consequências catastróficas a partir de um fato do cotidiano, ou mesmo ao induzi-la a grandes revoluções e reivindicações populares. Vide por exemplo: a Revolução Francesa e seus jornais periódicos; Benjamin Franklin com a independência dos Estados Unidos; em um outro panorama podemos citar os movimentos encabeçados por Adolf Hitler, Josef Stalin e Vladimir Ilyich Uliano. Os exemplos comprovam o papel da mídia,

quando sabiamente manipulada ou quando expressa os reais sentimentos de uma população, contribuindo para transformações sociais reais de uma determinada Nação, ou sendo seu algoz e escravizando-a com grilhões tão sutis, e ao mesmo tempo tão bem forjados, que seu senhor não precisará nem sequer acorrentar, o próprio escravo o fará por ele.

Uma democracia se constitui, primeiramente, pela liberdade de expressão de ideias e de veiculação da comunicação, principalmente aquelas atinentes à vida pública, social e política, as quais afetam diretamente o indivíduo em seu âmbito particular ou coletivo. Porém, jamais se pode eximir a responsabilidade desses entes por prejuízos e danos causados à imagem, à honra ou à integridade moral de outrem. Não é aceitável, sob qualquer hipótese, intervir na dimensão privada de outra pessoa com o objetivo de conseguir um novo “furo” de reportagem.

Em verdade, o que há em nossa realidade é uma romantização do exercício da atividade de imprensa de um modo geral, principalmente com a figura do repórter investigador, o qual se acha imbuído do poder policial e judicial quando não possui qualquer outorga, permissão do Estado ou legitimação para agir de tal forma.

A romantização prevalece quando estes profissionais, com base em suas convicções morais e padrões sociopolíticos, são tomados pelo egocentrismo e acreditam que podem traçar a linha entre o bem e o mal. Aqui, a principal função da imprensa de informar da maneira mais próxima e imparcial os fatos ocorridos em determinado lugar, dia ou sob uma determinada circunstância, passa a ser visto como papel de fazer justiça social. Repórteres tornam-se justiceiros e indivíduos com seu juízo de ponderação plenamente afetado. Volto aqui à necessidade de defender uma imprensa livre como essencial ao Estado Democrático Constitucional de Direito, mas essa prerrogativa enseja também grande responsabilidade quanto à veiculação de uma notícia.

Com o advento das redes sociais vemos a proliferação exacerbada desses justiceiros sociais. O mundo digital proporciona uma sensação de segurança, a qual faz com que alguns indivíduos se sintam imbuídos de um poder fora do comum, o que gera um autojulgamento desenhores da justiça. São os novos repórteres investigativos que se espalham por todo o país, escondidos atrás de um teclado ou da tela de um celular. Talvez movidos por uma boa intenção com a qual se sentem obrigados a tornar

o mundo melhor, essas pessoas se propõem a compartilhar falsas informações ou manipulá-las para dar lugar a falsas interpretações da realidade, ou apenas importunar pessoas, perseguindo-as mesmo que já tenham pagado por seus crimes. O direito de ser deixado só é completamente esquecido. Postagens tornam as pessoas alvo de comentários descabidos que nada resolvem uma determinada circunstância e de nada servem a não ser para destilar o ódio puro e simples. Muitas vezes não há qualquer apuração sobre a veracidade das informações divulgadas, não há sequer uma devida retratação, seja por parte das mídias ou das redes sociais, e ambas causam impactos tão grandes que é simplesmente impossível responsabilizar cada um no âmbito privado de cada indivíduo em particular uma vez que um dano moral já foi feito.

A depender do caso, mesmo que a pessoa que tenha originado o dano seja punida e preste uma reparação, dada a velocidade de reprodução das informações na atualidade, é possível atingir, facilmente, uma comoção nacional e manchar indevidamente a reputação de alguém de uma forma irreversível. Portanto, pode ser impossível processar cada responsável individualmente ou ainda processar em litisconsórcio todos os envolvidos na divulgação de tais informações, o que viola o direito de imagem e de esquecimento, além de afogar ainda mais o já sobrecarregado Poder Judiciário em um número infundável de processos, mesmo que cada pessoa, ainda que bem intencionada, seja condenada ao pagamento de uma reparação de danos morais.

Ainda que uma grande mídia pague uma indenização vultuosa pelos danos que ela ocasionou, tais ações, por mais assertivas que sejam pelo Poder Judiciário, jamais irão reparar um dano causado a uma boa reputação e à honra, tão menos ainda fazer com que a população esqueça de um caso. No entanto, existe a possibilidade de que não haja, diante da reprodução ou rememoração dos fatos passados, qualquer ofensa por parte do veículo de divulgação ao rememorar o caso, como foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante do caso Aida Curi, em que familiares pleiteavam indenização por ter sido rememorado seu caso e, com isso, ter ocasionado sofrimento aos mesmos em um programa de tv. O Ministro Luiz Felipe Salomão entendeu que, mesmo reconhecendo o direito ao esquecimento, não há uma responsabilização civil objetiva onde se obriga a indenizar independentemente da culpa do agente, do ente, ou em caso de

grandes mídias, em uma indenização por risco integral da profissão onde se afasta o nexo de causalidade entre a ação danosa e a culpa do agente.

Aqui temos, portanto, um impasse. Se um indivíduo teve seu direito violado, como deve proceder o magistrado para fixar o dano moral? Rememora-se aqui que há, primariamente, um choque entre princípios constitucionalmente abordados em seção anterior deste artigo. Inevitavelmente quando se está diante do choque entre princípios, um deve ceder para que o outro prevaleça. No choque entre liberdade de expressão e o direito ao esquecimento decorrente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do preceito fundamental do direito ao uso de imagem, há alguns parâmetros propostos os quais devem ser observados pelo magistrado, pautando-se na proporcionalidade entre a ofensa e o dano para chegar a um veredito mais justo para cada caso posto em juízo. Abaixo descreve-se alguns parâmetros os quais podem ser utilizados pelo juiz a fim de acordo com cada caso concreto, uma vez que, por se tratar de responsabilização civil, a legislação atual não fixa parâmetros de forma exaustiva, além de que seria impossível ao legislador prever todas as hipóteses; assim, limita-se a prever apenas a reparação em caso de dano, tanto ao patrimônio quanto aos direitos da personalidade. Fica então legado aos estudiosos do Direito estabelecer parâmetros e dar subsídios ao juiz, analisando cada concreto que aplique o Direito.

Valendo-se dos costumes, ou seja, da análise dos valores da sociedade, para num primeiro momento ter uma concepção do fato e da relevância da veiculação da informação para a sociedade, e se for necessário caso o pedido rememorando tenha uma resposta positiva, para esse primeiro e principal quesito, deve o juiz extinguir o processo sem que haja ao réu qualquer prejuízo, se a resposta for negativa deve prosseguir a análise.

Depois analisa-se o conteúdo da informação a sua veracidade e se o contexto original da primeira vez em que foi noticiada somado à veiculação da imagem da parte ofendida é atual ou do momento, se for o segundo, não há uma ofensa quanto ao direito à imagem, porém se for usada uma foto atual, temos configurado um dano à personalidade vinculado à imagem atual de um indivíduo e a um fato passado, o que configura, portanto, uma violação do direito ao esquecimento.

Não obstante, o dano não deve ocorrer sozinho, mas atrelado a um nexo de causalidade entre a ação e o resultado para que haja obrigação de

reparação. O nexo de causalidade mostrar-se-á presente no terceiro critério e atua como elo até a ação, no caso em análise a violação do direito ao esquecimento, sem o qual não pode ser configurada a responsabilidade civil e o direito.

Por fim o magistrado analisa novamente o impacto da nova informação na vida do réu, se este passou a ser perseguido, se teve sua integridade moral e sua imagem atributo, à qual reconstruiu, diretamente violada. Se sim, deve o juiz determinar com base na extensão dos danos, o sofrimento do réu, se houve ou não lucros cessantes, o que configura na perda de uma oportunidade, tal qual uma vaga de emprego ou um contrato de prestação de serviços.

Ao analisar esses parâmetros, podemos inferir a validade da fixação de uma reparação ao dano moral para a parte ofendida, visando minimizar as perdas que ela sofreu quando sua imagem foi injustamente divulgada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Graças aos esforços e à sapiência da humanidade, vivemos tempos jamais vistos nos mais diversos campos científicos, lutamos e conquistamos direitos de nos expressar e de nos informar livremente, direitos tão importantes que integram cartas magnas nos mais diversos ordenamentos pautados pelo Estado Democrático de Direito, figurando o rol de liberdades individuais.

Nos tempos contemporâneos, nos informamos e repassamos essas informações numa velocidade jamais vista, em milésimos de segundos conseguimos compartilhar uma notícia, um vídeo, um telejornal, um blog. Porém, a era da velocidade da informação trouxe seus malefícios, pois velocidade não significa qualidade, menos ainda veracidade, e estes dois aspectos são deixados de lado e dão lugar à indignação que uma determinada notícia gera quando deixa em segundo plano os fatos, em muitos casos, sem ter sequer a cautela em buscar fontes confiáveis para a conferência dessa informação.

O fato é que a tamanha prodigalidade da informação pode, muitas vezes, incorrer em prejuízos para as pessoas que, ao final da apuração, ou são inocentes, ou repararam sua dívida perante a sociedade, ou foram vítimas de algum crime e desejam um novo começo na vida.

Tal situação pode evitar uma série de problemas se, em primeiro lugar, as pessoas buscarem fontes confiáveis e a apuração dos fatos e, em caso de crime, os resultados conclusivos do sistema judicial. Porém, quando isso não ocorre, é preciso analisar a materialidade do fato, embasada nos critérios apresentados neste artigo, e arbitrar uma indenização ao direito de esquecimento, caso contrário poderá ser reconhecido na sentença que não há dano ao direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André G. C. de. O princípio fundamental da dignidade humana e a concretização judicial. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. p. 316-335. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. – 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.082.878-RJ** – Decisão reformada. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 403**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-summulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.

_____. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF: CGU, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

- DUARTE, Nestor. Dos Direitos da Personalidade. In: GODOY, Claudio Bueno de; et al. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri (SP): Manole, 2019. p. 30-48.
- FILHO, José Francisco Ferraz Cunha. Dos Princípios Fundamentais. In: GODOY, Claudio Bueno de; et al. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri (SP): Manole, 2019. p. 3-13.
- _____. Dos direitos e deveres fundamentais. In: GODOY, Claudio Bueno de; et al. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri (SP): Manole, 2019. p. 15-53.
- HOLANDA, Danielle Spencer. **Direito à privacidade sob a ótica da nova sociedade da informação**. Recife: Edição da Autora, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4221/1/arquivo5121_1.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.
- SAHM, Regina. **Direito à imagem no Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- SILVA, Hugo Hg Mussi. **A origem e a evolução dos direitos da personalidade e a sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5571>. Acesso em: 03 mar. 2021.
- SILVA. Raphael L. P. Lourenço da. **Dignidade da Pessoa Humana**: origem, fases, tendências, reflexões. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/raphaellemospintosilva.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.
- UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133_htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

A VULNERABILIDADE SOCIAL DAS CRIANÇAS INSTITUCIONALIZADAS NO QUE TANGE À SAÚDE MENTAL

*Alyssa Dos Reis Calasãs Pereira*¹⁰⁰

*Roberta Galdino Souza*¹⁰¹

INTRODUÇÃO

Atualmente, é possível discutir sobre a vulnerabilidade social das crianças institucionalizadas no que tange à saúde mental. Apesar da discordância, ainda é observado que estas crianças sofrem com a inacessibilidade no que tange aos direitos fundamentais, pois são sujeitos de direitos, como pode ser observado no artigo 3º, *caput*, do ECA. Sofrem, do mesmo modo, com a saúde mental, visto que existem famílias que as adotam para exercerem o serviço de empregados ou, antes do processo de adoção acabar, essas crianças são devolvidas para o abrigo devido à desistência da família. É possível que a vulnerabilidade social dessas crianças suceda de forma exacerbada, o que pode torná-las “ignorantes” ou fazer com que não se identifiquem como sujeitos de direitos, além disso, quando com-

100 Estudante de Direito da Universidade Salvador, com participação no Grupo de Pesquisa de Direito Constitucional com Linha em Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça, da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia – LAEJU/BA.

101 Estudante de Direito da Universidade Salvador, com participação no Grupo de Pesquisa de Direito Constitucional com Linha em Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça, da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia – LAEJU/BA.

pletam 18 anos é necessário que saiam do abrigo, com um destino incerto de como irão se manter.

Segundo o artigo *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*, os direitos fundamentais sociais são direitos por meio do Estado e não contra ele, com a imposição do Poder Público de algumas prestações materiais. Ou seja, a população requer através do Estado — observar artigo 4º, *caput*, do ECA — os seus direitos. É importante ressaltar que cerca de 49,47% das crianças institucionalizadas apresentam problemas de saúde mental devido à situação de pobreza ou negligência familiar quando encaminhadas aos abrigos, de acordo com o artigo *Processos de saúde e doença entre crianças institucionalizadas: uma visão ecológica*. É necessário que haja uma superioridade a qual possa requerer e postular por estas crianças.

Pensar na vulnerabilidade de crianças institucionalizadas é buscar remeter à reflexão acerca da necessidade de um olhar cuidadoso e atento no tocante ao direito à qualidade de vida e dignidade humana, principalmente em relação à saúde mental e às emoções. Apesar da legislação vigente reconhecer as necessidades das pessoas, incluindo o grupo em questão, não é o que vemos na prática. Portanto, é necessário postular ao Estado o que é de direito destas crianças para efetivar, assim, as normas e princípios presentes no Brasil.

Analisar o que as crianças vivenciam no abrigo, pois suas emoções e sentimentos são o que muitas vezes comprometem sua saúde mental. Difundir conhecimentos e experiências adquiridos no grupo em questão. Ressaltar e delatar a inobservância do Estado, no geral, e nos órgãos competentes no tocante à efetivação dos direitos das crianças institucionalizadas. Destacar a responsabilidade civil perante as crianças, já que é possível apadrinhá-los — o grupo em questão não é carente/desprovido só em relação aos direitos, mas também à falta de sentimentos, como afeto, carinho e amor.

Pelo exposto, foi feito uma análise acerca das vivências das crianças, do desenvolvimento, das relações, do comportamento, e da inobservância do Poder Público, de forma que foi utilizado método qualitativo e produção bibliográfica.

1. CASOS CONCRETOS ENVOLVENDO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E ADOÇÃO

Há tempos a adoção já existia. Muitas crianças que vivem em abrigos não tem o privilégio de serem adotadas. Além do processo de adoção ser longo, há estruturas ruins para que essas crianças vivam com dignidade e tenham acesso aos seus direitos, entre tantos outros fatores, de forma que há possibilidade de afirmar que existe vulnerabilidade social ante essas crianças. O Poder Público pode melhorar a forma como garante tais direitos. É preciso que essas crianças sejam assistidas de maneira mais eficaz.

Recentemente, ocorreram fatos com grande notoriedade jurídica no âmbito do Direito da Família, principalmente no que tange à adoção. O primeiro deles é de um casal do Ceará, o qual mantinha adoção ilegal de uma criança de quatro meses. Os cônjuges tiveram uma autorização do juiz da 3ª Vara de Tianguá para o início de um “fortalecimento de vínculos” — visitação dos pretendentes a pais à criança na casa de acolhimento. Contudo, o bebê foi para a casa desse casal por três finais de semana, sem qualquer autorização do Judiciário, além de ter passado o período de uma semana com o casal. Com essa situação irregular, o menor precisou voltar para a instituição acolhedora, por determinação da Justiça. Apesar disso, os cônjuges recorreram da decisão, mas obtiveram resposta negativa, já que a Justiça observou que o cadastro do casal estava habilitado de maneira informal na fila do Sistema Nacional de Adoção (SNA).

A empresária diz acreditar estar com a documentação em ordem, não suspeitando que um erro pudesse ocorrer. Conforme explica, foi informada pelo juiz da 3ª Vara de Tianguá de que faltava o comprovante de realização do curso de adoção, realizado por ainda em 2018, em seu processo. Diz ainda que havia sido notificada pela coordenadora do abrigo “Espaço Vida”, Marília Pinto de Carvalho, ser a próxima da fila e que foi somente após a permissão do juiz que o abrigo entrou em contato. (G1 Notícias).¹⁰²

O segundo caso ocorreu em Minas Gerais, é o de uma garota de oito anos, adotada há seis anos, a qual precisou ser “devolvida” à avó biológica.

102 Site que não identifica o autor.

Esta alegou que na época em que a garota vivia na casa de acolhimento, nunca deixou de visitá-la, apesar de a advogada da família afirmar que a avó dissera ser melhor a menina ir para o abrigo. A decisão foi do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). A família adotiva entrou com recurso, o qual estava agendado para julgamento em 11 de fevereiro de 2020. O recurso foi negado pela Justiça Mineira em 25 de fevereiro de 2021, visto o adiamento solicitado pela família adotiva, por ter sido em videoconferência. A família adotiva vai recorrer novamente. A criança foi para o acolhimento devido a denúncias feitas contra a família biológica. O pai da menina fora condenado por homicídio, mas encontra-se em liberdade e mora em lugar distinto da mãe.

De um lado, a família adotiva, representada pela advogada Larissa Jardim, disse que, na época dos trâmites para adoção, várias denúncias foram feitas contra a família biológica e esses seriam os motivos para que a criança fosse para o acolhimento. (Maria Lúcia Gontijo, G1 Minas, 2020, p. 2)

“Eram no sentido de negligência, maus-tratos, a mãe usava drogas ilícitas e álcool. A criança não era bem alimentada, vivia em condição precária de higiene. A mãe a expunha a homens aos quais ela se relacionava.”, contou a advogada. (Maria Lúcia Gontijo, G1 Minas, 2020, p. 2)

2. RELAÇÕES X DESENVOLVIMENTO DO MENOR

Segundo o Minidicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, de Dermal Rios, relação pode ser interação social ou convivência; e além de ter outros significados, desenvolvimento pode ser: “1. Crescimento. 2. Progresso, adiantamento. 3. criações, produção.” (RIOS, 2012, p. 181). Ana Beatriz Barbosa Silva defende que há um nível alto de ocorrência de sintomas depressivos na população escolar, com a variação de taxas de 13% em crianças e 20% em adolescentes. Para ela: “Estes números demonstram que a depressão infantil é decisivamente um problema de saúde mental significativo.” (SILVA, p. 2).¹⁰³

103 Site que não identifica o autor/data.

Ou seja, se há crianças as quais não vivem no ambiente do abrigo e estão nessa alta porcentagem, projetem as que vivem no ambiente, muitas vezes, frio e solitário que é o abrigo — veja que, nesse ponto, é sobre falta de carinho, afeto e amor. A porcentagem deve ser superior aos 20%. Neste artigo, a psiquiatra afirma que a depressão tem origem em uma oscilação na neuroquímica cerebral, abrangendo uma alteração na organização da atuação dos neurotransmissores.

Para a referida médica, alguns outros fatores importantes estão ligados ao ambiente e à personalidade da criança, e quando elas crescem cercadas de personalidades afetivas importantes com uma visão pessimista, isso pode influenciá-las negativamente.

No geral, as crianças que vivem nos abrigos não convivem com a família, mas com os funcionários da instituição. A depender de como seja essa relação, as crianças podem ter, também, a visão pessimista acerca dos acontecimentos e do mundo, o que influencia na personalidade de cada um.

Helen Bee e Denise Boyd expõem em *A criança em Desenvolvimento* que a natureza e a criação atuam de forma codependente para delinear a evolução de cada criança. Para as autoras, um mesmo recinto pode ter impactos bastante diferentes sobre as crianças que derivam com características díspares.

Um modelo mais geral descrevendo a interação entre as qualidades da criança e o ambiente vem de Fran Horowitz (1987, 2003), que propõe que os ingredientes essenciais são a vulnerabilidade ou resiliência de cada criança e a “facilitatividade” do ambiente. Um ambiente altamente facilitativo é aquele no qual a criança tem pais amorosos e responsivos e recebe uma quantidade rica de estimulação. Se o relacionamento entre vulnerabilidade e facilitatividade fossem meramente cumulativos, os melhores resultados ocorreriam para bebês resilientes criados em ambientes ideais, e os piores resultados, para bebês vulneráveis em ambientes pobres, com uma mistura das duas combinações enquadrando-se entre os dois [...] (BEE; BOYD, 2011, p. 33).

As crianças só podem ser entregues para adoção depois que a mãe declara no Conselho Tutelar o motivo pelo qual não poderá mantê-la. É

necessário que a genitora passe por uma avaliação no órgão citado alhures para que seja analisado o motivo. A genetriz só pode entregar a criança para adoção quando não está passando por dificuldades de caráter transitório, como depressão pós-parto. Nestes casos, a criança ficará no abrigo, ou com uma família acolhedora, até que a mãe ou a família se recuperem, ou seja, os jovens em questão ficarão por tempo determinado em abrigos ou com família acolhedora, sem poder ser adotados. Caso o Conselho Tutelar observe que os problemas da família sejam permanentes, a criança poderá ser encaminhada para o abrigo e poderá ser adotada por uma família.

Nos abrigos, é possível observar que, normalmente, vivem muitas crianças, e quando isso acontece o atendimento individualizado é dado de forma mais complicada, o que gera baixa autoestima, dificuldade de eleger vínculos entre outros, como pode ser visto no trecho a seguir:

Quando há um número elevado de crianças e adolescentes vivendo em um abrigo, é difícil dar a eles um atendimento individualizado. De acordo com psicólogos, se uma situação assim se prolonga por muito tempo, pode provocar grande carência afetiva, dificuldade para estabelecer vínculos, baixa autoestima, atrasos no desenvolvimento psicomotor e pouca familiaridade com rotinas familiares. Nesses casos, crianças e adolescentes também têm dificuldade para adquirir sentimento de pertencimento e adaptar-se ao convívio em família e na comunidade. (Ministério Público Federal).¹⁰⁴

Por isso há a necessidade de mais profissionais que possam dar suporte em relação à saúde mental; mais profissionais para o cuidado desses jovens institucionalizados, de forma que esse grupo tenha maior autoestima e mais facilidade em criar vínculos, já que sairão dos abrigos e precisarão acreditar que suas capacidades, competências e vínculos são fortes para enfrentarem o processo devido.

3. O PROCESSO PARA A CRIANÇA SER ADOTADA

Com relação ao tempo, o processo de adoção costuma ser demorado em razão das análises minuciosas que devem ser feitas a partir de cada se-

104 Site que não identifica o autor/data.

guimento cumprido. Conforme o fato abordado, Renato Sá (2012, p. 1) traz uma análise a partir do conceito de processo:

[...] o método pelo qual a jurisdição é prestada, em razão do exercício de uma ação. Função estatal de resolver os conflitos de interesses que lhe são apresentados e a ação como um direito – ou poder, para alguns – decorrente desse encargo do Estado, mais precisamente o direito de exigir a jurisdição.

Nesse sentido, a adoção é um ato jurídico que desenvolve um processo, no qual os interesses de ambas as partes devem ser respeitados e prelevados, particularmente em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual rege o ordenamento jurídico brasileiro. No sentido de buscar uma legitimidade para a adoção e as particularidades devidamente impostas, Gonçalves (2007, p.343-344) aborda o seguinte contexto:

O estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção. Está implícito, no entanto, que o adotante deve estar em condições morais e materiais de desempenhar função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança carente, cujo destino e felicidade lhe são entregues.

Adotar não se limita a qualquer motivo simplório, como por exemplo curar a dor de uma perda e sobrecarregar a criança com tal peso emocional. A adoção está relacionada com fazer o bem a uma criança como se fosse sua, sendo assim, as principais condições durante este processo são as financeiras e psicológicas, bem como as emocionais.

O processo ocorre gratuitamente a fim de facilitar para que os responsáveis interessados possam levá-lo adiante. A regra geral para se submeter à adoção é apresentar idade mínima de 18 anos e ter diferença de 16 anos de idade entre o adotante e/ou jovem institucionalizado, sem levar em consideração detalhes como estado civil. Ademais, para que todas as exigências legais sejam realizadas é preciso documentos comprobatórios sobre qualquer fato exposto, tais como: requerimento solicitando a inscrição à adoção; qualificação completa; cópias da certidão de nascimento ou casamento, ou uma declaração relativa ao período de união estável; cópias

do RG e do CPF; comprovante de renda e de residência; atestados de sanidade física e mental; certidão negativa de distribuição cível; e certidão de antecedentes criminais.

A partir disso tem início a análise de todos os documentos solicitados previamente pela Unidade Judiciária. Em primeiro passo são apresentados ao cartório e em seguida ao Ministério Público, o qual avançará com o processo; entretanto, o promotor de justiça poderá requerer novos documentos para fundamentar a eficácia daquele pedido.

Após a análise dos documentos requeridos existe a fase da avaliação pela equipe interprofissional. Nesta etapa, o adotante deve expressar os motivos pelos quais deseja adotar uma criança ou um adolescente, quais seriam as suas expectativas com a convivência diária, o afeto e zelo na condição de filho, como será o tratamento deste perante a família e o seu lugar de ocupação na mesma, bem como a situação financeira atual do responsável, a fim de garantir uma qualidade de vida, saúde e educação exemplares para o adotado.

Diante desse cenário, pode haver casos de desistência da adoção pela falta de informação suficiente ao adotante. Equivalente a esse pensamento, e visando o bem-estar da criança, existe o programa de preparação para adoção, o qual seria a fase subsequente. A intenção é garantir que o responsável esteja ciente de suas decisões e assim fornecer todas as informações possíveis para ajudá-los a decidir com segurança sobre a adoção e, principalmente, diminuir toda dificuldade que possa surgir nos primeiros momentos de convivência. Para tanto, se possível os adotantes também terão contato com as crianças ou os adolescentes durante o programa, para que tenha início uma relação de afinidade (Passo a passo da adoção. CNJ, 2019, p. 1).¹⁰⁵

Logo após a realização do programa e do estudo psicossocial, o magistrado deverá decidir sobre o pedido de habilitação para adoção. Caso deferida, é importante manter a validação em dia, com duração de pelo menos três anos, onde pode ser efetuada na própria Vara de Infância e Juventude. Caso seja indeferida, o mais correto é averiguar os motivos, adequar-se e tentar novamente. Em razão de deferimento, o próximo passo é o ingresso no SNA, no qual os dados do adotante são inseridos e verificados crono-

105 Site que não identifica o autor.

logicamente à decisão judicial. Após estes passos, o responsável poderá finalmente se aproximar de uma criança ou adolescente o qual corresponda às suas características e vice-versa, dessa forma a aproximação é permitida (Passo a passo da adoção. CNJ, 2019, p. 2).¹⁰⁶

Por fim, se a relação for bem-sucedida, o menor poderá morar com a nova família iniciar, assim, o estágio de convivência, onde serão acompanhados e orientados pela equipe técnica do Poder Judiciário pelo prazo máximo de 90 dias, com possível prorrogação pelo mesmo período. Após a finalização desta etapa, os pretendentes terão um prazo de 15 dias para propor a ação de adoção, de forma que é responsabilidade do juiz verificar todos os pontos possíveis exercidos e as condições destes. Se forem favoráveis ao menor, o magistrado proferirá a sentença e, dessa maneira, a criança ou o adolescente terá um novo registro de nascimento, com direito ao sobrenome da família adotante.

4. APADRINHAMENTO E OS SEUS REQUISITOS

É possível que as crianças tenham padrinhos e/ou madrinhas, e existem algumas modalidades destes protetores, são elas: padrinho afetivo; padrinho provedor e padrinho prestador de serviço. Os padrinhos/madrinhas afetivos (as), segundo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, são os que mantém visitas regulares ao afilhado, além de desenvolverem atividades fora da instituição e acompanharem a desenvoltura deles.

Os critérios para que as crianças sejam apadrinhadas por protetores afetivos são: crianças com idade igual ou superior a 8 anos, as quais possuam o vínculo familiar quebrado judicialmente, ou crianças com idade igual ou superior a 8 anos, as quais não dispõem de vínculo familiar judicialmente extinto, entretanto com poucas ou ilusórias perspectivas de restituição familiar ou de adoção.

Os padrinhos/madrinhas afetivos (as) devem ser maiores de 18 anos, independente do estado civil, sexo ou raça. Para que se efetive, deve existir 16 anos de diferença entre o padrinho/madrinha e o afilhado, além do protetor/protetora preencher uma petição e uma ficha de cadastro com a cópia de alguns documentos anexados — Identidade, CPF, comprovan-

106 Site que não identifica o autor.

te de residência e contracheque (necessário levar as originais) — e levá-los à Vara da Infância e da Juventude para uma entrevista junto à equipe técnica, onde esta entregará um atestado que deve ser acrescentado aos documentos supracitados. Após realizar o que foi dito alhures, é preciso protocolizar no cartório da referida Vara na qual o padrinho/madrinha queira efetivar o seu pedido.

O padrinho provedor/madrinha provedora são aqueles que ofertam assistência material ou financeira ao apadrinhado, com realização de obras na instituição, doações, cursos etc. O critério para as crianças serem apadrinhadas por protetores provedores é: qualquer das crianças/adolescentes que estejam institucionalizadas, desde que exista uma autorização judicial. Os padrinhos/madrinhas provedores devem ser maiores de 18 anos, independente do estado civil, sexo, raça, ou pessoas jurídicas. Para que se efetive, devem apresentar ficha de inscrição e documentos exigidos, além de ter condição financeira para contribuir materialmente. Os padrinhos/madrinhas afetivos devem cumprir com algumas obrigações, como dar suporte material e financeiro, com benefícios em lazer, saúde, educação etc.

É importante salientar que não deve, em nenhuma hipótese, existir transferência de qualquer quantia para os colaboradores da instituição de acolhimento e nem para os servidores do Poder Judiciário, assim, as doações devem ser efetuadas e concretizadas no estado natural, mediante contrarrecibo a ser fornecido pela respectiva instituição.

Existem ainda os padrinhos/madrinhas prestadores (as) de serviço. Eles são os que se cadastram com o desejo de oferecer seus serviços na instituição. Além disso, têm como objetivos atender necessidades emocionais e materiais do grupo em questão, bem como desenvolver vivência afetiva com um núcleo familiar, consolidar laços afetivos, e melhorar o ambiente institucional de acolhimento.

Apesar do que foi exposto, sobre os padrinhos/madrinhas, é possível observar que as crianças desenvolvem comportamentos caracteristicamente divergentes do que são apresentados no dia. Isso pode acontecer principalmente nos casos em que a criança possui padrinhos/madrinhas afetivos, já que estes protetores estão mais ligados às crianças, dão muitos presentes e a maioria — ou tudo — do que eles querem. Tais crianças podem ir, também, à casa dos padrinhos e, assim, vêem um mundo diferente, o que faz com que mostrem outro comportamento ao habitual. Por

isso, é necessário que haja um acompanhamento psicológico melhor para essas crianças, além de desimplantar a possibilidade dos apadrinhamentos.

5. DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Em meio à desenvoltura dos processos de adoção, existem inúmeros casos que apontam a desistência da família adotiva pela criança/adolescente, mesmo após anos de convivência. A exemplo, ocorreu um caso no final do mês de maio de 2020, o qual se tornou popular por ter viralizado nas redes sociais e de comunicação, principalmente por ter sido uma decisão inesperada.

Trata-se do caso do garoto chinês chamado Huxley, cujo processo de adoção foi internacional. Em 2017, o casal americano Myka Stauffer e James de Columbus, pais de outras quatro, conseguiram adotá-lo. Em razão de ser uma influenciadora digital, Myka documentava toda a rotina do seu novo filho e como estaria sendo sua adaptação junto da família. Após 3 anos de convivência diária com Huxley, o casal americano decidiu que o melhor seria “devolvê-lo”, pois não conseguiram ter condições de arcar com todas as necessidades especiais do garoto, que é autista.

Após o compartilhamento dessa decisão, houve uma repercussão demasiada sobre o que seria mais correto fazer, pensando pelo lado do garoto, o qual já havia se acostumado com a família e teria que, tão novo, viver um abandono novamente.

Adoção simples ou restrita era concernente ao vínculo de filiação que se estabelecia entre adotante e adotado, o qual pode ser pessoa maior ou menor entre 18 e 21 anos (com base na Lei n. 8.069/90, artigo 2º, parágrafo único), mas tal posição de filho não era definitiva ou irrevogável. Isto é, uma das principais diferenças da adoção brasileira para a estadunidense é a sua irrevogabilidade depois de contemplar todos os trâmites para a concretização da adoção. Na América pode ocorrer uma decisão extingüível, em casos de adoções internacionais é muito importante observar a eficácia da decisão proferida no país de origem do adotante. A criança adotada deve ter seus interesses protegidos pela sua pátria. Caso o país do adotante não conceda o status de filho legítimo, a adoção é desaconselhada, pois a criança poderá sofrer um possível abandono social, implicando

em uma vida mais sofrida do que teria em sua naturalidade. Logo, em razões que possam prejudicar o menor no futuro, existe a possibilidade de tomar a adoção por extinta.

Dessa forma, ficam perceptíveis os efeitos da adoção, cabendo àqueles que almejam realizá-la pesar os prós e os contras do instituto e assim, conscientemente, constituir uma família sólida e bem estruturada para que não haja problemas em quesitos de responsabilidade da família que pretende adotar.

Logo, dentro desse conceito é importante observar se cabe a responsabilidade civil nos responsáveis que decidem desistir do processo e devolver a criança/adolescente. Existem algumas etapas para verificar essa situação, quais sejam:

“1^a Desistência ocorrida durante o estágio de convivência dentro do cotidiano familiar; 2^a Desistência no âmbito da guarda provisória para fim de adoção; 3^a Desistência depois do trânsito em julgado da sentença de adoção.” (Responsabilidade civil pela desistência na adoção. BLOG ACONTECE, 2020, p. 2).¹⁰⁷

Diante do contexto do caso expresso anteriormente, vale ressaltar as intercorrências basilares entre os trâmites do processo de adoção na América e o processo de adoção no Brasil. O processo de adoção nos Estados Unidos da América é instituído de forma simples quando comparado ao processo brasileiro, em razão de depender apenas da inexistência de contestações sobre a adoção.

Para a aprovação da adoção, o interessado deve apresentar, a princípio, uma petição para declinar as pessoas que possivelmente seriam afetadas, a fim de realizarem uma audiência. Cabe ressaltar também que cada estado norte americano possui normas específicas para o instituto da adoção, sendo mantida a Lei Uniforme de Adoção a qual rege os princípios básicos e as normas gerais do instituto. Para tanto, a Lei Uniforme de Adoção prevê que qualquer pessoa pode adotar, desde que seja maior de idade e se submeta à aprovação do Tribunal. Contudo, com a possibilidade de os estados elaborarem leis específicas para a adoção,

107 Site que não identifica o autor.

muitos deles proíbem que pessoas deficientes físicos e mentais, homossexuais, entre outros possam adotar.

O interessado em adotar solicitará ao Tribunal de Justiça que este lhe defira a adoção pretendida e, para isso, deverá apresentar provas que preencham todos os requisitos impostos pela lei, além de provar que a adoção atende ao melhor interesse da criança. Após este procedimento, a agência de adoção do estado realizará uma investigação sobre os pretensos pais e apresentará um relatório com recomendações ao Tribunal. Antes de analisar o pedido dos adotantes, o Tribunal intimará os pais biológicos para se manifestarem sobre a adoção. Caso os pais biológicos não sejam encontrados, o Tribunal usará dos meios cabíveis para notificá-los da perda do poder familiar.

Para a adoção permanecer são necessários dois consentimentos por parte da mãe biológica. O primeiro consentimento pode ser revogado entre 48 ou 72 horas, a depender das regras regentes do estado, sendo que a Lei de Adoção Uniforme estabelece que a revogação possa ocorrer até oito dias após o nascimento da criança. O segundo consentimento somente pode ser revogado se a mãe biológica demonstrar que houve fraude ou coação em sua manifestação de vontade. O consentimento do pai biológico também é requisito para a efetivação da adoção. Contudo, esse consentimento só é necessário se o pai for conhecido. Se o pai biológico é conhecido e não é notificado para manifestar sua vontade, ele tem o prazo de seis meses após o nascimento da criança para solicitar a revogação da adoção.

Depois de finalizado o processo de adoção, a família adotiva passa a ser reconhecida como família da criança adotada. Contudo, algumas peculiaridades podem ser observadas no processo de adoção norte-americano. Assim, a lei permite que os pais adotivos decidam como será o contato do adotante com sua família biológica depois de concretizada a adoção, podendo ser enviadas cartas e fotos para que os pais biológicos acompanhem o desenvolvimento da criança.

Dessa forma, no caso do estágio de convivência, por não se tratar da guarda do adotado, inexistirá responsabilidade civil caso haja desistência por motivos de ser uma situação temporária de desenvolvimento e conhecimento, apenas. Entretanto, a criança/adolescente pode vir a criar expectativas de que seria adotado(a) por aquela família, a afinidade pode

aumentar e os laços se tornarem cada vez mais fortes. Em razão disso, pode haver fontes de uma responsabilidade, pois o emocional e o psicológico do menor podem ser abalados.

A guarda provisória geralmente acontece após a convivência, caso ela seja bem-sucedida. Nesta etapa, os responsáveis e o adotado continuam com o processo de conhecimento e adaptação, porém, dessa vez, na casa dos futuros familiares. Isto é, trata-se de um contexto mais delicado, pois a intimidade e o apego se aprofundam muito mais, e havendo insucesso em um quesito mais consolidado como este, a incidência das regras da responsabilidade civil é atrelada à situação, bem como à impossibilidade de uma nova habilitação no cadastro nacional para tentar novas adoções.

Apesar disso, como a sentença de adoção ainda não teria sido consumada, a possibilidade de desistência poderia acontecer. Contudo, o artigo 187 do Código Civil (CC) traz em seus termos que pode se configurar abuso de direito aquela guarda provisória a qual tende a durar anos insere completamente a criança/adolescente na estrutura familiar dos responsáveis e é destinada a devolução. Além disso, vale ressaltar o artigo 927 do CC, o qual configura danos morais a outrem quando o processo de guarda já estava em características de consolidação, mas é finalizado durante o andamento.

Com relação à desistência da adoção após o trânsito em julgado, de acordo com os termos determinantes do artigo 39, parágrafo 1º do ECA: “Uma vez transitada em julgado a sentença, a adoção se torna irrevogável.”. Nesse sentido, é compreensível que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de uma base jurídica a qual autorize a “devolução” de um filho após concretizada a sua adoção.

A adoção parte de um princípio básico simples, após consolidada, o(a) adotado(a) é filho para toda a vida. Os direitos, os valores, o respeito e sobretudo a dignidade serão os mesmos. É inviolável desistir de um processo que já transitou em julgado, particularmente se houver anos deste fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto o que foi citado neste artigo, pode-se observar que existe a vulnerabilidade social das crianças institucionalizadas em face da saúde mental. O Estado é inobservante com o grupo em questão, de forma que,

apesar de existirem normas e princípios os quais protejam e concedem direitos a essas crianças, não é o que se observa na prática. É importante refletir acerca da vulnerabilidade de tal grupo e da necessidade do olhar atento ao acesso e direito à dignidade humana e à qualidade de vida, além de observar as vivências do abrigo, as emoções e os sentimentos das crianças que lá vivem, difundir conhecimentos e experiências obtidos com o grupo em questão e delatar a negligência do Estado.

Por isso, é necessário que os brasileiros, em geral, possam ajudar essas crianças através do apadrinhamento e da adoção, além de acessar a justiça para que os direitos do grupo em questão sejam garantidos. O que as crianças mais precisam é de carinho, afeto e amor, de forma que o tempo é essencial para que elas se sintam amadas e, assim seja possível evitar lesões psicológicas no futuro. Não obstante, as crianças institucionalizadas não têm o mesmo acesso à saúde mental do que as demais crianças. Isso acontece pois o acesso à saúde e aos direitos e garantias não é igual. O Poder Público deveria cumprir efetivamente a legislação que versa sobre o acesso de forma igualitária para toda a população residente no país.

Com o presente artigo, torna-se indubitável que o Poder Público é inobservante quanto às garantias fundamentais e ao acesso à justiça. Crianças que estão sob tutela do Estado não tem os seus direitos acessados como outras com uma família. Porém, para um Estado marcado por não cumprir seu papel, com o tema abordado neste artigo não seria diferente. É de se indignar que não cumpram com o previsto na Constituição vigente, a qual é eficaz apenas na teoria. É necessário buscar mudanças e conceder maior visibilidade ao grupo em questão, com a finalidade de que tenham seus direitos amplamente acessados.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Joana. SOARES, Isabel. HENRIQUES, Margarida. Recuperação desenvolvimental após a adoção: características da criança e da família adotiva. **Revista Psicologia Reflexão e Crítica**, v.22, n.2, Porto Alegre, 2013.
- BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento** / Helen Bee, Denise Boyd; tradução: Cristina Monteiro; revisão técnica: Antônio Carlos Amador Pereira. – 12. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BLOG ACONTECE. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção**. 2020. Disponível em: <ifg.com.br/conteúdos/artigos/direito-civil/responsabilidade-civil-desistencia-adocao>. Acesso em: 22 de janeiro de 2021.

BRASIL. L8069. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CAVALCANTE, Lília Iêda Chaves. Processos de saúde e doença entre crianças institucionalizadas: uma visão ecológica. **CIÊNCIA SAÚDE COLETIVA**. Revista da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (2007/JUL). Disponível em: <<http://www.cienciaesaudecoletiva.com.br/artigos/processos-de-saude-e-doenca-entre-criancas-institucionalizadas-uma-visao-ecologica/897?id=897&id=897>> Acesso em: 25 de março de 2021.

CEVIJ, Infância e Juventude. TJRJ Jus. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/portal-da-infancia-e-juventude/apadrinhamento#:~:text=Podem%20ser%20apadrinhadas%20por%20madrinha,desde%20que%20haja%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20judicial>>. Acesso em: 8 de janeiro de 2021.

COHEN, Nancy J. et al. Children adopted from China: A prospectiva study of their growth and development. **Journal of Child Psychology and Psychiatry**, v.49, n.4, p. 458-468, 2008.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Passo a passo da adoção**. 2019. Disponível em: <cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adoçao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19° Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6. p. 343/344.

JUFFER, Femmie; ROSENBOOM, Lizette G. Infant-mother attachment of internationally adopted children in the Netherlands. **International Journal of Behavioral Development**, v.20, n.1, p. 93-107, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos:** (uma visão comparativa). **SENADO**. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/545>>. Acesso em: 23 de março de 2021.

MARCOVITCH, Sharon et al. Romanian adoption: Parents' dreams, nightmares, and realities. **Child Welfare: Journal of Policy, Practice, and Program**, v.74, n.5, p.993-1017, 1995.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Como é a vida de crianças e adolescentes nos abrigos?** Disponível em: < <http://turminha.mpf.mp.br/explore/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria>>. Acesso em 13 de março de 2021.

PLANALTO. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 5 de janeiro de 2021.

RIOS, Dermival Ribeiro. Minidicionário brasileiro da língua portuguesa 1ª edição. Jequié: Ponto e vírgula. 720 páginas.

RUTTER, M. (2005). **Adverse preadoption experiences and psychological outcomes.** In D. Brodzinsky & J. Palacios (Eds.), *Psychological issues in adoption* (pp. 67-92). London: Praeger.

SÁ, Renato Montans de; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Processo Civil I: teoria geral do processo** – São Paulo: Saraiva, 2012. – (coleção saberes do direito; 22).

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Depressão em Crianças e Adolescentes.** Disponível em: <<http://draanabeatriz.com.br/portfolio/depressao-em-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apadrinhamento.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/portal-da-infancia-e-juventude/apadrinhamento#:~:text=Podem%20ser%20apadrinhadas%20por%20>

madrinha, desde%20que%20haja%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20judicial.>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2021.

VAN Ijzendoorn, M.; JUFFER, F.; & KLEIN- Poelhuis, C. **Adoption and cognitive development: A meta-analytic comparison of adopted and nonadopted children's IQ and school performance.** Psychological Bulletin, 131, 301-316, 2005.

A CENSURA FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O MEIO DE MANUTENÇÃO DA DITADURA MILITAR NO BRASIL

*Juliana Sobreira Quintino dos Santos*¹⁰⁸

*Wolney Nascimento de Oliveira*¹⁰⁹

INTRODUÇÃO

Ao adentrarmos no curso de Direito, somos apresentados a diversos postulados, propagandeados após períodos de beligerância que precederam importantes direitos presentes em nossa comunidade.

Decerto, no âmbito da liberdade de expressão, o célebre ditame que melhor explicita tamanha prerrogativa foi dito em longa biografia do filósofo Voltaire¹¹⁰, também conhecido pela oposição que fazia à intolerância de pensamento durante o século XVII na Europa. Neste sentido, foi a biógrafa Beatrice Hall (1906, *online*) quem lançou o famoso “I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it.”¹¹¹

108 Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

109 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

110 Para mais, verificar “The Friends of Voltaire”, escrito por Evelyn Beatrice Hall (sob pseudônimo) e publicado em 1906 na Grã-Bretanha.

111 “Posso não concordar com uma palavra que você disser, mas defenderei até a morte o

A lembrada passagem, símbolo do pensamento de um filósofo nascido há séculos, nos mostra como a discussão que será apresentada é atemporal. Isto porque, embora se objetive falar dos limites indevidamente impostos à liberdade de expressão no período ditatorial, o direito de opinar sem fronteiras ou repressão foi reconstruído ao longo da história até estar presente no rol do artigo 5º da Carta de Outubro.

Tal passado de rearranjos, o qual perpassa primeiramente pelo período colonial (1530-1866) com as intervenções portuguesas, nos ajudará a entender, por meio de uma análise documental, como a liberdade de expressão saiu da categoria de “direito” para se configurar “subversão” ao regime imposto, fazendo com que a censura se tornasse meio para manter essa forma de governo.

Pretende-se examinar, ainda, diversas contribuições bibliográficas de estudiosos os quais dedicaram longos períodos ao estudo dos direitos fundamentais, notadamente à liberdade de expressão e o período em que o Brasil passou por um dos momentos mais conturbados de sua história.

1. A CONSAGRAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais constituem um longo conjunto de princípios, deveres, normas e ideias as quais visam proteger o núcleo essencial do ser humano, a dignidade, por meio de limitações destinadas ao poder estatal ou remetidas por ele.

Por assim serem considerados, a doutrina e a jurisprudência agrupam esses direitos em três dimensões¹¹², baseadas nas evoluções e etapas que tais liberdades públicas atravessaram (BULOS, 2011). Para melhor exemplificarmos, é imprescindível verificarmos citação do ministro Celso de Mello, ex-decano do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/SP.

seu direito de dizê-la”.

112 Há divergência doutrinária acerca da terminologia correta (se dimensões, famílias ou gerações). Para mais, verificar o “Curso de Direito Constitucional”, de autoria do doutrinador Uadi Lammêgo Bulos.

Enquanto direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, 2011, grifo do original)

No âmbito da presente pesquisa, merecem foco principal os direitos de primeira dimensão, tidos no “writ” como civis ou políticos. Uma vez imersos nestes, encontramos o direito à liberdade, corolário do direito à liberdade de expressão, nosso objeto de estudo.

Neste sentido, Alexy (2008, p. 197) traz que os direitos presentes na primeira família exigem do Estado uma postura notadamente absenteísta e constituem uma forma de defesa do cidadão, considerado em sua individualidade. O jurista alemão, em seu estudo, subdivide ainda tais prerrogativas de defesa em três subespécies:

Os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. **O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito**; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. (grifo do original).

Decerto, a liberdade de expressão está presente não apenas na primeira dimensão, mas também no primeiro grupo desses direitos, em que é imposta uma cláusula de *non facere* ao Estado, haja vista que é vedado à

res publica causar embaraços ou impedimentos ao exercício desta liberdade pelo seu titular.

Entretanto, no que tange à sua elevação à categoria de direito fundamental, a prerrogativa de expressar opiniões e pensamentos sem represálias de ordem não-jurídica é considerada recente e fruto de uma reconstrução dentro do ordenamento jurídico. Isto porque, segundo Silva (2010, *online*), “[...] a liberdade é conquista constante.”

1.1 A CONQUISTA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO ATÉ A DITADURA MILITAR

Desde o Descobrimento até meados de 1822, quando o Brasil efetivamente deixou de ser colônia portuguesa, não era possível falar de liberdade de expressão para aqueles que aqui moravam. É que o império lusitano exercia forte autoridade intelectual nestas terras, principalmente no que se referia à vedação de obras iluministas e ao culto de outras religiões, a despeito da crença católica. Nesse sentido, traz Tengarrinha (1989, p. 47):

A apertada vigilância e a severa punição sobre todo aquele que, por palavra escrita, ou até mesmo palavra falada em surdina, mostrasse desamor pelo governo, levava que os redatores tolhessem a própria mão e, mesmo, a que periódicos fossem suprimidos: são os casos do Lisboa, cujo redator, Correia Garção, acabou por morrer mais tarde nas prisões pombalinas; e a Gazeta Literária, por apresentar no último número algumas alusões desfavoráveis à política do ministro de D. José.

É possível verificar, com base no excerto, que a primeira experiência do Brasil com a difusão de informações e opiniões não se pautou na liberdade de expressão, mas sim na censura. Por isso, infere-se que a liberdade de opinião primeiramente foi tolhida para só depois ser consagrada como direito, o que fez com que toda a população experimentasse tamanho ineditismo.

Em 1824, tão somente, a nossa primeira Constituição do Império positivou a liberdade de expressão como direito e trouxe a vedação à censura como garantia. Contudo, a sua materialização ocorreu de forma gradual

em decorrência do Poder Moderador e ganhou mais ímpeto durante o reinado de Dom Pedro II. Na mesma guisa permaneceu a Constituição Republicana de 1891, a qual trouxe a vedação ao anonimato.

Todavia, em 1934, houve um sutil retorno da censura em moldes diferentes daqueles experimentados durante o Brasil Colônia, haja vista que dessa vez a limitação à expressão estava presente na exegese do texto constitucional. Neste ano, passaram a ser censurados os espetáculos e as diversões públicas, além de propagandas as quais subvertessem a ordem política ou social. Vejamos:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, **salvo quanto a espetáculos e diversões públicas**, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. **Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.** (BRASIL, 1934, *online*, grifado do original)

Com o término de seu mandato, Getúlio Vargas outorgou nova Constituição em 1937, utilizando-se de um golpe de estado para permanecer no Poder Executivo. A Polaca, como assim ficou conhecida, foi implacável no que concerne a censura. Isto porque, a liberdade de expressão constituiu apenas “letra morta” em decorrência da instituição da censura prévia e da perseguição de cidadãos os quais discordavam da forma de governar do então presidente.

Anos depois, ainda, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) por meio do Decreto-Lei nº 1.949/39, “[...] responsável por fiscalizar todas as atividades de imprensa e propaganda no território nacional, incluindo a imprensa em si, cinema, teatro de diversões pú-

blicas, radiofonia, programas, artistas e auxiliares teatrais.” (SANTOS, 2016, *online*).

Os anos que sucederam 1937, até a publicação da Constituição de 1946, foram fortemente marcados pela censura prévia, ferramenta que auxiliou a manutenção de Getúlio Vargas no poder. Afinal, embora um golpe de estado tivesse subvertido a ordem política, aparentemente nenhum cidadão era contrário ao que fora feito, o que ajudava na manutenção do *status quo*.

Em 1946, a Assembleia Nacional Constituinte trouxe a liberdade de expressão novamente como um direito e vedou a censura, fazendo com que todos experimentassem um período democrático. O texto é emblemático por trazer expressamente que as convicções políticas dos cidadãos, favoráveis ou contrárias ao governo vigente, não eram capazes de afastar nenhum de seus direitos. Ademais, garantiu que as artes eram livres. Como exposto:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. [...]

§ 8º. Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. Art. 173. As ciências, as letras e as artes são livres. (BRASIL, 1946, *online*)

Ainda na mesma época, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), publicada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, trouxe mais ímpeto para a garantia do direito à liberdade de expressão, principalmente pelos acontecimentos oriundos da 2ª Guerra Mundial. Acompanhemos:

Art. 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Contudo, em 1964, nova tentativa exitosa de subversão à ordem constitucional pôs este direito, objeto de nosso estudo, à prova. Contudo, na segunda vez trouxe medidas mais rigorosas e de forte opressão voltadas aos cidadãos que fossem contrários a uma política notadamente autoritária, conforme veremos.

2. A CENSURA COMO OPOSIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DITADURA MILITAR

Os eventos ocorridos no fim de março de 1964 culminaram no segundo golpe de Estado desde a Proclamação da República em 1891. Na ocasião, o então presidente eleito democraticamente, João Goulart, foi deposto, e a cadeira do Poder Executivo deu espaço a seguidores de um projeto de governo autoritário e nacionalista. Como forma de manutenção daqueles no poder, foram publicados diversos atos institucionais ditos “oriundos do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções” (BRASIL, 1967, *online*), os quais revogaram tacitamente a Constituição de 1946.

Ato contínuo, houve a outorga do texto constitucional de 1967 que, embora não possuísse relevantes diferenças no plano teórico, deu margem a diversas interpretações na prática, principalmente em relação ao quanto se expressava a proibição de “publicações contrárias à moral e aos bons costumes” (BRASIL, 1967, *online*). Nesse sentido, ensina Kushnir (2004, p. 116):

Sempre justificando as proibições pelo resguardo da ‘moral e dos bons costumes’, como se assim se lhes anulasse a in-

tenção política, o governo proíbe publicações, nacionais ou importadas, que ofendam esses requisitos. Ou seja, a censura aplicava-se à imprensa nacional e aos exemplares estrangeiros que aqui chegassem e que estivessem em desacordo com as normas. (grifado do original).

Todavia, foi somente com o Ato Institucional nº 05 (AI-5), publicado em uma “sexta-feira 13” do ano de 1968, e com a Emenda Constitucional nº 01 de 1969¹¹³ que houve um recrudescimento das práticas contrárias ao governo, o que ocasionou um tolhimento absoluto do direito à liberdade de expressão, agora com amparo legal. Fausto (2018, p. 265) traz explicação sucinta do que era experimentado à época:

A partir do AI-5, o núcleo militar do poder concentrou-se na chamada comunidade de informações, isto é, naquelas figuras que estavam no comando dos órgãos de vigilância e repressão. Abriu-se um novo ciclo de cassação de mandatos, perda de direitos políticos e de expurgos no funcionalismo, abrangendo professores universitários. **Estabeleceu-se na prática a censura aos meios de comunicação; a tortura passou a fazer parte integrante dos métodos de governo.** (grifado do original)

Como dito, a citada supressão de direitos no âmbito das manifestações intelectuais foi uma forte aliada na manutenção do *status quo*, notadamente porque os cidadãos passaram a consumir apenas material autorizado pelo Poder Executivo, o qual deu aparência de legalidade a todo esse processo.

2.1 AS FASES DA CENSURA NO PERÍODO DITATORIAL E OS INSTRUMENTOS CENSÓRIOS

Para tantos aspectos históricos, sociológicos e políticos do período compreendido entre 1964 e 1985, Aparecida Aquino (1999, *online*) divide a censura no período ditatorial em três fases, a partir do ano de 1968.

113 Para muitos doutrinadores, a exemplo de José Afonso da Silva, a EC nº 01/69 não se tratou de texto emendatório, mas sim constitucional.

A primeira fase, de 1968 a 1972, foi marcada pela criação do Conselho Superior de Censura (CSC), já em 1968. Era um instrumento censório o qual possuía competência para julgar recursos referentes a decisões proferidas pelo diretor do Departamento de Polícia Federal. Ademais, foi também neste período em que a Lei nº 1.077 instituiu a censura prévia, a qual se efetuava de duas formas: a primeira, funcionários do governo (“censores”) passavam a compor a equipe de periódicos e revistas para dar “aval” na publicação; e na segunda, os próprios produtores eram compelidos a enviar suas produções antes para a Polícia Federal¹¹⁴.

No ano de 1972, ainda, ocorreu a criação da Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP), vinculada ao Departamento de Polícia Federal, a qual passou a atuar em conjunto com outros órgãos — como o CSC — no combate à liberdade de expressão, conforme traz Garcia (2008, *online*):

A DCDP exerceu função localizada, de controle da produção cultural em discordância com os princípios éticos, morais, sociais, políticos e, porventura, estéticos em vigência na época. Sozinha não estaria apta a eliminar toda e qualquer discordância ao ideário do regime militar. Mas, integrada ao conjunto de órgãos e agências de repressão e controle, ainda que este conjunto não seja mais entendido como plenamente lógico e racionalmente planejado, serviu aos princípios conservadores de manutenção da moral vigente e do poder constituído.

O segundo período, de 1973 a 1975, foi marcado pelos atos do então presidente Emílio Garrastazu Médici quem, por meio de Exposições de Motivos, estabelecia censura na imprensa, a despeito de quaisquer decisões tomadas pelo Tribunal Federal de Recursos (TFR)¹¹⁵.

114 Quando censuradas, as publicações passavam muitas vezes a dar espaços a receitas de bolos, trechos de poesias em latim e dicas turísticas que tentavam informar ao leitor, em suas entrelinhas, que algo estava ocorrendo.

115 Em junho 1973, por meio da Exposição de Motivo nº GM-229-B, o presidente Médici decidiu estabelecer censura quanto ao periódico “Opinião”, tornando sem quaisquer efeitos a decisão do TFR que já havia decidido em sede mandamental a ilegalidade da imposição de censura ao jornal.

A última fase, compreendida entre 1976 e 1978, foi definida como “restritiva e seletiva”. Inclusive, lembrada pelo reconhecimento da autocensura como uma forma de aceitação interna do regime imposto por parte dos produtores. Vejamos, também, o que traz Aparecida Aquino (1999, *online*) sobre a questão:

Entre 1968 e 1978, a censura política à imprensa escrita no Brasil agiu de duas formas: através de telefonemas, anônimos ou não, de ordens escritas, apócrifas ou não, encaminhados às redações dos jornais, e de acordos fechados com os proprietários de grandes órgãos de divulgação, ou através de censura prévia. Esses acordos/ordens têm a finalidade de decidir sobre o que deve ou não deve sair publicado, e sua aceitação implica na contrapartida da autocensura. De certo modo, embora eventuais resistências possam ocorrer – criando-se imagens figuradas que forcem uma leitura nas entrelinhas, ou mesmo burlando-se ordens expressas –, a autocensura representa uma capitulação, uma vez que o papel censório é transferido do Estado para a direção do órgão de divulgação, que assume a função de comunicar a seus repórteres o que podem ou não escrever. **A autocensura diz respeito à aceitação, por parte das direções e de todos aqueles ligados na produção das matérias, das ordens transmitidas pelos organismos governamentais**, o que não se pode afirmar com certeza, uma vez que nem sempre era explicitado de onde vinha exatamente a ordem. Muitas discussões e justificativas foram feitas quando alguns grandes jornais optaram nessa direção. (grifo do original)

Em resumo, foi exatamente neste período em que a censura melhor auxiliou a Ditadura Militar na continuidade daquele estado de coisas, tendo em vista as nítidas limitações e condições impostas à manifestação das artes, ciências, políticas e opiniões, o que findou na redemocratização.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO PERÍODO PÓS-DITADURA

Com o fim do governo do então general João Baptista Figueiredo, em 1985, o Brasil passou a experimentar uma nova transição democrática,

materializada após a eleição de Tancredo Neves e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Carta de Outubro (como também é chamada em razão do mês de sua promulgação) foi considerada — internacionalmente — um modelo em garantias de direitos, notadamente em relação à proteção que deu para a liberdade de expressão e à vedação de quaisquer espécies de censura.

Ao analisar o texto constitucional, é possível verificar que o direito à liberdade de expressão aparece, primeiramente, no rol dos direitos fundamentais presente no artigo 5º e reaparece no Capítulo V, o qual expõe sobre a comunicação social, em especial no artigo 220, como exposto:

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:[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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. (grifo do original)

Nesse sentido, torna-se nítida a preocupação do constituinte ao resguardar o direito à liberdade de expressão no texto constitucional, posto que o traz à lume diversas vezes. Isto porque, o que se tentou buscar após tamanho período de beligerância foi uma estabilidade e segurança jurídica

constitucional, a fim de evitar que nova ordem subversiva viesse a reprimir ou suprimir direitos já garantidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de toda a pesquisa bibliográfica e análise documental, percebe-se que a censura teve um papel de significativa relevância para a manutenção do *status quo* durante o período ditatorial, tendo em vista que as limitações impostas à liberdade de expressão proibiram a externalização de ideias divergentes àquelas defendidas pelos governos militares.

Em uma tentativa de suspender a livre manifestação de opiniões para evitar o surgimento de opositores, foram utilizados diversos instrumentos pelo Poder Executivo, quais sejam, os atos institucionais, os Decretos-Leis e a criação de unidades especiais subordinadas ao Ministério da Justiça, a exemplo do Conselho Superior de Censura (CSC).

Todos esses meios, decerto, deram à censura uma aparência de legalidade, como se ela possuísse permissão e espaço dentro do Estado Democrático de Direito. Entretanto, conforme foi visto em todo o teor do artigo, nenhum dos textos constitucionais presentes no ordenamento pátrio autorizou plenamente tamanha limitação ao exercício da liberdade de expressão, mesmo aqueles que foram outorgados em períodos beligerantes.

Dessa forma, tem-se atualmente a prerrogativa de exprimir opiniões, ideias e pensamentos elevada à categoria de direito fundamental. Isto porque o direito à liberdade de expressão é intrínseco a todo ser humano, de forma que é essencial para o convívio em comunidade e para a participação no regime democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

AQUINO, Maria Aparecida de. *Censura, Imprensa, Estado Autoritário (1968-1978): o exercício cotidiano da dominação e da resistência: O Estado de São Paulo e Movimento*. Bauru: Edusc, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº. 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de junho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 23 de junho de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Mandado de Segurança 22.164/SP**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 19 de junho de 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (Edusp), 2018.

GARCIA, Miliandre. “Ou vocês mudam ou acabam”: Teatro, censura e política cultural. **Ensino e Pesquisa em História**. Disponível em: < <https://ensinoepesquisaemhistoria.weebly.com/pesquisas-desenvolvidas-ou-em-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

KUSHNIR, Beatriz. **Cães de guarda: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988**. São Paulo: Boitempo, 2004.

SANTOS, Thalyta. A liberdade de expressão na República Federativa do Brasil: Aspectos destacados acerca da ratificação da convenção

americana sobre direitos humanos pelo Brasil. **Revista de Direito UFMS**. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/rev-dir/article/view/2276>>. Acesso em: 21 de junho de 2021.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TENGARRINHA, José. **História da imprensa periódica portuguesa**. Lisboa: Caminho, 1989.

A LEI DO FEMINICÍDIO E SEU IMPACTO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

*Eveline Lima de Castro*¹¹⁶

*Letícia Neves Souza*¹¹⁷

*Raquel Figueiredo Barretto*¹¹⁸

*Daiany Sousa Vieira*¹¹⁹

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um problema social que atinge as relações afetivas entre homem e mulher, além de ferir a vítima e todos os que convivem em sociedade. Como fruto da necessidade de conquistar direitos e efetivar a dignidade e a liberdade, a Lei do Femicídio é uma evolução advinda do sofrimento e da perda de muitas vidas no seio familiar, assim como outras leis elaboradas com o intuito de garantir a proteção da

116 Advogada. Professora. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. Mestre em Gestão de Negócios pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

117 Professora FAMEC- Fortaleza, FADAT Quixadá e FVJ Aracati. Tutora bolsista da CAPES no sistema EAD no IFCE. Mestre em Gestão de Negócios pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS.

118 Professora do Centro Universitário Fanor Wyden. Mestre em saúde coletiva. Especialista em Ensino de Língua Portuguesa. Graduação em Letras.

119 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará. Estagiária no Centro Jurídico do Banco do Nordeste.

mulher contra qualquer tipo de violência, através de medidas que afastam o seu agressor.

Atualmente, a legislação está sendo atualizada de forma constante para repelir o aumento de casos de mortes de mulheres, visto que existem fatos desconhecidos acerca de como age o agressor e como a vítima se sente em meio à violência, o que reflete na dificuldade da mulher em sair do ciclo de violência.

Existe ainda um longo caminho a ser percorrido para que esse crime seja punido de forma coerente com sua gravidade, o que gera preocupação quanto às milhares de vítimas as quais perderam seu direito à vida e à liberdade no decorrer desse processo.

Esta pesquisa científica tem por objetivo geral analisar o impacto da Lei do Feminicídio no enfrentamento à violência doméstica, haja vista sua necessária e indispensável eficácia repressiva. Para esta análise, é necessário, especificamente, apresentar o feminicídio no ordenamento jurídico, analisar de que forma a lei impacta a violência doméstica e as políticas públicas responsáveis por tratar do tema e, por fim, examinar hipóteses que contribuam para o fim, ou a diminuição, dos impactos negativos causados pela lei no enfrentamento à violência doméstica.

O primeiro capítulo aborda o contexto histórico da violência e suas formas. O segundo capítulo evidencia como ocorre o enfrentamento da violência contra a mulher na legislação para então, no terceiro capítulo, analisar as estatísticas do homicídio de mulheres, considerando o lapso temporal de quatro anos anteriores e posteriores à vigência da Lei do Feminicídio.

O estudo foi desenvolvido com a utilização do método hipotético-dedutivo, lastreado em pesquisa bibliográfica e documental.

A relevância do tema sob análise está na inadiável e urgente necessidade de conhecer os aspectos mais profundos que o perpassam e avaliar o enfrentamento da violência contra a mulher de forma efetiva, bem como verificar os efeitos negativos os quais a dificuldade de aplicação de uma Lei, devido à complexa tipificação, pode gerar, o que motiva o crescente número de casos. Além disso, faz-se premente articular o divergente número de mortes de mulheres por seus companheiros com os registros qualificados como feminicídio, considerando os problemas quanto à correta tipificação do crime.

1. CONTEXTO HISTÓRICO E FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher ocorre desde os primórdios como fruto de uma cultura patriarcal e machista, a qual coloca a mulher em uma posição hierarquicamente inferior ao homem, onde é vislumbrada como frágil, e toma seu poder de escolha para dar ao homem a posse sobre seu corpo e sua vida, o que a cala e desrespeita.

Como assevera Weeks (2001, p. 57), esse modelo hierárquico, de sexo único, até o século XVIII “[...] interpretava o corpo feminino como uma versão inferior e invertida do masculino.”, mas a sociedade da época sobrelevava a importância da mulher ao prazer sexual e ao processo da reprodução.

Isso mostra como a mulher era subjugada e seu papel era relegado ao mero aspecto sexual e reprodutor, como se não tivesse outros valores, o que fortalecia o caráter de proprietário que o homem exercia sobre sua família, de forma que todos deveriam decidir e se comportar nos moldes por ele estabelecidos. A partir dessa ideia, foi construída uma sociedade na qual se estabeleceu uma linha divisória entre o homem e a mulher, atribuiu-lhes papéis distintos e delimitou “[...] com bastante precisão, os campos em que pode operar a mulher, da mesma forma como escolhe os terrenos em que pode atuar o homem.” (SAFIOTTI, 1988, p. 8).

Minayo (2005, p.23-24) ressalta a visão arraigada do Patriarcalismo, a qual ritualiza o masculino como o lugar de ação, decisão e chefia da relação familiar, enquanto o gênero feminino é posto como frágil, débil, morbífico e secundário. Grisci (1994, p. 34) salienta que na “[...] sociedade patriarcal, alicerçada na propriedade privada, a família e a superioridade masculina, além da natureza feminina que possibilita a reprodução, transformaram as mulheres em elementos de exploração e opressão.”.

Toda a dominação exercida sobre a mulher culminou na prática de violências com o intuito de manter a posse, o poder e a sensação de dono, as quais tendem a ser mais incisivas e invasivas à medida que a mulher busca se emancipar e libertar.

Um representativo avanço desta luta é a construção, consolidação e ressignificação do conceito de gênero, o qual vem sendo disseminado e discutido com maior clareza marca conquistas expressivas para a causa fe-

minina, cujo destaque tem chamado a atenção do Poder Público para seu amparo e proteção.

Como tentativa de barrar esse vigor feminino emancipativo e libertador, ao longo dos anos as formas de violência se diversificaram e se tornaram mais cruéis, de forma que, muitas vezes, a mulher sequer consegue perceber o contexto violento em que está inserida. São formas de agressão muitas vezes complexas, sutis, perversas, as quais nem sempre deixam marcas físicas, mas ferem a alma, afrontam a dignidade e afloram a discussão sobre os direitos humanos.

A violência física é caracterizada por ação ou omissão que afete a integridade física da mulher, deixe marcas no corpo ou hematomas. Consiste em espancar, sufocar, tortura, jogar objetos, sacudir, queimar, lesionar ou matar com objetos perfurocortantes ou armas de fogo.

A violência psicológica se caracteriza por danos emocionais e prejuízos à saúde mental decorrentes de intimidação, ameaças, constrangimento público, ridicularização, xingamentos, manipulação, perseguição ou qualquer outro ato que implique na redução da capacidade de autodeterminação da mulher ou limite sua liberdade de ação. Este tipo de violência não é facilmente identificado, além de haver uma normalização de muitas atitudes do agressor, como por exemplo, o ciúme exacerbado na relação o qual, por vezes, é romantizado como cuidado e amor.

A violência moral, assim como a psicológica, não deixa marcas evidentes e visíveis na mulher, pois afeta algo que lhe é muito mais caro: a dignidade. São aqui enquadradas as acusações falaciosas de traição, palavras as quais reduzem ou eliminam sua autoestima, críticas e comentários ofensivos sobre seu comportamento, sua forma de agir e/ou vestir, os julgamentos os quais destroem sua identidade perante a sociedade e atingem os aspectos mais valiosos de sua personalidade.

A violência assume a forma de sexual quando a mulher é compelida a realizar aquilo que não deseja por meio de intimidação e ameaça. Assim, a imposição da prática do ato sexual e o impedimento de utilizar métodos contraceptivos ou de proteção contra doenças, o que limita ou elimina o seu direito à saúde ou sua decisão quanto aos direitos sexuais ou reprodutivos, configuram violência.

Quando a mulher, entretanto, não sofre agressão em sua esfera física ou subjetiva, mas tem o seu patrimônio atingido, caracteriza-se a violência

patrimonial. Neste âmbito, a mulher é obrigada a despende seu patrimônio com o agressor ou pode ser dele privada mediante obrigatoriedade de entrega de todos os seus bens e frutos do seu trabalho. Também se enquadra neste tipo de violência a destruição do patrimônio da mulher (seja aquele de relevância econômica ou de valor sentimental) ou qualquer conduta que a conduza a uma situação de total dependência econômica do agressor.

É importante salientar que a violência ocorrerá sempre que a mulher, ao se negar a realizar alguma conduta requerida pelo parceiro, sofrer consequências indesejadas concernentes a maus tratos físicos ou morais. Diante de tantas formas de violência as quais podem ser impingidas à mulher, faz-se premente uma legislação consistente e eficaz para reprimir e punir as violências.

2. PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A percepção da necessidade de proteção surge quando há consciência de existir algum bem da vida em risco. Este é o sentido da lei: proteger o indivíduo de situações as quais possam afetar seu interesse jurídico de violações.

Neste ínterim, quando se fala em proteção à mulher vítima de violência doméstica, está subentendido o risco ao qual está submetida em suas relações, o que se torna ainda mais grave quando tal risco é imputado em seu ambiente familiar no qual deveria haver, por sua natureza, proteção e acolhimento.

Numa tentativa desesperada e urgente de ser agente motivador de mudança e de reconhecimento da situação de risco e vulnerabilidade em que estavam inseridas as mulheres, uma importante norma despontou no cenário jurídico: a Lei Maria da Penha, a qual carrega o nome de uma cearense que sofreu duas tentativas de assassinato em 1993 e ficou paraplégica como resultado da última investida.

Passados anos da violência sofrida sem o agressor ter sido punido adequadamente pela justiça brasileira, Maria da Penha Maia Fernandes buscou os órgãos internacionais e a situação chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos

(OEA), e então, sua história foi considerada, pela primeira vez na história, um crime de violência doméstica. A CDIH responsabilizou o Estado brasileiro por omissão e negligência, além de expressar recomendações em apoio às vítimas de violência doméstica.

A partir desta manifestação, uma luz de esperança acendeu com a Lei Maria da Penha, a qual passou a olhar a vítima com o cuidado e peculiaridade que a circunstância em que estão inseridas requer, atenta à sua fragilidade e aos perigos os quais lhe são impostos pela convivência doméstica. Até então, faltava o reconhecimento de que a convivência com o agressor em ambiente familiar tornava a mulher mais exposta e mais vulnerável à situação de agressão, dado o envolvimento emocional que subsistia em uma mescla inseparável do medo e da insegurança. Com a Lei Maria da Penha o Estado assumiu efetivamente o seu papel de responsável pela proteção da mulher e punição do agressor.

A lei enuncia uma necessária articulação operacional do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, tudo no intuito de bem defender os interesses da vítima. Essa interlocução viabiliza um atendimento mais célere à mulher em situação de violência, viabilizando a reconstrução de sua vida.

A legislação é um avanço indiscutível para que a punição ocorra e, daqui a algum tempo, seja possível reduzir ou, numa condição bastante ousada, mas ainda possível, eliminar os casos de violência. Mas não se pode refutar o quanto a sociedade ainda culpa a vítima pelos atos violentos praticados pelo agressor. A proteção à mulher vítima de violência perpassa por mudanças estruturais as quais não dependem apenas da existência de uma lei que estabeleça penalidades e medidas de proteção, embora ela represente significativo passo nessa direção. É necessária uma mudança da sociedade, no sentido de atribuir a culpa a quem de fato a tem e tratar como vítima quem de fato o é.

A inserção de uma lei no ordenamento jurídico não tem o condão, por si só, de promover alteração na grave situação instaurada em torno da violência doméstica, cujos índices crescem de forma vertiginosa. O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) divulgou que, em 2020, foram registradas mais de 105 mil denúncias na central de atendimento à mulher, sendo 72% referentes à violência doméstica e

familiar, o que torna nítido que a vítima pede ajuda ao Estado para que o seu direito à vida possa ser garantido (GOVERNO DO BRASIL, *online*).

A Lei Maria da Penha traz em seu bojo medidas de caráter protetivo, cujo intuito é prevenir que as situações de violência culminem na morte da vítima ao garantir sua proteção e a quebra no ciclo de violência. Tais medidas estão previstas no artigo 22 da referida lei. A Lei do Femicídio (Lei nº 13.340/15) surgiu para solidificar o espectro de proteção à mulher vítima de violência doméstica ao estabelecer como qualificadora para o aumento da pena a circunstância do crime ter sido cometido em razão da vítima ser do gênero feminino.

O feminicídio é o assassinato de uma mulher em razão da sua condição de gênero e representa o último ato de uma sequência de ações delituosas praticadas contra a vítima, de ordem física ou psíquica. Não obstante também possa ocorrer de forma pontual, única e abrupta, diante de um episódio de fúria extrema do agressor em demonstrar a sua dominação.

Mesmo diante dos dados estatísticos apresentados pelos institutos de pesquisa, bem como dos eventos constantes noticiados pela mídia, foi necessário um extenso período de dominação, agressão e morte para que a legislação viesse a legitimar a violência contra a mulher como ato passível de elevar a pena do agressor. A Lei do Femicídio entrou em vigor em março de 2015 com o objetivo de punir de maneira específica aquele que cometer o crime de homicídio contra uma mulher em razão da sua condição de ser do sexo feminino, estipulando penalidade mais severa para o agressor.

3. O IMPACTO DA LEI DO FEMINICÍDIO NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Um aspecto relevante a ser considerado em relação à criminalização do feminicídio é o concernente aos problemas sociais os quais lhe são subjacentes, como a carência na educação e a falta de assistência, o que torna a Lei, de forma isolada, insuficiente para conter os crimes cometidos neste contexto. É necessário que outros mecanismos atuem de forma articulada, de forma que reflitam no sistema jurídico e social para gerar, como resultado, a diminuição dos casos, bem como a atenuação da reincidência.

A nossa sociedade foi construída com base em um sistema patriarcal, seguindo uma cultura machista de dominação da figura feminina, o que é fruto de décadas de ideologias deturpadas e identidades distorcidas. Assim, dada a multidimensionalidade do problema da violência de gênero, fica clara a impossibilidade de combater o feminicídio somente com a lei.

Uma crítica ferrenha sobre a qual é possível se debruçar, no que toca à criminalização do feminicídio, é que ele pune o resultado e se estabelece sobre uma cultura proibitiva, como é a do Código Penal em sua integralidade, sem sensibilizar para as raízes onde repousam o problema da violência.

Embora seja importante punir o agressor, não se pode fundar a legislação somente no aspecto repressivo. Faz-se premente estabelecer um modelo o qual previna a violência e atue de forma prévia, a fim de alcançar o que hoje parece inatingível: a redução ou eliminação de todas as formas de violência imputadas à mulher. O Estado deve atuar como protetor e não apenas como agente punitivo quando a vida já foi ceifada.

Outro aspecto que merece análise, no que toca à criminalização do feminicídio, é a problemática que envolve o adequado registro do crime como feminicídio. Isto porque, como dito, só pode ser assim enquadrado aquele crime cometido contra a mulher em virtude de seu gênero. Assim, é necessário verificar como se comportaram as estatísticas de assassinatos cometidos contra mulheres no quadriênio anterior (2011–2014) e posterior (2015–2018) à entrada em vigor da Lei do Feminicídio.

O número de homicídios contra mulheres no quadriênio anterior à entrada em vigor da lei totalizou 18.856, correspondendo a uma taxa média de 4,55% homicídios de mulheres por 100 mil habitantes entre 2011 e 2014. No quadriênio posterior à promulgação da Lei (2015–2018), os assassinatos contra mulheres totalizaram 18.721, correspondendo a uma taxa média de 4,48% homicídios de mulheres por 100 mil habitantes.

Estes dados, extraídos do Atlas da Violência 2020 do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (online), mostram quase uma igualdade estatística no número de homicídios contra mulheres no Brasil. Os dados expostos não apresentam distinção entre homicídio e feminicídio, o que é justificado pelo IPEA, por este tipo de informação não constar nos registros do Sistema de Informação sobre Mortalidade/Secretaria de Vigilância em Saúde/Ministério da Saúde (SIM/SVS/MS), pois os aspectos concer-

nentes à tipificação penal e investigação criminal são de responsabilidade das instituições judiciais.

Esclarece, entretanto, que “[...] a literatura internacional reconhece que a maior parte dos homicídios que ocorrem nas residências são de autoria de pessoas conhecidas ou íntimas das vítimas.” (CERQUEIRA, 2014), e que, conforme estudo protagonizado por Campbell *et al.* (2003) em onze cidades dos Estados Unidos, com 220 vítimas de feminicídio íntimo, “[...] verificou que 70% tinham sofrido violência física do parceiro íntimo antes do assassinato; e que, entre os fatores de risco, estavam o acesso a armas de fogo por parte do agressor, a dependência química e o fato de residirem no mesmo endereço.”. Partindo destas premissas, os dados apresentados utilizam registros de homicídios contra mulheres em residências como proxy (utilização de um dado em substituição a outro de difícil mensuração) do feminicídio (IPEA, *online*).

Para que seja possível mensurar de forma mais efetiva o número de feminicídios após a publicação da lei, o monitor da violência atesta 445 registros em 2015, 763 em 2016, 1.047 em 2017 e 1.225 em 2018, totalizando 3.480 casos registrado especificamente como feminicídio. Dada a manifesta discrepância entre o número de registros de homicídio *lato sensu* no período de 2015 a 2018 e os registros de feminicídio, é possível constatar que nem todos os casos de assassinato contra mulheres estão sendo adequadamente enquadrados, o que reduz o alcance da lei e a sua efetividade, além de não cumprir o objetivo para o qual foi criada, que é punir o agressor com maior rigor.

A legislação somente cumprirá o seu papel se os órgãos e agentes envolvidos desenvolverem individualmente a sua atribuição com rigor, envolvimento e conscientização, a fim de que os dados revelem a realidade dos crimes cometidos e possibilitem a punição condizente. A apresentação da estimativa real dos crimes de feminicídio permite também que o Poder Público volte sua atenção à gravidade dessa demanda social, a qual requer a formulação de políticas públicas coordenadas ao enfrentamento da violência contra a mulher em situação de violência, protegendo-a de forma a não somente reprimir a violência, mas também preveni-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos dados estatísticos evidencia que a Lei do Feminicídio imprime maior rigor à punição do autor do homicídio quando este é praticado contra a mulher pela sua condição de gênero. No entanto, para que a Lei tenha a devida efetividade é necessário que o crime seja apurado e registrado com a sua real tipificação. Desvios e erros relativos ao enquadramento do crime fragilizam o processo de aplicação da Lei, fazendo com que esta não tenha seus efeitos vislumbrados em concreto.

Haja vista que o registro de feminicídios no período pesquisado apresentou-se ínfimo, se cotejado com os homicídios no mesmo período, é natural certa insegurança na tomada de decisões por parte do Poder Público, o qual se retrai no sentido de formular políticas públicas tendentes a prevenir a violência e promover o enfrentamento da violência doméstica.

A punição rigorosa do criminoso garante a segurança jurídica e ameniza a sensação de injustiça e impunidade daqueles que tiveram vítimas retiradas de seu convívio familiar por condutas cruéis, além de deixar claro que a lei não é uma ficção jurídica; todavia, sua existência em abstrato não assegura efetiva aplicação se dissociada da necessária articulação, desde o ente que faz o atendimento primário à vítima até a efetiva punição do agressor.

É preciso salientar que a criação de leis, com teor protetivo e/ou punitivo, isoladamente, não é suficiente para conter os vultosos índices de criminalidade. É necessário coordenar ações que envolvam a sociedade, conscientizando-a a respeito da culpabilidade do agressor e colocando a vítima no lugar que lhe pertence nessa relação de violência. É preciso, assim, desconstruir a cultura machista arraigada à sociedade patriarcal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de

Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

GOVERNO DO BRASIL. **Canais registram mais de 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/03/canais-registram-mais-de-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020#:~:text=Canais%20registram%20mais%20de%20105%20mil%20den%C3%BAncias%20de%20viol%C3%AAncia%20contra%20mulher%20em%202020,-Compartilhe%3A&text=No%20m%C3%AAs%20mercado%20pelo%20Dia,direitos%20humanos%20do%20Governo%20Federal>. Acesso em: 24 jun. 2021.

GRISCI, Carmem L. I. Ser mãe, produção dele, reprodução dela. In: CARDOSO, Reolinas S. (Org.) *É uma mulher...* Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2020**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 26 jun. 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Laços perigosos entre machismo e violência. In: **Ciências & Saúde Coletiva**, v. 1, n. 10, p. 18-34, 2005.

Portal G1. Monitor da Violência. **Feminicídios no Brasil**. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/fe->

minicidios-no-brasil/?_ga=2. 160611261.1077062719.1620872854-
1507949195.1618831357. Acesso em: 22 jun. 2021.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1988.

WEEKS, Jeffrey. O Corpo e a Sexualidade. *In*: LOURO, Guacira Lopes (Org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Tradução dos artigos: Tomaz Tadeu da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 35-82.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UMA NOVA VISÃO ACERCA DO DIREITO À PRIVACIDADE

*Alan Mota Calegari*¹²⁰

*Isaque Paulo Rodrigues da Silva Julio*¹²¹

*Israel Jhonata Rodrigues da Silva Julio*¹²²

*Larissa Moura Peres*¹²³

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, quase a todo instante surgem novas tecnologias capazes de aproximar os seres humanos de formas que, até o final do século passado, eram impensáveis. Nessa toada, os dados pessoais de cada titular se tornaram cada vez mais importantes no desenvolvimento econômico mundial. Desse entendimento, surgiu o conceito de que os “Dados são o

120 Graduando em Engenharia Elétrica pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET).

121 Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador no Grupo de Estudos em Proteção de Dados (GEPD), vinculado à Comissão de Proteção de Dados da OAB-MG. Membro do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Social Corporativa e Governança.

122 Técnico em informática pelo Centro de educação tecnológica de minas gerais (CEFET-MG), Graduando em Engenharia de sistemas pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

123 Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara e membro do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil (GEDIPROC).

novo Petróleo”, pois foi a partir deles que as cinco maiores empresas do Vale do Silício se tornaram as maiores potências econômicas mundiais.

Com esse crescimento e a constante expansão tecnológica, a cada dia que passa a implementação de um programa de *Business Intelligence* e de novos meios de armazenamento de dados se tornam imprescindíveis para a continuidade da atividade. A nova era tecnológica trouxe consigo novos conceitos, como o *Big Data* e a Internet das coisas, responsáveis por marcar a nova realidade em que vivemos, onde o fluxo informacional se tornou tão intenso que foi necessária uma regulamentação desse novo modelo de mundo.

É dessa necessidade que nasceram os regulamentos atinentes ao direito de privacidade. A priori, foi em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, em que podemos perceber o início de uma normatização dos preceitos protetivos da privacidade. Valores como a proteção da privacidade individual e familiar (artigo 12), e liberdade de informação, opinião e expressão (artigo 19) podem ser encontrados dentro de suas tábuas, tais valores também foram incorporados à Lei Geral de Proteção de Dados em seus artigos 1º e 2º, III, respectivamente.

Seguindo a linha temporal, em 1950 surgiu a Convenção Europeia de Direitos Humanos, inspirada na Declaração supramencionada, a qual estabeleceu proteções à vida privada e familiar e à informação, impondo como limites a esses direitos a segurança pública — modelo também seguido pela Lei Geral brasileira em seu artigo 4º —, além da defesa ao bem-estar econômico da nação, defesa da ordem entre outros. Isto posto, 29 anos depois, em 1979, sete membros da Comunidade Europeia, entre eles Dinamarca, França e Alemanha perceberam a necessidade de legislar acerca da proteção à privacidade, então, incorporaram tais preceitos em seus textos constitucionais.

Mais adiante, em 24 de outubro de 1995, foi criada a diretiva 95/46/CE, pelo Parlamento Europeu, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Essa diretiva, durante 20 anos, foi o principal documento internacional sobre o assunto “tratamento de dados”. Em 2016 surgiu o *General Data Protection Regulation* (GDPR)¹²⁴, o qual entrou em vigor no

124 This Regulation lays down rules relating to the protection of natural people with regards to the processing of personal data and rules relating to the free movement of personal

dia 25 de maio de 2018 e substituiu a antiga diretiva 95/46/CE, bem como as leis e regulações nacionais que a mantinham por base.

Entrementes, todas essas inovações legislativas foram criadas com a finalidade de proteger os dados pessoais e, de uma forma mais geral, a proteção à privacidade. Porém, surge o questionamento acerca de que modo pode ser entendida a privacidade em um contexto mundial informatizado. Além de premissas como: de que forma podemos definir a privacidade de determinado titular de dados nas redes sociais, quando ele mesmo disponibiliza seus dados de forma livre? E de que modo o agente de tratamento de dados pode garantir aos titulares a segurança de que suas informações estão sendo utilizadas apenas para a finalidade que lhes foi concedida?

Nada obstante, é necessário fazer uma ponderação acerca da forma como essa proteção se dará no panorama econômico atual. Não pode o Estado garantir a proteção à privacidade da pessoa em detrimento do desenvolvimento econômico do país. Questões como privacidade *versus* liberdade de expressão e opinião devem ser colocadas à prova sob uma nova perspectiva. Portanto, é necessária uma nova visão acerca do direito à privacidade, tendo em mente o advento da mais nova e importante regulamentação do tema, a Lei Geral de Proteção de Dados.

1. ASPECTOS OBJETIVOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

A privacidade das pessoas naturais vem sendo discutida entre os juristas há décadas. A evolução regulatória em torno da proteção de dados é capaz de nos revelar muito acerca do próprio desenvolvimento humano em torno do conceito de privacidade. É bem verdade que a soberania do titular de dados frente ao seu tratamento representa um direito fundamental estatuído no artigo 5º, X, da Constituição Federal. Porém, esse é um tema o qual ainda gera controvérsias dentre os teóricos do estudo. Portanto, para melhor compreensão da importância dessa discussão é necessário traçarmos um breve estudo acerca dos principais pontos da lei regulatória do tema no país.

Ab initio, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é um marco legal no que se refere à normatização dos direitos dos titulares de dados perante

data. Art. 1º GDPR.

os agentes de tratamento desses dados. A lei, inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia, instituiu pela primeira vez em solo nacional uma norma inteiramente voltada à proteção de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.¹²⁵

Assim, a LGPD cuidou da tutela do direito à privacidade e deu foco especial no tratamento de dados pessoais. Este pode ser entendido como toda ação a qual um agente de tratamento executa sobre determinado dado ou banco de dados, tais como coleta, transferência, extração, modificação, avaliação, reprodução, distribuição etc. O conceito determina uma proteção ponta-a-ponta, desde a coleta até o descarte dos dados pessoais.

1.1 DADOS PESSOAIS

Com base no modelo europeu, a Lei Geral de Proteção de Dados adotou a teoria expansionista, por meio da qual os dados podem ser entendidos como toda informação relativa à pessoa diretamente identificada, bem como aquela informação que tenha o potencial de tornar uma pessoa identificável. De acordo com a teoria expansionista, os dados relativos à pessoa humana são um conjunto de informações que, reunidos, tem a capacidade de individualizar alguém.

Nas palavras de Rony Vainsof (2021, p. 94):

Assim, nome, prenome, RG, CPF, título de eleitor, número de passaporte, endereço, estado civil, gênero, profissão, origem social e étnica; religiosas e filosóficas; números de telefone, registro de ligações, protocolos de internet, registros de conexão, registros de acesso a aplicações de internet, contas de e-mail, cookies, hábitos, gostos e interesses, são apenas alguns exemplos de dados pessoais que pautam a atual vida em sociedade.

Percebe-se que quaisquer dados capazes de criar referência à pessoa natural poderão ser entendidos como dados pessoais. É importante ressaltar que quando falamos de dados pessoais nos referimos apenas às pessoas

125 Art. 1º, da LGPD.

naturais. É importante traçar este entendimento, uma vez que toda a miríade de dados informacionais vinculados à pessoa jurídica encontra tutela em diplomas legais distintos, tais como a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), a Lei de Software (Lei 9.609/1998) e a Lei de Direitos Autorais (9.610/1998), por exemplo.

Todavia, note que o conceito estabelece uma cláusula extremamente aberta acerca do critério de definição de dado pessoal, visto que, atualmente, qualquer dado pessoal o qual seja trabalhado por meio de um inventário de dados pessoais bem estruturado, com auxílio de uma engenharia sistêmica é capaz de tornar uma pessoa, no mínimo, identificável¹²⁶.

Atualmente, isso acontece em virtude da alta capacidade de processamento informacional, a qual tornou possível não apenas a coleta massiva de dados, como também seu tratamento e compartilhamento em um período extremamente curto de tempo. Esse fato está diretamente ligado ao trinômio *Big Data*, Internet das Coisas e Inteligência Artificial, onde as máquinas trocam as informações entre si e permitem, dessa forma, a execução de comandos automáticos que aceleram infinitamente mais a transmissão das informações ao redor do globo. E através desse trânsito constante e extremamente veloz é possível que as informações, ainda que num primeiro momento sejam consideradas incapazes de identificar um sujeito, sejam agora identificáveis, fato que não era possível a duas décadas atrás.

Ao considerar esses fatos, tanto o regulamento europeu quanto a LGPD ponderam acerca do critério da razoabilidade para balizar o espectro expansionista. Dessa forma, não bastará existir a possibilidade remota de um dado ser vinculado a uma pessoa para classificá-lo como identificável, será necessário que o intérprete considere que tal vínculo está alicerçado em um “esforço razoável” de identificação. Logo, percebe-se que “[...] a LGPD busca a proteção de direitos e garantias fundamentais da pessoa natural, equilibradamente, mediante a harmonização e atualização

126 Existen datos a priori irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad del ciudadano, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significados (CONESA, p. 44-45, 1984).

de conceitos de modo a mitigar riscos e estabelecer regras bem definidas sobre o tratamento de dados pessoais.” (VAINSOFF, 2021, p. 25).

Por fim, é importante salientar a existência dos dados pessoais sensíveis, entendidos como aqueles dados pessoais capazes de causar qualquer tipo de discriminação ao seu titular, como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. A lei prevê uma série de proteções extras a essa modalidade de dados, graças a um entendimento pragmático de que esses dados têm a capacidade de gerar riscos e vulnerabilidades potencialmente mais graves aos seus titulares.

1.2 AGENTES DE TRATAMENTO

A lei permite que os dados pessoais, sensíveis ou não, sejam tratados pela figura do controlador e do operador. Controlador¹²⁷, é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; já operador¹²⁸ será a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a qual realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. É de suma importância discernir, dentro da cadeia de tratamento dos dados, as funções destes agentes de tratamento, visto que cada modalidade está diretamente atrelada à forma de responsabilização de cada agente na cadeia de tratamento.

Controlador é aquele que detém a autonomia na tomada de decisões sobre a finalidade do uso da base de dados. Será ele o responsável por cumprir os direitos dos titulares dos dados, bem como o responsável civilmente nos casos de desrespeito à Lei Geral. Já o operador é aquele que realiza o tratamento dos dados, mas sempre às ordens do controlador, e detém autonomia apenas para definir as ferramentas e o modo de tratamento dos dados.

Conforme exposto anteriormente é possível que o controlador/operador seja tanto uma pessoa física quanto jurídica, mas não se deve con-

127 Art. 5º, VI, da LGPD.

128 Art. 5º, VII, da LGPD.

fundir os funcionários de determinada pessoa jurídica, contratada para controlar ou operacionalizar determinada base de dados, com a própria PJ. O funcionário age em nome da pessoa jurídica, esta é a responsável pelo tratamento dos dados, e não a pessoa natural dentro da cadeia empresarial.

Em síntese, para que esses agentes — leia-se o controlador e o operador — realizem qualquer tratamento de dados pessoais é indispensável que haja o alicerce de, no mínimo, uma base legal. Caso o agente de tratamento não atenda a uma dessas bases legais, o tratamento será ilícito. Complementando, nas palavras de Camila do Vale Jimene (2021) é possível compreendermos um tratamento ilícito como aquele que contrarie qualquer dispositivo legal constante na LGPD, em especial as previsões do artigo 7º e 11, cujos incisos tratam, respectivamente, das bases legais autorizadas de tratamento de dados pessoais e dados sensíveis.

Outro ponto importante a ser trabalhado pelos agentes de tratamento é o descarte de dados, pois, caso este seja feito de maneira irregular, poderá ser equiparado a uma forma de vazamento. Por esse motivo, a LGPD prevê em seu artigo 47 que os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento, sejam obrigados a garantir a segurança da informação, mesmo após o seu término.

Em processos seletivos trabalhistas, por exemplo, muitos dados como estado civil, *status* médico, situação financeira (pesquisa de CPF), endereço, telefone, e-mail entre outros, são revelados à empresa. O descarte incorreto desses currículos poderá ocasionar vazamento desses dados e, conseqüentemente, a responsabilização pelos agentes responsáveis por tratá-los. Dessa forma, é necessário que as empresas as quais possuem um setor de Recursos Humanos criem políticas de controle de dados, afinal “[...] os funcionários da área possuem acesso a dados extremamente importantes e sensíveis de funcionários — como doenças, problemas conjugais, distúrbio mentais, salário, entre outros.” (CRESPO, 2019, p. 271).

1.3 PRINCÍPIOS E BASES LEGAIS

Os princípios institutivos da Lei Geral, juntamente com as bases legais, são os responsáveis por legitimar a operacionalização de dados realizada pelos agentes de tratamento. Dentro da cadeia de princípios, três

se mostram mais evidentes em qualquer tratamento executado, é o tripé finalidade, adequação e necessidade. Todo tratamento de dados deve se prestar uma finalidade específica e previamente informada, e os dados coletados devem ser adequados e estritamente necessários à consecução dessa finalidade (*Data minimization*). Além destes, temos os princípios da boa-fé, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas.¹²⁹

As bases legais previstas no artigo 7º da LGPD são as hipóteses taxativas pelas quais o poder legiferante permitiu o tratamento de dados. Dessa forma, conforme o artigo supramencionado, um agente de tratamento só poderá operacionalizar dados pessoais mediante o consentimento livre, inequívoco e informado do titular; para cumprimento de obrigação legal; nos casos da administração pública previstos no artigo 7º, III, e artigo 23 em diante; para a realização de estudos por órgão de pesquisa; quando necessário para a execução de contrato; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida; para a tutela da saúde; quando haja interesse legítimo; e para a proteção do crédito.

Traçados esses breves entendimentos acerca da Lei Geral de Proteção de Dados, adentraremos na temática principal em busca da compreensão de como o direito à privacidade, atualmente, pode ser compreendido e respeitado, levando-se em consideração os aspectos técnicos e gerais dos conceitos de *Big Data* e Internet das Coisas.

2. A PRIVACIDADE A PARTIR DA TEORIA DOS CÍRCULOS CONCÊNTRICOS

Entrementes, para analisarmos a privacidade — entendendo-a como um direito fundamental constitucionalmente garantido (artigo 5º, X, Constituição Federal de 1988) — precisamos entender as formas profundas com as quais ela se manifesta. A doutrina majoritária utiliza a teoria dos círculos concêntricos¹³⁰ para explicar de que forma esse direito pode ser

129 Art. 6º, da LGPD.

130 Inicialmente idealizada por Heinrich Hubmann (HUBMANN apud COSTA JR., 1995, p.30) e posteriormente aperfeiçoada por Heinrich Henkel, a Teoria dos Círculos Concêntricos da

entendido. Essa teoria entende que a vida privativa é formada em camadas: *Privatsphäre*; *Intimsphäre* y *Geheimsphäre*. As quais se exprimem em círculos concêntricos constituídos em um mesmo arranjo.

O círculo externo representa a esfera do privado — *Privatsphäre* —, onde os aspectos mais periféricos da vida humana habitam. É nele que se encontram os círculos sociais e a vida pública de cada pessoa. Consoante entendimento do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 80, p. 367-373), sua transparência corresponde à sua marca registrada ao mesmo tempo em que a divulgação de seu conteúdo só é impossibilitada quando se tratar de uma informação considerada falsa ou quando seja lesiva à honra.

Já o círculo central — *Intimsphäre* — consiste nas relações mais próximas à pessoa, nas quais mantemos uma camada de confidencialidade. Um exemplo dentro dessa seara pode ser encontrado na jurisprudência espanhola, consoante à decisão do STS de 18 de fevereiro de 2013 (RJ 2013-2016), “[...] em que o direito à intimidade familiar objetiva garantir ao sujeito um espaço reservado que coincide com aquele em que ele desenvolve relações familiares, blindando-o do conhecimento alheio contra sua vontade.” (MENDOZA; BRANDÃO, 2016, p. 228).

Portanto, é nesse ambiente em que se encontram os problemas conjugais, a ciência quanto aos dados pessoais sensíveis da pessoa, como convicção religiosa, dados referentes à saúde ou à vida sexual, problemas conjugais entre outros. Cumpre ressaltar um fato interessante: algumas constituições, como a espanhola (artigo 18.1) e a colombiana (artgo 15, *caput*), preveem a vida íntima familiar como direito fundamental, o que não ocorre com a Constituição brasileira (MENDOZA; BRANDÃO, 2016).

Por fim, está o menor e mais restrito dos três círculos — *Geheimsphäre* —, chamado de esfera do segredo. É nele em que se encontra a essência do direito à privacidade. É neste local onde habitam nossos sentimentos, pensamentos e segredos. Logo, é inarredável que a esse círculo seja concedida uma proteção deveras maior que aos outros.

Porém, não basta um arcabouço que descreva toda a principiologia da matéria, é necessário tangibilizar o conceito através de ferramentas as quais possibilitem, de fato, a efetividade do direito. Portanto, é através

Personalidade ou Teoria das Esferas (*Sphärentheorie*) permite uma visualização gráfica dos direitos à privacidade e à intimidade.

dessa necessidade que a análise técnico-jurídica surge, para solidificar, através da ponderação e da razoabilidade, a melhor forma de sopesamento desses direitos. E com esse objetivo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estabeleceu uma série de instrumentos, com o escopo de resguardar tanto a privacidade do titular, quanto o direito do agente de tratamento quando no uso de dados pessoais, tema este que será detalhado no próximo capítulo

Em relação à instrumentalização das medidas protetivas ao direito à privacidade, a doutrina entende que essa análise deve ser realizada em duas etapas. Mendoza e Brandão (2016) advertem que, em um primeiro momento, precisamos questionar se o objeto ao qual pretende-se conceber proteção faz ou não faz parte da substância do direito à privacidade. Em caso afirmativo, é preciso indagar se a intromissão na privacidade do titular está ou não constitucionalmente justificada, como por exemplo aquela que resulta de um exercício regular de direito. Por fim, complementam dizendo que essa “[...] estrutura de ponderação permite traçar uma trajetória clara de diagnóstico, contribuindo para uma maior segurança jurídica no exercício do *balancing test*.” (MENDOZA; BRANDÃO, 2016, p. 228).

Percebe-se, portanto, que o direito à privacidade foi pensado em diferentes esferas, as quais detêm diferentes níveis de proteção. Analisar de forma geral como esse direito deve ser resguardado constitui uma tarefa árdua ao legislador, uma vez que é a partir do caso concreto que será preciso, através do sopesamento, decidir qual direito deverá imperar sobre o outro. Demonstrados os pormenores da corrente majoritária acerca do entendimento teórico do direito à privacidade, passamos à análise desse direito frente às grandes tecnologias dos dias atuais e a possibilidade de um direito pleno à intimidade e à vida privada.

3. UMA NOVA VISÃO ACERCA DO DIREITO À PRIVACIDADE

A *ratio essendi* da Lei Geral de Proteção de Dados surge do desejo de devolver aos titulares a soberania sobre seus próprios dados, e tudo isso sob o objetivo central de resguardar a liberdade e a privacidade da pessoa natural. Portanto, alguns fatos merecem ser trazidos à baila para enten-

dermos, a priori, de que modo se encontra o cenário brasileiro frente ao exorbitante crescimento tecnológico da última década.

De acordo com pesquisas realizadas pela GlobalWebIndex (GWI), o tempo médio que cada pessoa dedicou a sites e aplicativos relativos às mídias sociais passou de 143 minutos, em 2012, para 233 minutos, em 2019, um aumento de 62,9%. Não obstante, o Brasil vem em segundo no *ranking*, com 225 minutos, um aumento em relação a 2018, quando o tempo médio gasto com isso foi de 219 minutos (DUARTE, 2019). Ainda, segundo pesquisa publicada pela F-Secure, na qual 14 países foram objetos de estudo, 43% dos brasileiros consideram estar “perdendo o controle” sobre as informações compartilhadas em suas redes sociais.

E foi graças ao fluxo hiperbólico de dados que surgiu o conceito do *Big Data*. Tal conceito não se restringe apenas à sua tradução literal, ou seja, excesso de dados. Na realidade ele atrai uma nova forma de olhar para essas informações, com uma finalidade precípua de desenvolver novas formas e *insights* que possibilitem melhores formatos de tomada de decisão e celeridade negocial. Ademais, uma empresa que consegue realizar um estudo coeso acerca dos dados os quais controla/opera tem, logicamente, chances muito maiores de satisfazer seus *stakeholders*.¹³¹

Além disso, a necessidade de conhecer os dados operacionalizados dentro da organização tornou-se uma tarefa obrigatória com o advento da LGPD, pois o desconhecimento pode gerar um tratamento ilícito, o que causa sérios prejuízos econômicos à organização, visto que o tratamento ilícito de dados, a depender de suas proporções, pode gerar sanções administrativas na monta de R\$ 50.000.000,00.¹³²

Segundo pesquisa da DataEX, por dia são criados quase 2,6 quintilhões de bytes no Brasil, sendo que em 2020 o mundo alcançou a marca

131 Stakeholder inclui aqueles indivíduos, grupos e outras organizações que têm interesse nas ações de uma empresa e que têm habilidade para influenciá-la (Savage, Nix, Whitehead, & Blair, 1991).

132 Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

[...] II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

de 40 zettabytes, o que representa um valor 3 vezes superior à década passada. Essas pesquisas tornam ainda mais evidente a necessidade da proteção de dados (principalmente *online*), visto que o fluxo descontrolado de informações pode ser prejudicial ao titular caso ele não tenha conhecimento de quem está utilizando seus dados, com que finalidade, qual a segurança oferecida, como está sendo realizado o tratamento e, em caso de vazamento, quem deverá ser responsabilizado.

Toda essa informatização tecnológica acabou modificando o modo como sentimos a essência do Direito atualmente. Diante disso, surgiu uma nova cultura responsável por transfigurar a vida cotidiana por meio da tecnologia. Marco Antônio Sousa Alves (2017), indaga que:

Uma nova cultura parece emergir, chamada de cibercultura, entendida como uma formação histórica, um conjunto de práticas e representações que se baseiam nas redes telemáticas e que se desenvolvem com a crescente mediação da vida cotidiana pelas tecnologias da informação. Para além do espaço virtual dos computadores e das redes globais, estamos diante de uma cultura marcada pela ubiquidade.

Outrossim, o autor demonstra que as novas gerações estão sendo expostas a um fluxo constante e imoderado de informações, o qual estimula a captação de informação cada vez mais fragmentada, em uma velocidade cada vez maior (ALVES, 2017). Diante deste cenário superabundante de dados, a privacidade começa a se tornar cada vez mais escassa no seu sentido de existência. Torna-se cada vez mais difícil manter uma vida privada frente a essa captação constante de dados pessoais realizadas pelas empresas, comércio, sites, mídias sociais, aplicativos etc.

Boa parte da culpa está nos famigerados “termos de consentimento” emitidos por tais entes, os quais não demonstram de forma sucinta como e quais dados o titular está disponibilizando. O direito à privacidade não pode ser exercido se o direito à informação não o for de igual forma.

Já se tornou uma prática comum os estabelecimentos comerciais — como as farmácias — exigirem um pré-cadastro do comprador, com a disponibilização de nome e CPF, para que seja possível realizar a com-

pra do fármaco¹³³, o que vai totalmente de encontro ao estabelecido na LGPD.

É fato que a privacidade dispõe de uma essência imutável quanto à sua razão de ser, porém, a forma como a proteção desse direito deve ser interpretada nos dias de hoje é totalmente diferente da forma como o era outrora. O direito à privacidade deve continuar existindo de forma autônoma, no entanto, como ressaltado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), não há direito absoluto, devendo a privacidade, obrigatoriamente, caminhar junto a outros direitos, princípios e garantias fundamentais.

3.1 DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A Lei Geral de Proteção de Dados é expressa em determinar que um dos fundamentos da proteção de dados pessoais é o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação¹³⁴. Os dados são o novo petróleo, portanto, a economia global nos dias de hoje é pautada dentro dessa nova realidade informacional, o que outrora era inimaginável. O desenvolvimento de ferramentas que antes encontravam relento apenas no imaginário, agora conquistam espaço dentro do comércio (VAINZOF, 2021).

Perceba-se que atribuir uma proteção absoluta à privacidade em detrimento de outros preceitos seria prejudicial à própria coletividade, visto que o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a livre concorrência, por exemplo, são a força motriz a qual guia a sustentabilidade de um Estado.

Conforme Andriei Gutierrez (2018):

Eventual imposição de restrições legais ou regulatórias para o fluxo de dados são elementos limitadores para uma estratégia desenvol-

133 Uma rede de drogarias foi condenada a uma pena de multa no valor de R\$ 7.930.801,72 por condicionar descontos ao fornecimento do CPF do consumidor no ato da compra, sem oferecer informação clara e adequada sobre abertura de cadastro do consumidor. A decisão condenatória é do Procon-MG, órgão integrante do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), e ocorreu após investigação dos fatos e recusa da empresa em ajustar a conduta (MPMG, 2018).

134 Art. 2, V, da LGPD.

vimentista na era digital. Essa é uma questão crucial para países que estejam pensando em estratégias de desenvolvimento econômico e social. Significa impossibilitar o acesso às mais eventuais tecnologias prejudicando a competitividade de empresas nacionais e dos investimentos internacionais.

Em suma, o estado deve considerar a proteção da intimidade da pessoa humana através de um panorama geral, o qual leve em conta não apenas o direito público subjetivo do titular, mas o direito social também.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A privacidade é uma garantia constitucional inerente à dignidade da pessoa humana. Ainda que, nas palavras de Aristóteles, o homem seja um ser sociável por natureza (WOLF, 1991), o gozo de uma vida privada é indissociável de sua natureza. Nessa perspectiva, não basta a mera existência normativa do direito, este deve ser materializado por meio de instrumentos capazes de tangenciar seu cumprimento.

De acordo com os contornos apresentados acerca da Lei Geral de Proteção de Dados e a nova realidade tecnológica e econômica, tanto o legislador, quanto o titular de dados, além dos agentes de tratamento, devem se atentar ao panorama geral em que o mundo se encontra para melhor definirem seus campos de atuação e luta por direitos.

A partir da metodologia dedutiva de pesquisa e raciocínio, na qual é adotado o procedimento de exame das normas e doutrina aplicáveis à espécie em comento, foi possível chegar a conclusões inovadoras, tais como a nova forma que o direito fundamental à privacidade deve ser entendido, bem como qual é o panorama atual em que o mundo está se portando frente à privacidade de dados.

O Brasil ainda está na fase inicial de implementação e aplicação dos mecanismos de proteção de dados. Diferente da Europa, que já carrega uma bagagem quase centenária, o Brasil começou a dar seus primeiros passos há pouquíssimo tempo. Conforme estudo realizado pela LBCA (2021), 74% das empresas brasileiras não estão preparadas para a LGPD, o que coloca em xeque o desafio de manter a proteção de dados dentro de um *safety index* o qual propicie ao país novos negócios internacionais.

Será necessário que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), ao regulamentar a matéria, estabeleça parâmetros gerais de aplicação e crie mecanismos de fiscalização para manter a congruência e efetividade da lei. Portanto, conforme exposto, o direito à privacidade atualmente não deve ser analisado da mesma forma que outrora. Uma nova visão desse direito se mostra fundamental para que haja uma coexistência saudável entre o desenvolvimento social e o direito privado. Em suma, é para este ambiente tortuoso que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais deverá ser direcionada, em conjunto ao direito comparado e às normas supletivas das mais diversas áreas, como a engenharia, a tecnologia da informação, a publicidade entre outras.

É um caminho longo a ser percorrido pelo país, porém, os primeiros passos para a emancipação das tutelas à vida privada, à intimidade e à privacidade já estão sendo concluídos. Caberá à doutrina e à jurisprudência complementar as lacunas que porventura aparecerão, de modo a dar suporte a esse objetivo comum.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Marco Antônio Sousa. **A cibercultura e as transformações em nossas maneiras de ser, pensar e agir**. 2017, In: Nádia Laguardia de Lima; Márcia Stengel; Márcio Rimet Nobre; Vanina Costa Dias. (Org.). Juventude e cultura digital: diálogos interdisciplinares. 1ed. Belo Horizonte: Editora Artesã, 2017, v. 1 p. 169-180.
- BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Lei 13.709. 14 de agosto de 2018.
- BVerfGE 80,367, 373. In: MENDOZA, Melanie Claire Fonseca; BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. | e-ISSN: 2526-0049 | Brasília | v. 1 | n. 2 | p. 223 - 240 | Jan/Jun. 2016. 227.
- CRESPO, Liana Irani Affonso Cunha. **Direito digital e compliance: pilares do programa e mapeamento de risco**. In: CANTO DE LIMA, Ana Paulo Moraes. HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes. Direito Digital: debates contemporâneos. São Paulo: Thomson Reuters. 2019

CONESA, F. **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Valencia: Universidad, 1984, pp. 44-45

DATAEX. Big Data: o que é, para que serve e suas aplicações. *In: DataEx*. 2021. Disponível em: https://www.dataex.com.br/big=-data/?gclid=CjwKCAjw_JuGBhBkEiwA1xmbRYK7ZiP3307rM3FD-dE4XWRU5NArTMLX0JKrUSIfORFNqYSnaE7OJHRoCZ_gQAvD_BwE. Acesso em: 12 de junho de 2021.

DUARTE. Fernando. Brasil é ‘vice’ em tempo gasto em redes em ranking dominado por ‘emergentes’. Folha de São Paulo. Uol. 6.set.2019. Acesso em: 20 de Jun 2021. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/nerdices/2019/09/brasil-e-2o-em-ranking-de-paises-que-pas-sam-mais-tempo-em-redes-sociais.shtml>.

F-SECURE. Soluções de cibersegurança. **F-secure**. Acesso em: 20/06/2021. Disponível em: <https://www.f-secure.com/br-pt>.

GUTIERREZ, Andrei. **Transferência internacional de dados & estratégias de desenvolvimento social**. *In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato (Coord.)*. Comentários ao GDPR. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 218.

LBCA. 74% das empresas brasileiras não estão preparadas para a LGPD. *In: LGPD Brasil*. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/84-das-empresas-brasileiras-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd/>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

LIMA, Ana Paula Moraes Canto de; CRESPO, Marcelo; PINHEIRO, Patrícia Peck (Coord). **LGPD Aplicada**. 1. Ed. São Paulo : Editora Atlas LTDA. Brasil, 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDOZA, Melanie Claire Fonseca; BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias** | e-ISSN: 2526-0049 | Brasília | v. 1 | n. 2 | p. 223 - 240 | Jan/Jun. 2016. 227.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Drogaria Araújo deverá pagar multa de R\$ 7 milhões por capturar CPF dos consumidores. *IN: Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. 2018. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/drogaria-araujo-devera-pagar-multa-de-r-7-milhoes-por-capturar-cpf-dos-consumidores.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2021.

SAVAGE, G. T., Nix, T. W., Whitehead, C. J., & Blair, J. D. (1991). **Strategies for assessing and managing organizational stakeholders**. *Academy of Management Executive*, 5(2), 61-75.

VAINZOF, Rony. *In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Coord.)*. LGPD: **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

WOLF, F. Aristote et la politique. Paris: PUF, 1991. *In: BARÃO, Marina Leal*. **O naturalismo na Política de Aristóteles**. Instituto de Filosofia, Sociologia e Política Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pelotas. Rio Grande do Sul. 2019.

CRISE DO COVID-19 E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS: TENSIONAMENTOS E REGULAÇÕES À LUZ DO DIREITO À VIDA

*Vinícius Dias Alves*¹³⁵

INTRODUÇÃO

Produto das inovações tecnológicas experimentadas, sobretudo, a partir da última década do século XX, em contexto de acelerada globalização, as mídias sociais ocupam posição central no que concerne às interações humanas em uma era de conexões múltiplas e digitalizadas. Gestadas na perspectiva de descentralização comunicacional, essas plataformas ressignificam a lógica polarizada emissor-receptor ao validar um sem-número de usuários como sujeitos ativos. Em razão da complexidade assumida por seus arranjos, entretanto, acabam por fomentar a armadilha de uma nova assimetria protagonizada por grandes grupos privados, o que demanda urgente regulação.

É nessa ambiência em que a presente pesquisa se insere, inicialmente objetivando examinar, à luz dos atravessamentos com o direito à vida, a extensão da liberdade de expressão na conjuntura de crise do covid-19 no Brasil. O potencial tensionamento tem como substrato ilustrativo, para tanto, a compreensão — de caráter indutivo — da tutela da vida como fun-

135 Graduado em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduando em Direito pela Faculdade Alis Itabirito.

damento teleológico das diretrizes fixadas por *Twitter*, *Facebook* e *Instagram* acerca da produção e circulação de conteúdos relacionados à pandemia.

Inscrito na seara constitucional, este estudo é inaugurado no esteio de revisão de literatura e contempla conceitos cruciais à abordagem dos referidos direitos fundamentais per se e, mais especificamente, do intercâmbio entre seus âmbitos de proteção. Neste ensejo, são problematizadas questões como a eficácia nas relações privadas, a alargada tutela da vida e da liberdade de expressão na Constituição de 1988 e a atmosfera principiológica que a fundamenta, jogando luz sobre as colisões catalisadas pela emergência sanitária em deslinde.

Por derradeiro, são articulados contributos doutrinários para o esboço de um percurso objetivo de sopesamento sob a égide do princípio da proporcionalidade e, embora sem pretensão exauriente, sinalizadas balizas para *lege ferenda* visando à regulação das operações técnico-restritivas no ambiente das mídias sociais. Isso significa inserir o Estado na relação jurídica entre plataformas e usuários, ao afirmar a autorregulação regulada como referencial e resguardar o valor democrático-constitucional da vedação à censura, seja ela estatal ou privada.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES PREAMBULARES

A problemática dos direitos fundamentais é essencial à construção histórica da relação entre poder estatal e cidadão em sociedade. Conforme propugna Bobbio (2004), a noção de direitos do homem — aqui referenciados como sinônimos de fundamentais — é produto de reposicionamento intimamente associado ao surgimento do Estado moderno, qual seja, a compreensão da relação Estado-cidadão sob uma perspectiva dos direitos assegurados a este, e não mais dos poderes conferidos àquele.

O poder que emana do povo, demarca Silva (2005), é causa criadora e recriadora da Constituição em uma estrutura conceitual na qual a concretização dos valores inerentes à existência coletiva se apresenta como finalidade. Nesse ensejo, “em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis* [...]” (SARLET, 2012, p. 109).

Assim sendo, tem-se presente que:

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. (BRANCO, 2009b, p. 300).

Essa arquitetura remete à proteção conferida aos elementos nucleares da normativa constitucional por meio das chamadas cláusulas pétreas, “[...] com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana [...]” (SARLET, 2003, p. 25).

Problematizada a Constituição de 1988, a afiliação a tal percurso cognitivo é depreendida por meio da redação do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, considerando a vedação a propostas de emendas as quais revelem propósito de suprimir direitos e garantias individuais — em outras palavras, fundamentais (BRASIL, 2021). Exatamente nesse rol estão situados a liberdade de expressão e o direito à vida, primordiais ao desenrolar desta pesquisa, no ordenamento jurídico pátrio.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CONSTRUÇÃO E AFIRMAÇÃO

A salvaguarda da liberdade de expressão na ambiência constitucional, conforme ensina Schreiber (2018), concretiza sua íntima relação com a dignidade humana e seu *status* no Estado Democrático de Direito enquanto arena de construção social.

O caso brasileiro, é imperioso assinalar, revela um panorama *sui generis* de maturação da liberdade de expressão, conquanto esta tenha sido reiteradamente positivada no transcurso de toda a experiência constitucional — iniciada, em contexto de Brasil Imperial, na Carta Magna de 1824. Nesse diapasão, Schreiber (2018) aponta um percurso tortuoso, en-

quanto Barroso (2020) critica o distanciamento entre intenção e gesto ao posicionar o Regime Militar e seu prolongado período de censura entre os antecedentes da manifestação vigente.

Na Lei Maior promulgada em 1988, a edificação do referido direito fundamental é inaugurada no artigo 5º, inciso IV, o qual prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” (BRASIL, 2021, p. 13). A melhor compreensão, no entanto, pressupõe considerar que o presente texto é “[...] obsessivo ao tratar da matéria, o que fez em uma pluralidade de dispositivos. Em lugar de assegurar a liberdade de expressão genericamente, vedando a censura e outras intervenções estatais, a Constituição dedicou diversas normas específicas ao tema.” (BARROSO, 2020, p. 5).

Acerca dessa ampla positivação, cumpre ressaltar:

Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior. (BRANCO, 2009c, p. 402-403).

A especial valoração é verificada também na esfera jurisprudencial. Isso posto, apresenta-se como marco a doutrina da *preferred position*, formulada na Suprema Corte dos Estados Unidos e admitida em julgados do Supremo Tribunal Federal – STF¹³⁶. Tal construção tem fundamento na perspectiva de que, entre direitos fundamentais, “[...] uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior *peso* de per si. Então, os direitos fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de *posição preferencial*.” (MARTEL, 2004, p. 100, grifo do original).

136 A posição preferencial tem sido recepcionada pelo STF, sobretudo, para afirmar a proteção à liberdade de expressão ante a colisão com os direitos da personalidade. No julgamento da Reclamação 22.328/RJ, o ministro relator Luís Roberto Barroso elencou oito critérios de ponderação, entre eles, a “[...] preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.” (BRASIL, 2018, p. 13).

Nesse ensejo, é mister sinalizar que a afirmação da *preferred position* não deve carregar consigo uma compreensão reducionista da liberdade de expressão como ilimitada. Pelo contrário, ao tomar como ponto de partida o que Moraes (2017) preceitua como princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, isto é, uma arquitetura de limitação — mais bem compreendida no âmbito desta pesquisa como restrição — fundada nos demais direitos constitucionalizados, deve ser de pronto rechaçada a aparente existência de direitos fundamentais absolutos.

3. COVID-19 E REGULAÇÃO NAS PLATAFORMAS DE MÍDIAS SOCIAIS

Afirmada a restrição do direito à liberdade de expressão, é essencial investigar as construções regulatórias desenvolvidas pelas plataformas de mídias sociais em meio à crise do covid-19. Nessa perspectiva, são fixadas como recorte ilustrativo — avalizado, sobretudo, pela amplitude do suporte multimidiático proporcionado aos usuários, inclusive a partir de links externos — as políticas de uso do *Twitter* e do *Facebook*. Ao considerar o vínculo ao mesmo grupo empresarial do *Facebook* e, de forma ainda mais especial, a equivalentes diretrizes, o objeto abarca também o *Instagram*.¹³⁷

Cumprido ressaltar que não há, aqui, pretensão de adentrar a arquitetura técnica estruturada para operacionalizar as presentes restrições. O propósito, diversamente, é compreendê-las enquanto produto de uma normatividade, o que justifica a análise por meio da ciência do Direito.

Metodologicamente, esse intento pressupõe a interpretação teleológica das políticas de uso das referidas mídias sociais. Quer dizer, considera-se que “no terreno do Direito, tudo existe para o fim e em vista do fim [...]. A investigação deste fim constitui o objetivo mais elevado da ciência jurídica [...]” (IHERING, 1900, p. 273-274, tradução nossa)¹³⁸. Amoldada à presente proposta, esta cognição suscita o exame do

137 Embora tenha sido estruturado a partir do *Twitter* e do *Facebook*, em razão das múltiplas possibilidades interacionais, o referido recorte, ao contemplar o *Instagram*, acaba por reunir as três mídias – ou redes – sociais de maior alcance no Brasil, considerando *desktop* e *mobile* (GRUPO DE MÍDIA, 2020).

138 Na obra original: “en el terreno del derecho todo existe para el fin y en vista del fin [...]. La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica [...]”

que há sobre direitos nos antecedentes das diretrizes — ao tomá-las pelo prisma de enfrentamento à pandemia — e de normatividade nos modelos de restrição.

Aos rumos ora perseguidos, é crucial demarcar o vínculo entre plataformas e usuários enquanto prestação de serviços estabelecida no bojo de uma relação contratual e consumerista da espécie adesão. Esta, notadamente, é caracterizada pela assimetria, dado que “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor [usuário] possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.” (BRASIL, 2020, p. 24-25, grifo nosso).

No âmbito do *Twitter*, a configuração de violação à política de uso no contexto do covid-19 engloba categorias como informações falsas relacionadas à natureza do vírus, eficácia das medidas de prevenção e risco de infecção ou morte. Estão previstas sanções como marcação — gênero que comporta entre suas espécies a redução da visibilidade — e exclusão de conteúdos que, cumulativamente, contenham afirmação definitiva de fato, este comprovadamente falso e com potencial de provocar graves danos. Em casos de maior gravidade ou reincidência, incidem sanções diretamente sobre a conta, quais sejam, bloqueio temporário e suspensão permanente (TWITTER, 2021).

Nas diretrizes do *Facebook* — e do *Instagram* — estão igualmente prenunciadas penalidades como redução da distribuição e remoção de publicações, perfis, páginas e grupos. Além do amplo repúdio a informações falsas e a conteúdos propositados a minimizar práticas sanitárias como a vacinação, é expressamente proibido o uso da plataforma para organização de eventos presenciais com participação de infectados; exploração financeira da pandemia; e compartilhamento de discursos de ódio e *bullying* nos contextos de transmissão e infecção por covid-19 (FACEBOOK, 2021).

Isso posto, cabe pontuar que, embora o Marco Civil da Internet dialogue com as premissas de uma reserva de jurisdição, conforme registra Cueva (2018), a operacionalização supracitada se aproxima mais da autorregulação enquanto modelo normativo. Não exatamente nos termos des-

(IHERING, 1900, p. 273-274).

tacados pelo autor, de um dever resultante da manifestação do ofendido, mas em sua noção basilar de controle — *a posteriori*, vale ressaltar — prescindido de impulso judicial.

3.1. DIREITO À VIDA: ESTRUTURA E ÂMBITO DE PROTEÇÃO

Da sumária apreensão indutiva das diretrizes é extraída, à guisa de viés teleológico, uma autorregulação inscrita no princípio da dignidade da pessoa humana e, mais especialmente, na esfera de proteção ao direito fundamental à vida enunciado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 2021). Assim, é possível delimitar os tensionamentos a partir da noção de afronta indireta ou tendencial, conglobando, em síntese, expressões relacionadas à minimização dos riscos do covid-19 e à divulgação de ações e informações que, tomadas como fatos ou autorizações científicas, representem riscos para os aderentes.

Nessa linha, mesmo o esboço de uma região de salvaguarda de direitos da personalidade, na política do *Facebook*, ocorre na esteira da tutela da vida. Isso porque, diante da emergência em questão, o *bullying* e os discursos de ódio têm base justamente na ameaça personificada por supostos infectados e por grupos discursivamente rotulados como vetores de um vírus letal.

Essa proteção alargada, além da positivação, está intimamente vinculada ao posicionamento do direito à vida como direito a algo.

O objeto de um direito a algo é sempre uma ação do destinatário. Isso decorre da sua estrutura como relação triádica entre um titular, um destinatário e um objeto. Se o objeto não fosse uma ação do destinatário, então, não faria sentido incluir o destinatário na relação. *A referência a uma ação e a estrutura triádica não são diretamente expressas por meio das diferentes disposições de direitos fundamentais.* (ALEXY, 2008, p. 194, grifo nosso).

Isso posto, sustenta Alexy (2008), a estrutura do direito à vida comporta como objetos concomitantes uma ação negativa, não ser morto; e uma ação positiva, proteção contra terceiros, por parte de seu destinatário:

o Estado. Nestes termos, resta evidente que o mencionado direito fundamental não apenas alicerça — tendo como melhor exemplo o direito à saúde, igualmente constitucionalizado e aqui tangenciado —, mas, sobretudo, retoma outros direitos e princípios em sua inteligência.

Assim, “[...] é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma *vida digna*.” (BRANCO, 2009a, p. 400, grifo do autor). Tal amplitude é depreendida, na Constituição vigente, por meio da conexão firmada na inteligência do artigo 5º, *caput*, entre os direitos e deveres individuais e a garantia de inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 2021).

Ao presente estudo interessa apreender as facetas axiológica e biológica em diálogo, além de fixar o direito de estar vivo, conforme elucidada Branco (2009a), como pressuposto de sentido e usufruto dos demais direitos e liberdades. Logo, é crucial desde já refutar qualquer perspectiva de exercício abusivo, isto é, além dos pressupostos tutelados, da liberdade de expressão nas especificidades do contexto instalado, sob pena de afrontar a condição basilar para titularizá-la.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS MÍDIAS SOCIAIS

Problematizados a liberdade de expressão e o direito à vida, exatamente com o propósito de afirmar suas alargadas significações, é essencial traçar caminhos para um convívio dialogado entre os valores abrigados nesses direitos considerando a coexistência deles na normativa constitucional.

Caminhos estes aqui percorridos com o fito de assegurar objetividade à ponderação no deslinde de emergências sanitárias como a do covid-19. Para tanto, é inicialmente articulado marco teórico com o propósito de guiar investigações gerais. Na sequência, em diálogo com os contributos doutrinários, é esboçada proposta de *lege ferenda* destinada às operações técnicas inerentes aos tensionamentos nas mídias sociais — entende-se, por ora, que esta deveria culminar em capítulo de lei cujo objetivo máximo seja regular a autorregulação realizada pelas plataformas.

Nesse ensejo, importa a esta pesquisa se posicionar em relação à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Conforme

leciona Alexy (2008), o debate atual coteja, notadamente, reflexões acerca de como e em que extensão se desenvolve a produção de efeitos, o que evidencia o reconhecimento da incidência perante terceiros — efeitos horizontais — como ponto de partida.

Adotada essa linha, cumpre ainda considerar, como afirma Sarlet (2012), a existência de dois grandes conjuntos de relações privadas: as marcadas pela assimetria entre os titulares de poder social e o indivíduo; e aquelas estabelecidas entre os cidadãos em geral, nas quais há, por consequência, virtual igualdade.

Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os Poderes públicos. (SARLET, 2012, p. 389).

Com efeito, assim tomadas as relações entre plataformas e usuários, além do princípio da proporcionalidade, fio condutor da tessitura a ser empreendida, os apontamentos concernentes às mídias sociais partirão da afirmação da autorregulação regulada como referencial. Em outras palavras, isso representa trazer o Estado para o bojo de uma relação inicialmente diádica e superar, de forma crítica, uma autorregulação assimétrica, além de reafirmar que estão todos vinculados aos direitos fundamentais.

5. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À VIDA

Dada a natureza principiológica da liberdade de expressão e da proteção à vida, tecer considerações sobre os tensionamentos entre os referidos direitos fundamentais significa, necessariamente, projetar uma colisão, a qual reside, em uma noção prefacial, no “[...] fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.” (ALE-

XY, 2008, p. 92). A oposição estabelecida, logo, reclama operações equalizantes de impossível concretização pela via da subsunção.

Pelo contrário, de pronto nota-se a demanda por uma solução metodologicamente singular, dada a elementaridade da tutela da vida à realização dos demais direitos, entretanto, não é razão para imediata determinação de restrição à liberdade de expressão, central ao projeto do Estado Democrático. Desse modo, a questão crucial e tênue é problematizar seu exercício, arena na qual são produzidos tensionamentos e afrontas indiretas ou potenciais ao direito à vida, bem como à dignidade humana que o fundamenta e ao direito à saúde dele decorrente.

A busca pela equalização, assim, dialoga com uma lógica ético-jurídica própria ao pós-positivismo. “Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” (BARROSO, 2017, p. 10).

Na problemática em tela, implica partir do que Alexy (2008) sustenta como modelo fundamentado de sopesamento. Este, diferentemente do decisionista, de viés psíquico, reveste-se de racionalidade à medida que os enunciados de preferência dele consequentes admitem fundamentação de caráter racional. Para tanto, é proposto um enunciado geral no seio da doutrina alexyana:

Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. [...] a lei de colisão expressa em quê essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos. (ALEXY, 2008, p. 167-168).

As especificidades dos direitos fundamentais alvo deste estudo pressupõem reflexões que, articuladas, consubstanciam cinco posições iniciais: a) a improbabilidade de a liberdade de expressão, examinada como construção linguística, afetar a tutela da vida em sua faceta biológica; b) a afronta, ainda que potencial, ao direito à vida, especialmente em sua imbricação com a dignidade humana, representada pelo exercício abusivo da liberdade de expressão; c) a improbabilidade de o direito à vida, em

qualquer de suas acepções, abrigar afronta à liberdade de expressão; d) os riscos de uma dilatada restrição da esfera de exercício da liberdade de expressão acabar por, ainda que indiretamente, lesionar o conteúdo desse direito e dos demais com os quais ele se intersecciona; e) a impossibilidade de apreensão da vida como direito absoluto, a despeito de ser condição para usufruto dos demais, sob pena de invalidade da própria lógica de sopesamento em razão do que seria uma irrefutável precedência.

A partir dessas balizas deve ser edificado um percurso de ponderação, cabendo previamente aclarar a finalidade semântica pretendida acima com os termos “improbabilidade” e “impossibilidade”. Por se tratar de uma formulação exordial, o primeiro comporta o cuidado de, embora as ocorrências soem ilógicas, reconhecer que, no Direito, a asseveração da impossibilidade deve partir de um minucioso exame, o que implicaria redefinir o próprio objeto. O segundo, por sua vez, é acionado no esteio do corrente entendimento de que são os direitos fundamentais não absolutos.

5.1. PONDERAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proposta ora delineada, com efeito, posiciona o covid-19 — e eventuais crises sanitárias congêneres — como *compelling interest* e rearranja o âmbito de colisão entre os direitos à vida e à liberdade de expressão.

O compelling interest é um teste que entra em ação quando está em jogo um Direito Fundamental preferencial. É a contrapartida da posição preferencial. Ao passo que esta faz assumir que um determinado Direito Fundamental possui alto peso de per se, o compelling interest é um fim tão forte a ser atingido pelo poder público que é capaz de sobrepor-se a tal Direito. Outrossim, quando há constrição de um Direito Fundamental preferencial, somente um compelling interest poderá justificá-la. (MARTEL, 2004, p. 113, grifo do original).

Nesses termos, validar restrições objetivas incidentes sobre a liberdade de expressão não significa refutar sua condição no Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, representa a afirmação desse direito. Isso porque é argumentada uma operação que, se é fundamentalmente dissociada

da ideia de censura prévia, dialoga com os mecanismos da doutrina de posição preferencial.

O que se propõe aqui, conceitualmente, é a constitucionalidade de restrições *a posteriori*, desde que, e quando, na exata proporção da afronta ou da grave ameaça — reside neste ponto a singularidade da construção em curso — ao direito à vida em razão do exercício excessivo da liberdade de expressão.

Nessa perspectiva, é imperioso demarcar que “a utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência [...]” (MENDES, 2009, p. 364). Para a específica finalidade almejada nesta etapa, interessa mormente uma compreensão panorâmica do que se define, do ponto de vista conceitual, como necessidade e adequação.

Sintetizadas a partir de Pieroth e Schlink (2005 *apud* MENDES, 2009), adequação e necessidade exprimem, respectivamente, os requisitos de compatibilidade da medida com os objetivos propostos e de ser a forma adotada mais eficaz em detrimento de outras menos gravosas. Sustentando o maior peso do critério necessidade, os autores propugnam, ainda, uma ponderação entre o que a restrição representa, do ponto de vista do atingido, e sua finalidade, isto é, a busca da proporcionalidade em sentido estrito.

Desses contributos parte a proposta legislativa, sobre a qual cumpre apresentar o escopo, e não a estrutura redacional, de ponderação entre os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à vida na conjuntura das mídias sociais.

5.2. PROPOSTA DE LEGE FERENDA: AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Preliminarmente, cumpre pontuar que, embora a liberdade de expressão, tomada por meio do artigo 5º, inciso IV, do texto constitucional, seja exemplar dos direitos fundamentais sem reserva legal, “[...] a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria aparentemente facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição.”

(MENDES, 2009, p. 348). Em outras palavras, verifica-se o cumprimento de requisito formal por parte da proposição de *lege ferenda*.

Do ponto de vista material, é imperioso reconhecer que:

A expressão na internet e nas redes sociais é, simplesmente, uma forma mais de expressão onde o canal empregado pode supor certos matices [...], mas não altera no substancial a posição constitucional nem a análise jurídica dos interesses em conflito. (BOIX PALOP, 2016, p. 64, tradução nossa)¹³⁹.

Em síntese, a lição supracitada conduz à afirmação de que os direitos albergam, nas mídias sociais, os mesmos propósitos do ambiente off-line. Isso não significa, contudo, desconsiderar especificidades técnicas, como a possibilidade de se expressar por meio da reverberação da expressão de terceiros, evidenciada em recursos como republicações e compartilhamentos, ambos sem equivalentes na esfera tangível.

Reconhecido como utópico o prévio emolduramento normativo dos sem-número de possibilidades de atravessamento entre liberdade de expressão e direito à vida, são aqui formuladas balizas para o manejo de casos concretos nas plataformas. Mister é determinar o caráter excepcional de tais disposições, pugnando uma aplicabilidade mediada por critério objetivo — decreto de estado de calamidade pública, caso do covid-19, por exemplo — sob pena de, na esteira de uma restrição permanente ou de aplicabilidade casuística, afrontar o conteúdo fundamental da liberdade de expressão.

Justamente nesse ponto reside a justificativa da proposta ora inaugurada: amoldar as diretrizes privadas à ordem pública ao prever objetivamente o Direito e os direitos como bússolas em tempos de emergência. Em síntese, isso implica normas cogentes para fixar o dever de agir das plataformas, no combate ao inconstitucional anonimato e na implantação de canal para recebimento e exame de denúncias de usuários, por exemplo, conjugadas com normas dispositivas as quais autorizam modos de

139 Na obra original: “La expresión en Internet y las redes sociales es, sencillamente, una forma más de expresión donde el canal empleado puede suponer ciertos matices [...], pero no altera en lo sustancial la posición constitucional ni el análisis jurídico de los intereses en conflicto.” (BOIX PALOP, 2016, p. 64).

agir conforme a lei ou regramentos próprios validados, no bojo dessa lei, por órgão estatal.

Afirmado o critério “quando”, hão de ser estabelecidas quais as condutas alvo de restrição. Guardando distância do radical dever de verdade¹⁴⁰, mas sem assegurar um direito à mentira, soa adequada, aprioristicamente, a definição de critérios cumulativos. Um marco inicial advém da junção entre afirmativa, termo empregado a fim de salvaguardar opiniões, sobretudo minoritárias; comprovadamente falsa, mais bem entendida como contracientífica; e com potencial danoso à vida, se e quando tomada como fato. O cuidado de prever regulamentações adicionais ao tempo da aplicabilidade torna o esboço ainda mais apropriado e evita anacronismo normativo.

A questão crucial ao delimitar o panorama sancionatório está em como operacionalizar as restrições de forma proporcional. Para tanto, recomenda-se um rol exemplificativo comportando sanções menos gravosas, como sinalização ou direcionamento para contraponto científico e restrição de alcance — limitar a seguidores e similares afigura-se como alternativa, conquanto caiba considerar, para fins de sofisticação, a necessidade de lidar de diferentes formas com vozes de distintos potenciais —, e outras mais gravosas, como remoção de conteúdo, bloqueio por prazo determinado e exclusão do perfil, estas últimas de forma excepcional, para situações igualmente excepcionais ou reincidentes.

Isso posto, soa arrazoado fixar sanções às plataformas diante de comprovado excesso ou omissão, não se tratando de propor uma cientifização da verdade, o que seria extremamente gravoso por solapar a polifonia característica da ciência, sobretudo em tempos de crise. O intento é, ao compreender a intervenção legislativa no âmbito hermenêutico de ponderação entre liberdade de expressão e direito à vida, reconhecer o quão bem-vinda é, aqui, a abertura do Direito aos discursos científicos da saúde e da informática principalmente nas fases de produção e aplicação, de maneira a assegurar a sincronia entre norma e possibilidades técnico-fáticas.

A atuação estatal, assim, visaria a uma efetiva concertação cidadã. “A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a demo-

140 Desarrazoada no prisma da liberdade de expressão em seu sentido amplo, a verdade enquanto requisito adquire contornos distintos no recorte da liberdade de imprensa, como registra Branco (2009c).

cracia a partir dos direitos fundamentais [...]” (HÄBERLE, 2002, p. 38). Desse modo, legislar acerca da produção de diretrizes no bojo da relação contratual entre plataformas e usuários nas mídias sociais significa ratificar o mandamento de proteção ao consumidor, ora usuário, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal (BRASIL, 2021), o que representa ação positiva do Estado no horizonte de proteção à vida situado por Alexy (2008).

Essas formulações estão, aqui, necessariamente intrincadas à vedação constitucional à censura, seja ela estatal ou privada.

A assimetria de poder entre o usuário isolado e a empresa que remove seu *post*, muitas vezes sem grandes esclarecimentos, mostra o caráter quase estatal da censura, o que exige reconhecer que as plataformas de conteúdo oferecem hoje maior risco de silenciamento sistemático do que as autoridades públicas. (HARTMANN; SARLET, 2019, p. 99).

Nesse ensejo, o percurso estabelecido conduz à afiliação da presente proposta ao âmbito da teoria externa lecionada por Alexy (2008), uma vez que restam demarcadas a existência do direito à liberdade de expressão per si e de uma restrição que, tão somente em casos excepcionais, acaba por evidenciar um direito restringido. Destarte, investigar sua extensão é, essencialmente, jogar luz sobre a permanente e necessária conciliação entre indivíduo e coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alicerçada em arcabouço teórico propositado a evidenciar as peculiaridades da liberdade de expressão e da tutela da vida na ordem constitucional, a presente pesquisa buscou examinar, em tempos de covid-19, os atravessamentos entre esses direitos nas mídias sociais. Preliminarmente, fez-se necessário reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais na seara privada, sinalizando, com especial agudeza, como se dá a produção de efeitos na assimétrica relação entre plataformas e usuários.

Isso posto, a tessitura foi destinada, sob a égide do princípio da proporcionalidade, a articular um marco teórico que, logo na sequência, fun-

damentou esboço de proposta de *lege ferenda* com o objetivo de conferir maior objetividade às operações restritivas nas mídias sociais. Com efeito, compreendendo a autorregulação como referencial praticado — conquanto haja reserva de jurisdição no modelo legislativo vigente —, propugna-se a progressão para uma autorregulação regulada, inserindo o Estado na relação jurídica a fim de disciplinar a atuação das plataformas.

É argumentada, para tanto, a constitucionalidade de restrições a *posteriori* na liberdade de expressão, desde que na exata proporção da afronta ao direito à vida, sendo a remoção de conteúdos, bloqueios e suspensões medidas últimas. Proposta esta, nos termos supracitados, adequada, mais eficaz do que outras menos gravosas — ora compreendidas como omissão estatal — e lastreada no sopesamento entre significado e finalidade, isto é, respectivamente, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O referido percurso, como esperado, implica essencialmente afirmar a vedação à censura, seja ela estatal, como no passado, ou privada; ameaça que, na combinação entre ausência regulatória do Estado e subjetividades afloradas, tende a dobrar seu peso em tempos de crises como a do covid-19.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da caverna à internet: evolução e desafios da liberdade de expressão. **Revista Publicum**, v. 6, n. 1, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/57576/37407>. Acesso em: 02 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Revista Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2018/01/artigo-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOIX PALOP, Andrés. La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. **Revista de Estudios Políticos**, n. 173, p. 55-112, jul./set. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rep.173.02>. Acesso em: 03 jun. 2021.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direito à vida. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 393-401.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais: tópicos de teoria geral. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. p. 265-327.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009c. p. 402-464.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor e normas correlatas**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Reclamação 22.328/RJ**. Direito Constitucional. Agravo regimental em Reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 06 de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>. Acesso em: 04 maio 2021.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Alternativas para a remoção de fake news das redes sociais. *In*: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson;

CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 167-175.

FACEBOOK. **Proteções e atualizações da política em relação à Covid-19**. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/230764881494641>. Acesso em: 14 maio 2021.

GRUPO DE MÍDIA. **Mídia dados Brasil 2020 para todxs**. São Paulo: Grupo de Mídia, 2020. Disponível em: <https://midadados2020.com.br>. Acesso em: 13 maio 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov./dez. 2019. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3755>. Acesso em: 02 maio 2021.

IHERING, Rudolf von. **El fin en el Derecho**. Tradução Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodríguez Serra Editor, 1900. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9431>. Acesso em: 13 maio 2021.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Revista Sequência**, n. 48, p. 91-117, jul. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>. Acesso em: 03 maio 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328-392.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 5-35, out./dez. 2003. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1392>. Acesso em: 22 abr. 2021.

SCHREIBER, Anderson. Art. 5º, IX. *In*: MORAES, Alexandre de *et alii*. **Constituição Federal comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65-66.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TWITTER. **Política de informações enganosas sobre a Covid-19**. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/medical-misinformation-policy>. Acesso em: 13 maio 2021.

O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO: LIMITES QUE ATINGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

*Paula Lausi Rodrigues*¹⁴¹

*Fabia dos Santos Sacco*¹⁴²

INTRODUÇÃO

O discurso de ódio é um artifício utilizado para ofender, insultar e gerar conflitos no ambiente virtual. Por se constituir como um ambiente democrático e acessível a uma quantidade ilimitada de pessoas, a internet torna-se uma ferramenta de livre disseminação de conteúdos, mensagens, opiniões, informações e desinformações. No formato em que a internet é utilizada hoje, não conta com qualquer tipo de censura prévia e há o exercício do amplo direito à liberdade de expressão, porém, em determinados casos, acaba por atingir o princípio da dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho tem como objeto de estudo o modo pelo qual o indivíduo tem exercido seu direito à liberdade de expressão nos meios digitais ao utilizar dessa prerrogativa para a disseminação de discursos de ódio e para afetar de forma direta as garantias constitucionais da proteção à dignidade da pessoa humana, de pessoas determinadas ou grupo de pes-

141 Graduanda do 4º ano do curso de direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

142 Mestre pela universidade estadual de Maringá, advogada e professora de processo civil da universidade estadual de Maringá.

soas, e possíveis soluções para o enfrentamento do tema à luz da legislação pátria. Ressalta-se que a internet, hoje, passou a ser um dos principais meios de comunicação da sociedade hodierna, o que a torna um claro reflexo dos comportamentos humanos, em espelho às relações sociais. Logo, cabe ao Direito dar a devida atenção aos excessos que ocorrem por meio de troca de mensagens, de dados e outras informações.

É importante também que a análise da questão perpassasse o viés do direito à liberdade de expressão, garantia inserida no rol daquelas constitucionalmente asseguradas, a qual garante a todo cidadão a livre manifestação de pensamento. Para que tal garantia seja efetiva, o Estado deve estar vigilante, assegurando a todos o direito de se expressar livremente, mas também coibindo a prática daqueles que utilizam a internet como eficiente instrumento para a disseminação de discursos de ódio e de ataques a minorias. Assim, é importante não perder de vista que se está diante de duas grandes proteções constitucionais que podem entrar em rota de colisão, quais sejam, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, as quais devem ser tratadas à luz da ponderação.

Nessa toante, Tatina Stroppa (2010) entende que a liberdade de expressão é vista como uma liberdade negativa, pois é observado que existe liberdade apenas quando não há uma interferência externa, identificada, sobretudo, como a atuação do Estado, que impeça o sujeito de fazer o que quiser. Entretanto, há que se compreender que o Estado, ao contrário de ser inimigo da liberdade de expressão, pode exercer um papel positivo para aqueles grupos os quais, sem a garantia do Estado, não conseguem se expressar no espaço (STROPPIA, 2010).

Assim, mesmo que erigido à garantia constitucional, a liberdade de expressão não pode ser considerada como absoluta, pois deve ser analisada à luz de outros direitos de mesma ordem constitucional, como por exemplo o direito à vida e à honra, a vedação da discriminação odiosa dentre outros princípios. Dessa forma, compreende-se que utilizar o espaço da internet para incitação da violência e discursos de exclusão deixa de atender à função social do referido meio.

Tal enfrentamento busca a proteção da dignidade da pessoa humana, garantia expressa no texto constitucional e que norteia todo o ordenamento jurídico, pois consiste na prática da eticidade. Por fim, é importante uma análise acurada do ordenamento jurídico, capaz de identificar se já

existem meios de coibir tais práticas abusivas no uso da internet a fim de dar respostas efetivas ao problema ora analisado.

O estudo objetiva este trabalho pela sua atualidade e relevância, uma vez que os fatos hoje presenciados diuturnamente nas redes sociais demonstram a necessidade de estudos à luz do Direito e da legislação a fim de encontrar respostas a tão graves problemas. Ademais, por ser a internet um ambiente democrático, deve ser assegurado aos usuários o direito de usufruir de um espaço virtual saudável, livre de manifestações racistas e odiantas.

Com o intuito de compilar um material didático e informativo para a presente pesquisa fez-se uso de bibliografias, com consulta a livros, dissertações/teses, legislação, artigos e revistas especializadas, matérias jornalísticas e consulta em sítios eletrônicos, além de pesquisa jurisprudencial, o que constitui numeroso material, essencial para análise do tema ora abordado.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O MUNDO VIRTUAL.

A popularização do uso da internet é relativamente recente, mas como um fenômeno social, atualmente representa uma das principais ferramentas de comunicação no mundo. Dados do relatório anual “Digital 2021” mostrou que 59,5% da população mundial faz uso recorrente da internet, ou seja, aproximadamente 4,66 bilhões de pessoas.

Para grande parcela da sociedade, o maior tempo dispendido na internet é concentrado nas mídias sociais. Segundo o relatório supracitado, existem 4,20 bilhões de usuário de mídia social em todo o mundo. Esse número cresceu 490 milhões nos últimos 12 meses, gerando um crescimento ano a ano de mais de 13%. Atualmente o número de usuários os quais usufruem das mídias sociais é equivalente a mais de 53% da população total do mundo.

Outro fator relevante levado em consideração para a elaboração deste estudo, é o tempo que o usuário típico de mídia social passa conectado. Os dados revelam que os usuários, atualmente, gastam em média duas horas e 25 minutos nas redes sociais todos os dias, o que equivale a quase um dia de vida a cada semana. Dados desta natureza são relevantes quando se observa que é no ambiente virtual que o indivíduo encontra espaço

democrático para expressar seus pensamentos, sentimentos e crenças. Para tanto, há que se ter cuidado para que tais manifestações não ultrapassem os limites da agressão e das ofensas capazes de causar danos ou passíveis de serem enquadradas em tipos penais.

No Brasil, o tratamento legal conferido à liberdade de expressão nas redes sociais digitais compete ao Marco Civil da Internet (MCI) desde 2014 (BRASIL, 2014). A lei tem por escopo preservar a livre manifestação e evitar censuras a garantir que qualquer pessoa possa se expressar livremente nas formas *online*. Ademais, tal legislação regula os direitos do indivíduo e busca promover o equilíbrio entre as garantias constitucionais de proteção da liberdade de expressão e da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. O MCI também assegura ambiente aberto, democrático e livre nas redes, e onde a remoção de conteúdos veiculados nos meios digitais precisa ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, justamente para evitar conflitos entre as garantias constitucionais da liberdade de expressão e do direito à privacidade, é mais adequado que a análise e decisão de casos dessa natureza sejam submetidos ao Poder Judiciário.

Entretanto, o MCI assegura o direito das empresas de possuírem políticas internas as quais tenham por escopo coibir a manifestação desregulada e ilegal de conteúdos virtuais. A solução encontrada pelo legislador foi a de dividir a responsabilidade com as empresas e permitir que as plataformas removam conteúdos publicados que fujam de seus padrões internos, uma vez que os usuários concordam previamente com os termos de uso. Entretanto, a referida lei não permite a remoção automática de conteúdos denunciados por seus usuários sem que haja uma ordem judicial específica para tal desiderato.

Devido ao fato de as empresas possuírem a obrigação de coibir o discurso de ódio nas redes sociais, as plataformas têm sido cobradas frequentemente pelos usuários. Uma dessas plataformas é o *Facebook*. A mídia social que tem como seu criador Mark Zuckerberg vem sendo alvo frequente de campanhas contrárias a esta postura, uma delas é a campanha veiculada internacionalmente denominada “*Stop Hate For Profit*”, que em tradução livre quer dizer “pare o ódio pelo lucro”. A campanha, com o apoio de mais de 1.200 empresas, organizações sem fins lucrativos e inúmeros consumidores, busca uma mudança de paradigma ao enviar mensagem clara ao administrador de tão importante rede social com a mensagem: pare de

valorizar os lucros acima do ódio, intolerância, racismo, antissemitismo e desinformação.

É importante lembrar que um dos fatos que levou o *Facebook* a receber duras crítica foi optar por manter um texto publicado pelo então presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, o qual incitava a violência contra os manifestantes do movimento *Black Lives Matter*¹⁴³. O CEO e fundador da empresa, Mark Zuckerberg, ao ser cobrado um posicionamento, afirmou que não pode agir como “árbitro da verdade”. Ainda, conteúdos de desinformação referentes a pandemia do covid-19 também se fizeram presentes no *feed* dos usuários que seguem o presidente.

Portanto, com base na explanação acima feita, constata-se que a internet é um importante meio de comunicação e que o comportamento dos usuários pode refletir em consequências no mundo real. Logo, cabe ao Direito estudar, legislar e coibir estas manifestações de gerarem desrespeito ao grande princípio da dignidade da pessoa humana, o que resultaria no flagrante desrespeito dos objetivos previstos na Constituição Federal. A Carta Magna prevê que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e seus cidadãos devem ter assegurado o convívio em uma sociedade “livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF).

1.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade de expressão consiste em direito erigido à garantia de ordem constitucional previsto no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, no artigo 5º, inciso IV, V e IX, e no capítulo destinado a comunicação social, n o artigo 220. A garantia de liberdade de expressão também é encontrada em outros textos normativos brasileiros, quais sejam, a Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (artigo 19); a Convenção dos Direito Humanos – OEA de 1969 (artigo 13) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos – ONU de 1966 (artigo 19), dos quais o Brasil é signatário.

A garantia de liberdade de expressão assegura que o indivíduo seja livre para se manifestar sobre qualquer assunto o qual tiver interesse, em

143 Vidas Negras importam. Movimento contra o racismo que se iniciou nos Estados Unidos após o sufocamento do cidadão Norte Americano Jorge Floyd por um policial.

quaisquer lugares que lhe for conveniente. Trata-se de importante garantia, visto que por meio da liberdade de expressão são garantidos tantos outros direitos, uma vez que para que o cidadão seja ouvido, é necessário dar-lhe voz. Assim, a referida garantia é objeto de muitos estudos e debates por inúmeros juristas que buscam delimitar seus contornos.

Conforme o entendimento de Canotilho, Machado e Gaio Junior (2014), a liberdade de expressão pode ser entendida como a possibilidade do indivíduo de exteriorizar suas convicções, crenças, opiniões, sentimentos e emoções pelos meios que se encontram a disposição. A proteção deve ir além do ato de poder pensar e deve alcançar a possibilidade de sua divulgação, sem restrições políticas, econômicas ou filosófica, sendo, portanto, um direito que possui um âmbito de proteção alargado (CANOTILHO; MACHADO; GAIO JUNIOR, 2014.).

No texto constitucional, os princípios e direitos fundamentais não possuem uma ordem de hierarquia. Entretanto, para alguns juristas brasileiros a liberdade de expressão é de tanta importância que ocupa uma “posição preferencial” frente aos demais direitos constitucionais, pois a democracia requer que o povo utilize de sua livre convicção e opinião pública para que os demais direitos possam ser concretizados.

Assim, a postura segura dos tribunais é no sentido de que não pode haver no país censura prévia, e os abusos e excessos devem ser resolvidos em ações reparatórias. Tal entendimento é muito claro na manifestação do ministro Luís Roberto Barroso em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, ao declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias, constante nos artigos 20 e 21 do código civil. Por meio do referido voto, o respeitável ministro expõe a necessidade de juízo de ponderação entre a liberdade de expressão, direito à informação *versus* direito da personalidade. Por fim, o referido ministro entendeu que devido à liberdade de expressão ser um pressuposto para que outros direitos fundamentais sejam exercidos, impõe-se a defesa intransigente dela.

Assim, quando há o cerceamento da livre manifestação da expressão, é possível falar que tal prática representa um exercício de violência por parte de quem promove a censura, à medida que tal comportamento viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, e que a liberdade propugna a autorealização da pessoa humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 470–471), por sua vez, defendem que mesmo “[...] existindo dúvida a respeito da legitimidade constitucional da restrição, é de se privilegiar a liberdade de expressão.”. Portanto, conforme os entendimentos acima citados, a liberdade de expressão deve encontrar lugar privilegiado dentro de uma sociedade que tem como princípio a democracia. O respeito a tal princípio se torna essencial para o desenvolvimento de uma sociedade igualitária, mas como já afirmado, não pode ser tido como absoluto e deve sempre ser, no caso concreto, permeado por outras garantias.

Quando aplicada ao caso concreto, a liberdade de expressão pode sofrer limitações pelo princípio da dignidade da pessoa humana. É evidente que a garantia de expressão livre não pode servir de escudo para agressões verbais, ameaças, ou outras espécies de transgressões. Nesse sentido, Rothenburg (2008) entende que por mais que não haja a hierarquia entre as garantias constitucionais, nenhuma delas é absoluta e todos convivem em concordância prática, devendo apenas ser ponderado em uma aplicação prática, em um caso concreto, e aplicado a uma lógica de proporcionalidade.

Logo, quando a liberdade de expressão passa a ser utilizada travestida sob a roupagem do ódio, ela confronta o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Tal comportamento produz vítimas que, ao serem atingidas, sofrem expressivos prejuízos de ordem moral e configuram sentimento de “dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceitos possam provocar em seus alvos.” (SARMENTO, 2006, p. 261–277).

Por conseguinte, é necessário analisar o discurso de ódio nas redes sociais, quais são os seus impactos e como a forma como são veiculados pode atingir uma quantidade ilimitada de usuários.

2. DISCURSOS DE ÓDIO

O discurso de ódio pode ser entendido como a infringência aos limites da liberdade de expressão. É uma forma de propagação de ódio comumente utilizado nas sociedades, democráticas ou não, para insultar um grupo ou um indivíduo quando o agressor abusa do poder de livre

manifestação. O discurso de ódio pode ser praticado por qualquer pessoa, seja ela detentora de algum poder ou não. É comum, na atualidade, observar discursos de ódio praticados por pessoas anônimas as quais são contrárias a um determinado comportamento, raça, convicção, ideologia dentre outros. Ou seja, cidadãos comuns que apenas possuem o intuito de ofender outros, ou por quem busca o poder, ou por quem já está no poder, este último com o intuito de manter as minorias afastadas e não correr perigo de perder o poder.

A definição do discurso de ódio é defendida por Winfried Brugger (2007, p. 118) como “[...] palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contratas pessoas.”.

Em complementação, conforme o pensamento de Rosane Leal da Silva (2011, p. 445-468), o “discurso de ódio” caracteriza-se pelo conteúdo segregacionista, fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for sobre outrem que não o próprio emissor. O discurso de ódio atinge o seu objetivo a partir da externalização do pensamento, logo, cabe ao Estado e às empresas de aplicativos intervirem na propagação.

Jeremy Waldrom (2010) defende a necessidade da intervenção estatal quando o pensamento se concretiza em palavras e atinge a vítima, gerando efeitos como ataque à dignidade de seres humanos e violação dos direitos fundamentais. Em outras palavras, é quando os limites do pensamento dão lugar à palavra publicada, a qual é apta a atingir terceiros com efeitos nocivos, portanto, deve haver intervenção.

Ao ser proferido, o discurso de ódio atenta contra a dignidade da pessoa humana, o que, ao ser analisado por um viés filosófico, como faz Wolfgang Sarlet, é capaz de atingir a qualidade inerente e distintiva do ser humano, a qual exige certo reconhecimento por parte dos demais seres. Quanto à análise jurídica, Sarlet entende que a dignidade gera proteção contra atos degradantes e que deve ser promovida para que venha a garantir uma qualidade de vida a todos.

Portanto, ao considerar as definições acima citadas, é óbvio que o propagador do discurso de ódio busca disseminar ataques a uma parcela

da sociedade a qual pode ser identificada pelas suas características externas ou internas, sejam elas crença, religião, cor da pele, cabelo dentre outros. De modo que o objetivo é a incitação da violência verbal a qual pode gerar uma possível violência física, caso aqueles que aderem ao discurso sejam incitados a tal.

As formas de disseminação podem ser tanto por meios de comunicação, como a internet e as respectivas teias de informação compostas por aplicativos de sociabilidade — *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp* —, como também por meio de canais abertos de comunicação, como a televisão e o rádio, com o intuito de atingir uma plateia midiática, bem como palanques para uma quantidade limitada de pessoas. Entretanto, o que vem a ser o objeto de estudo do presente trabalho é aquele disseminado amplamente pela internet, o qual visa atingir número indeterminado de pessoas.

O fato de o discurso de ódio ser disseminado amplamente em redes sociais gera o que podemos denominar de “vitimização difusa”, ou seja, a partir do momento que uma pessoa, mesmo que não seja o alvo daquele discurso, entra em contato com a mensagem odienta, passa a ser vítima também caso se identifique com a palavra proferida e tenha a sua dignidade atingida, o que fere, portanto, o direito que “ilumina todos os outros princípios e normas do nosso ordenamento”: a dignidade humana. (GIORGI, 2007, p.262).

Assim, já que o Estado deve assegurar as liberdades, passa a ser seu compromisso, também, cercar e punir aqueles que ultrapassam os limites. Logo, o discurso de ódio, ao ser proferido, gera reflexos na sociedade e deve ser tratado no âmbito jurídico, ao passo que o seu propagador deve responder pelas consequências, sejam elas de caráter civil, indenizatório ou criminal. É preciso salientar a importância de estudos e debates acerca do tema, visto que apenas quando reconhecido juridicamente o problema é que se obtém a efetiva realização da proteção à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011).

3. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais são atrelados ao momento histórico em que as conquistas humanas foram alcançadas. Logo, suas dimensões são pautadas na vida política e civil das sociedades contemporâneas. O direito à

dignidade da pessoa humana foi conquistado nos movimentos da Revolução Francesa, os quais passaram a ser tratados como de Primeira Dimensão e trata dos direitos negativos ou individuais, sejam eles a liberdade, a igualdade e a fraternidade, preconizando, portanto, o direito a liberdades individuais em detrimento do poder absoluto do Estado sobre o indivíduo, sendo possível citar como exemplo os direitos à vida, à liberdade de expressão e à propriedade.

Este princípio possui uma qualidade estruturante na Constituição Federal de 1988, pois a sua importância deve ser compreendida como cláusula geral a qual efetiva os demais direitos fundamentais, além de unir e nortear a Carta Magna brasileira. O ministro Luiz Roberto Barroso (2003) afirma que os princípios constitucionais realizam uma síntese dos valores abrangidos em todo o ordenamento jurídico. Assim, acabam por refletir a ideologia da sociedade e os seus fins. Por conseguinte, devem ser interpretados como guia para o operador do Direito no momento de sua aplicação ao caso concreto. Por fim, os princípios possuem uma maior carga valorativa e se fundamentam na eticidade.

Quando o princípio é levado para nortear e parametrizar o ambiente virtual, gera muitas discussões e conflitos quanto à sua efetiva e correta aplicação. O que resulta em embates jurídicos, tanto na esfera criminal quanto na esfera civil, e acarreta conflitos individuais e coletivos. A honra é um dos atributos que é atingido de forma mais imediata, devendo ser considerada tanto no aspecto subjetivo quanto objetivo.

Segundo Damásio de Jesus (2013), a honra é um sentimento que o próprio indivíduo sente quando levado em consideração os seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É o que a pessoa pensa a respeito de si própria. O autor distingue a honra objetiva, a qual pode ser definida como aquilo que os demais pensam a respeito de suas características físicas, intelectuais, morais etc.; e ainda a honra subjetiva, a qual é o sentimento que o próprio ser humano tem a respeito de si mesmo.

Dessa forma, o grande volume de informações veiculados pelo sistema de comunicação da internet pode vir a atingir a honra de indivíduos e impactar ações judiciais propostas a fim de buscar reparos e criminalizações, o que desencadeia, portanto, discussões que tangenciam a aplicação das garantias decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, afe-

tando a imagem pessoal do indivíduo diante da sociedade. O que agrava essa condição é a agilidade com que as mensagens são propagadas, de forma praticamente instantânea, de encontro ao direito à privacidade e à necessidade de liberdade de informação.

Outro ponto de relevo nessa discussão é a hipossuficiência, no mais dos casos, daqueles que são alvos de tais discursos. A dificuldade da prova das ofensas, a morosidade do Poder Judiciário, o alto custo do acesso ao Poder Judiciário, tudo somado, resulta na maioria das vezes em impunidade, fato que estimula muito a continuidade de tal prática tão nociva na sociedade hodierna. Tem-se visto em notícias recentes que um dos alvos frequentes de ataques ofensivos é a pessoa negra, devido ao racismo estrutural da sociedade brasileira, a qual, geralmente, não tem condições financeiras de buscar a reparação de danos tão profundos em sua dignidade.

Isto posto, como preleciona Sueli Carneiro (2005), é através do discurso e da forma de agir que fica nítido que as raízes as quais estruturam a sociedade brasileira possuem como base o racismo e a desigualdade racial. O grupo hegemônico de poder na sociedade brasileira se beneficia dessa posição de desigualdade racial, uma vez que serve como “funções multi-formes, totalmente benéficas para o grupo, que, por meio dela, constrói e mantém um poder hegemônico em relação ao restante da sociedade.” (MOORE, 2015, p.2).

Por fim, é possível afirmar que o direito à dignidade da pessoa humana possui dimensão comunitária, a qual abrange não apenas os direitos, mas também as obrigações por parte dos corpos sociais constituintes da sociedade. Assim, o direito à honra, o qual traz a dignidade da pessoa humana, apenas poderá ser pleno quando os indivíduos agirem responsabilmente para com os demais. Para que seja assegurada de forma efetiva, cabe ao Direito a responsabilidade de estudar, coibir e legislar sobre a sua ilegalidade.

4. DO DIREITO E PREVISÃO DOGMÁTICA NORMATIVA

A forma de punir aqueles que propagam o discurso de ódio é extremamente dificultosa e exige grande esforço da estrutura estatal pois, além do fato de a internet possuir inúmeros endereços em um único sítio, há também a possibilidade de criação de perfis “*fakes*”, em comunidades

fechadas e com grupos de pessoas selecionadas. Ainda, conta-se com um despreparo por parte dos agentes estatais na investigação, aplicação de penas e legislação.

Ademais, a dificuldade de punição no âmbito penal se perfaz na intenção do autor, pois deve haver comprovadamente a intenção em denegrir o grupo ou o indivíduo especificamente. Conforme salienta Daniel Sarmiento (2006), a provável intenção de quem se expressa é de difícil percepção, porém, de valor relevante para a penalização. Portanto, para que haja uma satisfação na investigação dos autores do discurso de ódio, deve haver uma “flexibilidade de raciocínio” (PINHEIRO, 2008, p. 35) por parte do Estado.

Ainda, é preciso falar sobre a tipificação de ilegalidade do discurso de ódio. No texto jurídico há a previsão normativa na Lei 7.716/89, a qual trata em seu artigo 20, *caput*, a respeito da prática discriminatória referente a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No seu parágrafo 1º há a punibilidade de atos que visam a divulgação do nazismo. No entanto, ao se tratar de outras formas de discriminação, a jurisdição brasileira é silenciosa.

Para satisfazer tal lacuna legal, busca-se a aplicação do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, ou seja, a violação da dignidade humana, bem como a igualdade perante a lei no artigo 5º, *caput*, a igualdade de gênero, artigo 5º, I, e a não submissão a tratamento desumano ou degradante no artigo 5º, III. Sendo que tratam de normas fundamentais de plena eficácia, as quais legitimam e conferem unicidade de sentido à ordem constitucional brasileira (SCARLET, 2011).

Em suma, o conflito entre a liberdade de expressão e os demais direitos fundamentais, como o de imagem, sentimento, religião, honra, igualdade racial e sexual, seja de pessoas vulneráveis ou grupos, entram em constante conflito no âmbito virtual e cabe ao Direito solucionar tais pendências sociais. Para tanto, há que se falar em políticas públicas as quais assegurem o direito de todos os segmentos sociais, principalmente daqueles que carecem de mais atenção, uma vez que estão à margem da sociedade pelo contexto histórico-cultural. Dessa forma, abrir a possibilidade e dar voz para que estes grupos se manifestem e dissipem suas ideias em meio a discussões políticas é como um mecanismo paralelo de coibição do discurso de ódio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a internet, atualmente, é um dos principais meios de comunicação ao redor do mundo. Tal meio de comunicação conta com grande agilidade na disseminação e propagação dos conteúdos ali divulgados. A evolução dos meios digitais de comunicação deve ser vista como positiva, uma vez que é um grande avanço, entretanto, o lado negativo é que tais meios podem ser utilizados para gerar ódio e incitar o preconceito e a discriminação no ambiente virtual de uma forma tão rápida não conhecida antes.

Hoje, é no ambiente virtual que se faz uso frequente da liberdade de expressão, contudo, o Estado deve se munir em estruturas e desenvolvimento de políticas públicas as quais visem coibir os abusos, além de identificar e punir aqueles que fazem mau uso de tão importante instrumento.

Por mais que seja dever do Estado e das empresas, as quais possibilitam o acesso a estas plataformas virtuais, coibir e punir aqueles que fazem o mal uso dos meios de comunicação, observa-se que há uma falha no momento de investigar e punir o agente do discurso de ódio. Há, portanto, um despreparo estatal o qual deve ser tão breve corrigido, pois a internet é uma realidade que não vai ser modificada tão logo.

Portanto, cabe ao Estado buscar uma melhor forma de legislar e atuar frente aos crimes contra a honra cometidos na internet, bem como gerir atividades públicas que consistam no zelo pelas minorias, as quais são frequentemente afetadas. Dessa forma se torna possível assegurar a dignidade da pessoa humana, bem como o acesso à livre manifestação, o que acarreta em uma sociedade justa e igualitária, conforme preleciona o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto (Org.). In **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar Boreal, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4815, Trecho do voto do Min. LUÍS ROBERTO BARROSO**, DJU de 10/06/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 27 jun. 2021.

- BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei 12.964/14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acessado em 27 jun. 2021.
- BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. Curitiba: Juruá, 2014.
- CARNEIRO, Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. Tese de Doutorado em Educação, na área de Filosofia da Educação, São Paulo: FEUSP, 2005.
- GIORGI, Tânia Giandoni Wolkoff. **Princípios constitucionais e o princípio da dignidade humana**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 59, abr./jun. 2007.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral**. 36^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOORE, C. **Para uma nova interpretação do racismo e seu papel estruturante na história**. In: d'Adesky, J.; Souza, M. T. de. (orgs). *Afro-Brasil: Debates & Pensamentos*. Rio de Janeiro: Cassará, 2015.
- PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípio da proporcionalidade**. In: OLIVEIRA Neto, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de

Castro (Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Rosane Leal da et al. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, Dec. 2011.

Stop Hate for Profit. Disponível em: <https://www.stophateforprofit.org/>. Acesso em 21 jun. 2021.

STROPPA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 138-142.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: The Visibility of Hate**. *Harvard Law Review*, v.123, n.1596 (2010).

Web Are Social e HootSuite - Digital 2021. **Digital 2021: os mais recentes insights sobre o ‘mundo do digital** Disponível em: <https://www.amper.ag/post/we-are-social-e-hootsuite-digital-2021-resumo-e-relat%C3%B3rio-completo>. Acesso em: 23 jun. 2021.

AS DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

Luíza Salomão Avelar¹⁴⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como temática a análise da efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça, vinculada ao que se observa na realidade prática da sociedade brasileira. Nesse sentido, torna-se fundamental destacar que, no âmbito da sociedade brasileira, a garantia de direitos é constantemente refutada pela realidade prática desigual do país.

Portanto, busca-se compreender os fatores que impedem um efetivo acesso à justiça, seja por seu entendimento como acesso ao Poder Judiciário ou como acesso a uma ordem justa e equitativa de direitos, sobretudo para os hipossuficientes. Assim, em que medida os fatores socioestruturais influenciam e criam empecilhos para a efetividade da justiça no país?

Dessa forma, considerando entraves de diferentes naturezas os quais abarcam questões sociais, políticas, econômicas e jurídicas, é possível traçar um perfil da realidade prática na efetivação do acesso à justiça pelos hipossuficientes.

Para tanto, no primeiro capítulo foi tratado o acesso à justiça como direito fundamental, destacando as nuances da conquista social da Consti-

144 Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/PUC-MINAS.

tuição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), a qual determinou, junto a uma corrente internacional de Direitos Humanos, as diretrizes de direitos que faziam jus ao destaque de uma constituição cidadã em um Estado Democrático de Direito. Ressalta-se, portanto, a análise do direito de acesso à justiça e do princípio da dignidade humana como objetivos a serem alcançados por uma equidade social.

Já no segundo capítulo destaca-se os fatores práticos, os quais descrevem uma realidade de dificuldades em razão de fatores socioeconômicos e estruturais na efetivação da justiça. Isso porque, apesar dos desafios informacionais, econômicos e sociais que as populações hipossuficientes perpassam, há também a presença de condutas repressivas constitutivas do poder estatal.

Demonstra-se, assim, as chaves para que os princípios e regras constitucionais possam ser efetivados e garantam uma realidade que se aproxime dos anseios defendidos no texto constitucional, os quais são base para uma sociedade mais justa, igualitária e, principalmente, humanitária para todos.

1. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diversas são as teorias que postulam sobre os direitos fundamentais, isso porque é o estudo de garantias de direitos, as quais foram instituídas internacional e nacionalmente de modo a determinar o que, de fato, se entende por fundamental e merecedor de relevante destaque jurídico para as sociedades e para a formação dos Estados de Direito.

O jurista alemão Robert Alexy, em uma palestra sobre os Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, em 1998, definiu, acerca do que significa o caráter fundamental dos direitos:

A fundamentabilidade fundamenta, assim, a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também, perante o legislador. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos

sicos, senão, por exemplo, também os direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial. (ALEXY, 2006, p. 61)

Destacou-se, assim, a importância que os direitos fundamentais assumem e, primordialmente, as consequências negativas quando estes não são respeitados no Estado Democrático de Direito, uma vez que são basilares para a própria constituição, como no caso brasileiro.

A ordem constitucional do Estado Democrático de Direito é determinada por princípios e regras as quais buscam efetivar os direitos conquistados para a garantia, sobretudo, da dignidade humana, o que sumariza, de forma principiológica, os direitos fundamentais e busca assegurar o mínimo existencial para uma vida digna. Os direitos fundamentais formam, portanto, uma gama de direitos conquistados de forma espaçada no tempo e vinculados aos acontecimentos histórico-sociais de diferentes períodos. Cabe ressaltar que é de igual importância reconhecê-los e constitucionalizá-los.

Inicialmente, destacam-se os direitos individuais de primeira geração, do início do século XIX, os quais diziam respeito a um período liberal, de afirmação das liberdades individuais e do direito à propriedade. Já os direitos sociais ou coletivos de segunda geração, originados no final do século XIX, surgiram a partir de uma necessidade de assegurar maior igualdade, são, portanto, os direitos à saúde, à educação, à segurança e à previdência, por exemplo. Por fim, os direitos que abarcam o coletivo de forma mais ampla e difusa, chamados de direitos de 3ª geração do século XX, são os direitos transindividuais, os quais buscam assegurar um meio ambiente equilibrado, os direitos de patrimônio humanitário dentre outros.

Cabe ressaltar, entretanto, que se trata de uma divisão meramente didática, uma vez que todos devem ser reconhecidos como igualmente importantes por sua natureza fundamental intrínseca. Ademais, deve ser reconhecido também o caráter fluido desses direitos, visto que com as mudanças das realidades práticas da sociedade surgem novas formas de garantir a dignidade humana. Mais uma vez o autor Robert Alexy, em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, dissertou a respeito da natureza das teorias de direitos fundamentais:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de

juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2006, p. 43)

Percebe-se, portanto, a importância de serem expressas as garantias fundamentais no texto constitucional, uma vez que, na prática, sua efetivação não expressa a facilidade aparente no âmbito teórico.

Merece destaque, também, a atuação internacional diante da garantia dos direitos humanos. A partir do século XX a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) pôde determinar garantias para toda a sociedade mundial globalizada, o que demonstrou a real relevância e priorização. A ratificação de tratados, e da própria DUDH, acatados pelo Brasil simbolizam um importante reconhecimento no que se refere à igualdade de uma ordem justa para todos. Os artigos 8º e 10º da DUDH determinam:

Art. 8º Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ela. (ONU, 1948).

Entende-se, assim, o marco internacional plenamente incorporado na ordem nacional, o qual foi subliminar para a elaboração da CRFB/88.

Já o Pacto de São José da Costa Rica, o qual promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pela CRFB/88, traz também preceitos fundamentais incorporados à ordem constitucional no que se refere, por exemplo, aos direitos de liberdades individuais (artigo 7º) e de garantias judiciais (artigo 8º). Assegurando, assim, a intenção de destaque aos referidos direitos fundamentais.

1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRFB/88: ACESSO À JUSTIÇA

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, conhecida como constituição cidadã, em razão da prioridade destacada pela constituinte em assegurar os direitos fundamentais, substancialmente os direitos sociais que correspondiam a um anseio significativo da população à época, houve uma preocupação ímpar com a garantia da efetividade dos direitos dispostos.

O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra *Direitos Fundamentais Humanos*, se posiciona para destacar a importância dada pelo legislador constituinte ao que se entende por direitos fundamentais, com certa relevância dos direitos sociais:

A Constituição de 1988 apresenta algumas variações em relação ao modelo tradicional, seguido pelas anteriores.

Em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto, à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de ‘direitos e deveres individuais e coletivos’, enquanto no seguinte trata dos ‘direitos sociais’, para nos subsequentes reger as questões concernentes à nacionalidade, aos direitos políticos e, a final, aos partidos políticos. (GONÇALVES FERREIRA, 2016, p. 119).

Ademais, o também doutrinador Anderson Cavalcante Lobato (1998, p. 147) destaca a preocupação constitucional não só com a disposição dos artigos, os quais preceituam os direitos sociais, mas também a busca por sua efetividade:

Os constituintes de 1987/88 tiveram uma grande preocupação com os direitos fundamentais. Essa preocupação se concentrou particularmente no aspecto de sua efetividade. De fato, somente a incorporação constitucional dos direitos do homem não seria de modo algum suficiente para garantir-lhes aplicação concreta. Po-

rém, o Estado democrático de Direito é justamente fruto do compromisso assumido entre as concepções liberalizante e socializante do Estado.

Posto isso, no texto constitucional foram elencados, nos artigos 1º ao 4º, o que são conhecidos como os princípios fundamentais da CRFB/88, individuais e coletivos, em especial no artigo 5º: Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Dentre tantos direitos e garantias abarcados pela CRFB/88, far-se-á um destaque ao direito constitucional e fundamental ao acesso à justiça.

O acesso à justiça, disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, consiste constitucionalmente em:

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”. (BRASIL, 1988).

Cabe, portanto, iniciar a discussão acerca deste direito fundamental tão crucial com a distinção do acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário e como acesso a uma ordem jurídica justa, de prestação da justiça.

Na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, muito é explanado a respeito do que se entende por acesso à justiça e seus entraves práticos. Desse modo, os autores definem que:

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13)

Assim, a CRFB/88 garante em seu inciso XXXV o acesso ao Poder Judiciário para apreciação dos direitos perante ele postulados. Sob esse aspecto, a efetivação se torna concreta quando todos, individual ou coletivamente, podem ter acesso de forma igualitária ao sistema judiciário.

Este princípio também permeia, nesse sentido, a garantia processual de igualdade e do devido processo legal, elencados nos incisos LIV e LV do artigo 5º da CRFB/88.

Para isso não basta a simples capacidade de estar em juízo, mas os pressupostos que fazem essa ação possível. Dessa forma, é fundamental o destaque do inciso LXXIV do artigo 5º da CRFB/88, em que o Estado assume a prestação de assistência jurídica gratuita às pessoas que necessitarem. Isso porque para pleitear direitos em juízo existem custos não muito baixos e, pensando numa perspectiva social, é dever do Estado realmente garantir que os entraves para a efetivação dos direitos sejam derrubados.

Ademais, o artigo 134 da CRFB/88 busca de forma mais prática a efetivação do acesso ao Poder Judiciário ao proporcionar a atuação das Defensorias Públicas, órgão imprescindível na garantia do direito fundamental ao acesso à justiça. O referido artigo assim postula:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (BRASIL, 1988).

Desse modo, a proposição ganha escopo e é uma forma do Estado se apresentar na própria efetivação da garantia do direito fundamental.

O outro aspecto do acesso à justiça, o qual se apresenta mais próximo à ordem principiológica da CRFB/88, é o acesso à justiça como acesso a uma ordem justa, a uma prestação da justiça em seu caráter mais intrínseco.

A justiça é um princípio basilar da Constituição. Segundo o pensamento do doutrinador Miguel Reale, trata-se de um conceito condizente com o pensamento de cada época e, portanto, na modernidade ressalta o princípio da Dignidade Humana e dos Direitos Sociais. Nesse sentido, segundo a pesquisadora da área de Direitos Humanos, Liliana Lyra Jubilut (2008, p. 66):

Os direitos humanos ensejam uma revolução na sociedade e no Direito [...] ao elevarem a dignidade humana ao posto máximo da hierarquia axiológica e com isso estabelecerem novos padrões de legitimidade.

Esses padrões fundamentam a ideia de uma nova ordem social, baseada na procura da justiça e do bem-estar social, e na qual os direitos humanos de todos sejam plenamente realizados.

Tamanho importância e priorização, mas que sob muitos aspectos devem ser aperfeiçoados e revistos na prática, se apresentam carentes de uma atuação estatal eficaz e precisa para a garantia desses direitos, como traz o professor Ricardo Santos Gorette em sua análise dos direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro.

A explicação para a dificuldade da efetivação prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é parte dos entraves para uma sociedade igualitária em direitos, mas fundamentalmente em condições. Nessa circunstância é primordial o papel estatal no aperfeiçoamento prático do que foi muito bem explicitado na CRFB/88, bem como suprir os obstáculos econômicos, informacionais e de oportunidade para que a utópica igualdade seja reduzida em suas disparidades tão discrepantes na sociedade brasileira.

1.3 O PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA GARANTIA EFETIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

A igualdade, princípio fundamental estruturante do sistema constitucional transposto no *caput* do artigo 5º da CRFB/88, pressupõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Destaca-se, portanto, a essencialidade do referido princípio e a sua dificuldade prática no cenário de um país tão desigual. Desse modo, torna-se primordial a aplicabilidade do conceito de equidade, concretizado pela máxima aristotélica como “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, concretiza-se o conceito de igualdade meramente formal, sem destaques a privilégios ou sobreposições de interesses. Em conjunto, por conseguinte, com uma equidade material no sentido de que as

diferenças reais devam ser atendidas e direcionem esforços para reduzir a desigualdade de modo a nivelar a fruição dos direitos fundamentais pela sociedade.

Em uma análise crítica da Teoria da Justiça de John Rawls, o jurista Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (1998, p. 209 formulou o seguinte conceito:

A justiça não detém um conceito metafísico ou ontológico, mas sim político, resultante de acordo político das diferenças sociais, culturais, religiosas e econômicas, comumente existentes numa sociedade de estrutura democrática. A concepção particular de justiça é submissa aos anseios de justiça da sociedade em geral, que vem a ser exteriorizada por meio de órgãos legitimados para tanto pela constituição do Estado.

Neste contexto, torna-se ainda mais importante a observância dos referidos fatores sociais, culturais, religiosos e econômicos, uma vez que muitos deles convergem, na realidade prática, para situações que não promovem a igualdade justa determinada na CRFB/88.

Os aspectos políticos se mostram de importância ímpar, pois demonstram a capacidade do poder estatal em contribuir para que as determinações constitucionais fundamentais sejam garantidas a toda a população de forma equitativa.

2. AS DIFICULDADES SOCIECONÔMICAS NO ACESSO E NA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

2.1 AS DIFICULDADES CONCRETAS NA BUSCA DA JUSTIÇA: FATORES SOCIAIS, ECONÔMICOS E ESTRUTURAIS

Por mais que a CRFB/88 assegure uma série de direitos a toda sociedade, na prática a garantia de direitos é uma questão de privilégios no Brasil. As limitações são subdivididas, majoritariamente, em social, econômica e estrutural.

Nesse sentido, a marginalização decorrente das desigualdades sociais, já confirmada pelo contexto histórico e pelas práticas repressivas do Es-

tado, mantém a população hipossuficiente cada vez mais distante de seus direitos fundamentalmente garantidos.

O obstáculo econômico é um limitador o qual muitas vezes interfere na dificuldade de educação e de instrução, o que não permite sequer que a população menos favorecida tenha consciência dos seus direitos, quanto mais autonomia para reivindicá-los.

Em sua obra *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios*, José Eduardo Faria ressalta que o sistema jurídico brasileiro não foi efetivamente pensado para o uso de todos, assim, destaca que:

Em termos funcionais, foi concebido para exercer as funções instrumentais, políticas e simbólicas no âmbito de uma sociedade postulada como sendo estável, com níveis equitativos de distribuição de renda e um sistema legal integrado por normas padronizadoras e unívocas. (FARIA, 2004, p. 104).

O que leva à reflexão de que, por mais que sejam garantidos constitucionalmente, os direitos na prática apresentam maior dificuldade de efetivação, sobretudo quando se trata do âmbito judicial, o qual é repleto de burocracias e formalidades não condizentes com a realidade de grande parte da população brasileira. Nesse sentido, quando são apresentados ao sistema judicial enfrentam dificuldades cada vez maiores.

Dessa forma, o autor ainda complementa que:

Contudo, a realidade brasileira é incompatível com esse modelo de “Justiça”. Iníqua e conflitiva, ela se caracteriza por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; pelo aumento do desemprego aberto e oculto; por uma violência e criminalidade urbanas desafiadoras da ordem democrática e oriundas dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência; [...] (FARIA, 2004, p. 105).

Observa-se, assim, que a realidade prática desprivilegia os menos favorecidos, em desacordo com os princípios fundamentais previstos

constitucionalmente e, ao perfazer os ditames que associam a desigualdade judicial em razão da social, dificultam o real e efetivo acesso à justiça para todos.

Não obstante, a obra de Cappelletti e Garth, *Acesso à Justiça*, contempla a temática supracitada quando aborda a questão da inicial capacidade de reconhecer um direito e descreve sobre as dificuldades a nível informacional de educação e instrução, que por muitas vezes faltam à população. Nota-se o seguinte posicionamento:

A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (se não a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22).

Isto posto, considera-se o papel fundamental da atuação de todos os entes estatais capazes de contribuir na tentativa de minimizar as desigualdades para proporcionar um acesso à justiça amplo e inclusivo. Destarte, evidencia-se o imprescindível papel da Defensoria Pública, nos termos do artigo 134 da CRFB/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto do presente artigo permeou a análise do direito fundamental constitucionalmente reconhecido ao acesso à justiça e seus obstáculos, infundados em uma perspectiva social, econômica e estrutural da sociedade brasileira.

Da análise constitucional, vinculada aos aspectos sociais e econômicos da sociedade brasileira, percebe-se que as garantias dos direitos humanos incorporados como fundamentais representam uma grande conquista democrática da CRFB/88, na qual figura a majoração de direitos sociais e do princípio da dignidade humana.

A análise consistiu na demonstração dos entraves para a garantia de direitos da CRFB/88, sobretudo quanto ao acesso à justiça, materializada majoritariamente pela atuação da Instituição da Defensoria Pública.

Nesse sentido, o papel para a garantia dos direitos fundamentais se encontra atrelado a uma atuação estatal na busca pela equidade e, sob aspectos políticos e jurídicos, à implementação das determinações constitucionais.

Quando considerada a realidade prática que diz respeito aos hipossuficientes, a situação deve ser observada com maior milindre. O presente trabalho pôde constatar que fatores agravantes de vulnerabilidade social são determinantes para a criação de entraves ao acesso à justiça.

Destacam-se as situações de desinformação, não só dos assistidos diretamente pelo Poder Judiciário, mas da população marginalizada a qual possui baixa instrução e situações de repressões constantes pelo poder estatal e, especialmente, pelo judicial.

Nesse sentido, é considerável salientar que a ordem justa e minimamente humanitária, postulada pela CRFB/88, necessita da participação conjunta dos órgãos do Estado para que seja concretizada e efetiva. A hipossuficiência social, econômica e informacional de grande parte da população brasileira é, em termos reais, uma hipossuficiência estrutural carente de uma atuação estatal que busque o ideal da minimização das desigualdades sociais e a efetivação dos direitos fundamentais, a fim de garantir no sentido prático os princípios determinados pela Constituição.

Com vistas à concretização do efetivo acesso aos direitos fundamentais, sobretudo do acesso à justiça, a atuação conjunta deve perpassar políticas públicas do próprio Poder Executivo, materializadas no reconhecimento das desigualdades e na determinação de condutas efetivas para saná-las.

Entretanto, destaca-se fundamentalmente o reconhecimento dos magistrados em postular uma corrente mais justa e menos punitiva e repressiva, o que determina, assim, uma limitação para uma punição exacerbada às populações marginalizadas que evidenciam problemas estruturais ainda mais impactantes na sociedade brasileira.

Os entraves econômicos, sociais e estruturais da população hipossuficiente escancaram um país desigual. O Estado se torna protagonista de todo um arcabouço de condutas repressivas as quais reforçam o pa-

radigma da segregação da população socioestruturalmente vulnerável e marginalizada.

Nesse sentido, a mudança estruturante tanto dos fatores políticos quanto dos jurídicos na concretização de uma ordem igualitária e justa ultrapassa a questão financeira e se ancora, também, em questões institucionais, sobretudo na concepção de garantia de direitos que deve ser assegurada pelo Estado e não por ele refutada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. **A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça. 2005**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios**. 2011. Tese (Mestrado em direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2011.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 80, de 04 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, DF: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 11 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Garcie Nothefleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

- CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e acesso à justiça**. RB Cavalcante. São Paulo: Sumaré. 1999.
- CUNHA, Rosanne Gay. **O direito fundamental de acesso à justiça**. Revista Direito e democracia. Canoas. V.2, n.1, p. 149-160. 1º sem./2001.
- FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios**. Estudos Avançados. São Paulo, vol. 18, n. 51, p. 103-125. Mai-ago/2004.
- FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos**. Revista da faculdade de direito do sul de minas. Edição especial, p. 55-68, 2008.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. **O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais**. Revista dos tribunais. [S.I.], ano 6, n. 22, p. 141-159, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos: USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 16 set. 2020.
- SADEK, Maria Teresa Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. Revista USP. São Paulo, n. 101, p. 55-66. Mar-mai/2014.
- SALES, Teresa. **Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira**. Revista brasileira de ciências sociais. 2004.
- SANTOS, Ricardo Goretti. **Acesso à justiça e mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos**. 2008. Tese (Mestrado em direito). – Faculdade de direito de Vitória, Vitória, 2008.

- SHORR, Janaína Soares. **Para uma revolução democrática da justiça (Boaventura de Sousa Santos)**. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da UNIJUI. Jundiaí. Ano 24, n. 44, p. 208-214. Jul-dez/2015.
- SILVA, Juvêncio Borges. **O acesso à justiça como direito fundamental e sua efetivação jurisdicional**. Revista de direito brasileira. S.l. Ano 3, vol. 4, p. 478-503. Jan-Abr/2013.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da Justiça de John Rawls**. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 35, n. 138, p. 193-212, abr-jun/1998.
- XAVIER, Beatriz Rêgo. **Um novo conceito de acesso à justiça: propostas para uma melhor efetivação de direitos**. Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v.7, n. 1, p. 146-153. 2002.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Mariana Azerêdo Rodrigues de Almeida¹⁴⁵

1. EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito ganhou uma nova compreensão e passou a ser denominado Estado do Bem-Estar Social (ou *Welfare State*), o que representou avanço significativo na cultura, na política, na economia, enfim, na democracia. Era chegada a hora de implementar políticas sociais e jurídicas as quais garantiriam e efetivariam o direito à dignidade da pessoa humana, melhores condições aos trabalhadores, o direito à educação, o direito de acesso à justiça para todos e os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Estamos diante dos direitos e deveres sociais dos governos, dos indivíduos, das comunidades, os direitos de segunda geração, emergentes da esfera internacional.

É nesse contexto de constantes transformações sofridas pelo Estado de Direito (posteriormente denominado Estado Democrático de Direito) que, em meados dos anos 1970, nasceu na Itália o “movimento mundial de acesso à justiça”, objeto do Projeto Florença. Tal movimento busca, de modo mais amplo, (re)discutir uma outra abordagem quanto à aplicabilidade da ciência do direito. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 9), principais nomes ligados ao projeto acima, entendem que:

145 Bacharela em Direito (Unipê) e Especialista em Ordem Jurídica, Ministério Público e Cidadania (FESMIP/PB).

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Essa discussão visa proporcionar não apenas o acesso formal, aquele que é garantido e não acessível, mas objetiva a materialização do acesso efetivo à justiça, incluindo-o no ordenamento jurídico para que possa corresponder à igualdade entre todos os indivíduos, direito este tão disseminado pelas constituições modernas. Ressaltamos que os direitos e garantias fundamentais existiam no plano das ideias abstratas até que, posteriormente, passaram a ser objeto de estudo do nosso ordenamento jurídico, incluindo o acesso à justiça como parte integrante (PASTORE, 2004).

A problemática do acesso à justiça pode ser compreendida, no primeiro momento, sob várias perspectivas, segundo o entendimento de Leite (2006, p. 127-128): “no sentido geral, no sentido restrito e no sentido integral.”. Na primeira acepção, o acesso à justiça é termo equivalente à expressão “justiça social”, utilizada pela Igreja Católica nas encíclicas *Quadragesimo Anno*, de 1931, e *Divini Redemptoris*, de 1937. É importante sublinhar que encíclicas posteriores passaram a adotar tal noção.

No sentido restrito, é interpretada de forma absoluta como sendo o acesso à tutela jurisdicional. Aquela que aprendemos nos estudos desenvolvidos na disciplina de Processo Civil como garantia: o direito assegurado a qualquer pessoa de ajuizar ação perante o Poder Judiciário, ou seja, de integrar e de ser parte em uma relação processual, o que denota um aspecto meramente formal.

Em contrapartida, segundo Benjamin (1995 *apud* LEITE, 2006), a perspectiva integral, como tão bem traduz a expressão, seria o acesso ao Direito, a uma ordem justa conhecida e efetiva, em que as partes estariam conscientes dos seus direitos e habilitadas, material e psicologicamente, para exercer, desta forma, o acesso à justiça.

No segundo instante, trataremos da divisão metodológica traçada por Cappelletti e Garth, concernente ao movimento de acesso à justiça, na qual os pensadores explicitam através de “ondas” as soluções dos problemas referentes ao tema. Os reflexos da primeira onda, nos países ocidentais, surgem com o intuito de propiciar os serviços jurídicos aos carentes. Na sociedade moderna, em que as relações se tornam cada vez mais complexas e as normas jurídicas igualmente se transformam, há um aumento considerável dos litígios. Portanto, é imperativo, nesse contexto, que haja a necessidade do auxílio do advogado para interpretar e aplicar as leis em favor daqueles que não as compreendem e tampouco podem custear o processo.

Na primeira onda, ainda, notamos características da concepção do acesso formal, para o qual estaria sendo materializado, como garantia do direito de qualquer pessoa humana, ajuizar ação perante o Poder Judiciário e ver o seu direito assegurado. Observamos que o acesso à justiça não é direito garantido pelo Estado, pelo contrário, este nada faz para garanti-lo, de tal modo que a assistência judiciária neste contexto é ineficaz.

Nessa circunstância, o Estado passou a remunerar os advogados particulares. Esse sistema seria conhecido como *sistema judicare* e tencionava proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado (CAPPELLETTI; GARTH, 1998). Essa modalidade havia anulado a questão central do custo, onde os desprovidos de recursos econômicos não precisariam mais se preocupar, já que a questão era, agora, responsabilidade do Estado. Entretanto, não havia sido solucionada a problemática da orientação judiciária junto ao mais carente, ficando sob sua responsabilidade a identificação de um direito violado.

Ainda dentro da esfera da primeira onda, surgem os advogados que eram remunerados pelos cofres públicos, mas que, diferente do *sistema judicare*, atendiam aos pobres enquanto classe com o fim de ampliar seus direitos, orientando-os e empreendendo esforços para minimizar a desinformação jurídica e pessoal dos carentes.

Na segunda onda, há a preocupação em alargar o termo acesso à justiça no que diz respeito à representação dos direitos difusos, intitulados também de direitos grupais ou coletivos. Estes direitos abarcam um maior número de pessoas e visam atingir o público e não apenas a pessoa humana na sua individualidade, como no caso da primeira onda com os pobres,

por exemplo. Isto, por sua vez, reflete-se no próprio processo, o qual é visto como uma relação processual entre duas partes. O instante, então, apresenta-se de modo diverso. Discute-se a possibilidade de um dos polos da relação processual pertencer a um grupo, ou seja, a uma coletividade. Isso porque existem direitos que foram originários de lutas e, com o passar do tempo, foram introduzidos e garantidos pela Constituição. Logo, os direitos são assegurados a toda a coletividade.

Assim, questionamo-nos: de que forma seria essa coletividade ouvida? E como poderia se defender? Ao responder tais indagações, sublinhamos que nem todos os interessados na ação serão ouvidos/citados, por isso cabe-lhes escolher um “representante”, o qual agirá e defenderá tal grupo e, quando o juiz decidir a respeito da lide, essa manifestação será válida para todos os envolvidos na relação processual. Percebemos, por fim, que a segunda onda alterou profundamente o processo civil e inseriu nessa esfera as preocupações sociais e coletivas, no que se refere à atuação do juiz, sobre o princípio básico da citação das partes (da substituição processual), bem como sobre a coisa julgada.

Já a terceira onda, também conhecida como “ênfase do acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 67-68), tem um alcance mais amplo do que as anteriormente analisadas. Contudo, esta última não anula o que foi verificado em relação às demais, haja vista que se materializou uma evolução do movimento de acesso à justiça.

A última onda contempla a ideia de reforma da advocacia, na esfera judicial e extrajudicial, dos advogados particulares e públicos. A reforma tem como finalidade o aperfeiçoamento na solução dos conflitos entre os litigantes. Podemos acrescentar o anseio em implementar novos mecanismos judiciais os quais objetivam a celeridade processual com a criação do procedimento sumaríssimo, assim como dos institutos que serviriam para as demandas extrajudiciais: a conciliação, a arbitragem e a mediação. É importante lembrar a função desempenhada pelo Ministério Público enquanto órgão responsável para firmar termo de compromisso entre as partes que optaram por dirimir seus conflitos no âmbito extrajudicial, por exemplo. Nesse diapasão, o Professor Gomes Neto (2005, p. 93) ensina:

Se nas fases anteriores do acesso à justiça o obstáculo a ser transposto eram as espécies de pobreza econômica e organizativa, o ad-

versário, desta vez, é de grande estatura: o obstáculo do momento é o próprio *processo*, a estrutura do sistema processual encontrado em cada ordenamento em seus pontos de incompatibilidade com a efetivação dos novos direitos.

Além de definir de forma clara e objetiva o papel desempenhado pelas primeiras ondas, o citado mestre explica, de forma pontual, para que veio a terceira onda. Logo, o direito aqui pleiteado vai muito além daqueles alcançados pelas duas primeiras ondas. A terceira onda consubstancia mecanismos alternativos à população como forma de resolverem seus anseios, seus direitos e suas garantias violadas.

A formulação do que entendemos ser a expressão “acesso à justiça” varia com o tempo, levando em consideração aspectos sociológicos, políticos e econômicos de cada época, bem como as transformações que acabam por atingir o próprio Estado.

Com efeito, observamos que na maioria dos estudos realizados acerca do tema “acesso à justiça”, estes são desenvolvidos sob a ótica processualista, o que omite, em certo sentido, um estudo aprofundado sobre a temática, numa perspectiva de direito fundamental e, portanto, na esfera do direito constitucional, a qual nós nos propusemos a abordar.

Nessa linha de raciocínio, temos o entendimento de Horácio Rodrigues (1994 *apud* LARA, 2002), que acredita em um acesso à justiça como um acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Ora entendemos, portanto, que o “acesso à justiça” seria um direito de acesso a uma ordem jurídica justa, igualitária para todos, o qual não se resume à possibilidade de entrar em um processo judicial e obter uma prestação jurisdicional, de forma que é algo bem mais amplo do que a utilização da máquina judiciária.

Nessa mesma perspectiva, Pastore (2004) traz à lume a noção do que seria o direito de acesso à justiça sob uma perspectiva filosófica quando diz que a justiça é, entre os valores, o mais amplo, completo e ansiosamente o mais buscado pelo homem. É esta noção de justiça que abarca a busca incessante pela igualdade, pela liberdade e pelo direito de ter acesso à justiça e, conseqüentemente, de ter direito a todos os demais direitos.

Entretanto, para que o acesso à justiça seja um direito garantido de forma igualitária, como já vimos, necessita ser tutelado por meio de uma or-

dem jurídica a qual, baseada em princípios democráticos, certamente terá como finalidade a diminuição das desigualdades, objetivo este tão almejado pela pessoa humana. Segundo o entendimento de Pastore (2004, p. 161):

A acepção jurídica do termo “acesso à Justiça” engloba um largo conteúdo: a parte da simples compreensão do ingresso de indivíduo em juízo perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais e aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, inclusive, proporcionar a realização da justiça aos indivíduos.

Constatamos, portanto, que o direito de acesso efetivo à justiça vem sendo (re)conhecido a partir da materialização eficaz de tal direito como garantia fundamental no nosso ordenamento jurídico. Ademais, diante do aumento populacional, nascem novos direitos e deveres individuais e coletivos, bem como as soluções para estes problemas. Na mesma linha de raciocínio, Cappelletti e Garth (1998, p. 12) lecionam:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Logo, os indivíduos podem utilizar o princípio do acesso à justiça, assegurado constitucionalmente, para pleitearem os seus direitos, já que este direito prescinde a todos os demais. Façamos, destarte, uma breve análise do princípio do acesso à justiça nas constituições brasileiras até a presente Constituição Cidadã.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

No ano de 1882, o Brasil possuía uma sede de governo no Estado do Rio de Janeiro, através do qual objetivava desligar-se de Portugal para,

consequentemente, manter relações independentes com os demais países sem a intervenção da Coroa portuguesa.

Em meados de junho do mesmo ano foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte, a fim de legitimar o processo de independência do Brasil para então ser reconhecida como uma nação independente. Nesse contexto, o imperador criou um Conselho de Estado com a incumbência de elaborar uma constituição, a qual foi outorgada em 1824. Embora tivéssemos uma constituição, o então imperador não deixou de exercer sua influência através do Poder Moderador, logo, o país não estava preparado para recepcionar o modelo imposto. Portanto, podemos dizer que a Constituição do Império do Brasil foi omissa quanto ao acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita. Entretanto, no que concerne à assistência jurídica gratuita, houve, em 1823, uma ratificação nas disposições das Ordenações Filipinas, o que tornou obrigatória a apresentação de certidão de pobreza para que o benefício fosse concedido. (PASTORE, 2004).

2.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Em 1889 o Brasil sofreu o golpe de Estado, o qual extinguiu as instituições monárquicas, tais como: o Conselho de Estado e o Poder Moderador, o qual era exercido pelo imperador. Foi neste contexto em que surgiu o Governo Presidencialista com a figura do presidente da República, o qual seria o chefe do Poder Executivo e passaria a ser escolhido entre todos os cidadãos por meio do voto direto.

Ora, foi a Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil quem estabeleceu princípios constitucionais e, ao mesmo tempo, inovou ao conferir aos estados uma independência para organizarem suas próprias leis, desde que não violassem os princípios estabelecidos na Carta Maior. Podemos citar, como mais uma inovação, a separação da Igreja Católica do Estado, os quais passaram a compor, a partir de então, entes dissociados. Esta Constituição trouxe de forma tímida alguns avanços, como a ampla defesa, apesar de não informar qual seria o meio pelo qual esse princípio se efetivaria. Já no plano do acesso à justiça tinha um longo caminho a percorrer, visto que não tratou da assistência jurídica aos necessitados (LARA, 2002, p. 61).

2.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 buscava romper com o tradicionalismo existente na anterior ao instituir a democracia social, cuja inspiração foi a Constituição de Weimar da Alemanha. Esse novo modelo visava atender a sociedade na sua universalidade. O direito constitucional brasileiro absorveu algumas novidades, tais como a sindicalização das normas da Previdência Social e o mandado de segurança. Além disso, o governo de Getúlio Vargas reconhecia o sindicato como representante de uma categoria, não obstante mantivesse controle sobre ele.

A Carta de 1934, no seu Título III – Da Declaração dos Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e Das Garantias Individuais, no artigo 113, *caput*, inciso 32, dispunha:

A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos: [...] 32: *A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais* e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. (BRASIL, 1934, grifo nosso).

Observamos que o texto acima transcrito explicita uma contribuição significativa para o acesso à justiça quando obriga o Estado (com competência concorrente entre União e estados) a prestar assistência jurídica aos necessitados. Ademais, prevê também a criação de órgãos especiais para manter essa garantia constitucional com o objetivo de melhor atender àqueles que se encontram excluídos (tanto na seara social quanto na jurídica).

2.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937

No ano de 1937, o Brasil passa por um período de instabilidade social, visto que as leis não se aplicam à realidade vivida. É nessa conjuntura que Getúlio Vargas dá um golpe de Estado e outorga a nova carta constitucional, conhecida como a Constituição do Estado Novo. Dessa forma, há a implantação de um sistema autoritário.

Do exposto, constatamos que todo o poder estava concentrado no cargo de presidente da República, o qual editava decretos-lei e depois ele próprio os aplicava. Na mesma linha, não é difícil verificar que os avanços constitucionais como as garantias individuais congelaram, uma vez que o presidente legislava de acordo com seus interesses e, portanto, a maioria dos dispositivos não eram utilizados (PASTORE, 2004). Percebemos, assim, que a Constituição do Estado Novo não tratou da assistência jurídica aos carentes.

2.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o então Presidente da República objetivava atualizar e, conseqüentemente, aproximar os dispositivos legais brasileiros ao novo contexto social. Logo, criaram emendas à Constituição de 1937 e aproveitaram, assim, o texto legal anterior, a fim de evitar o estabelecimento de uma nova Constituição. Entretanto, é neste contexto de democratização em que os movimentos sociais provocaram a queda de Getúlio Vargas, com assunção de José Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal.

No ano de 1946, há a convocação de uma Constituinte com objetivo de elaborar uma nova Carta Maior, a qual pusesse fim ao regime autoritário e assegurasse os direitos e garantias individuais. Logo, a ingerência, marca do Regime Militar, dava lugar a um regime efetivamente democrático.

A Constituição de 1946 diz, no seu parágrafo 4º, Título IV – Declaração de Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias individuais, que: “[...] a lei assegura o direito a qualquer pessoa de ver seu direito apreciado pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 1946). Ora, é nesse instante em que a constituição garante os direitos individuais, os quais haviam sido tolhidos anteriormente, à apreciação do Judiciário.

No segundo momento, observamos no parágrafo 35 do artigo 141 que: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.” (BRASIL, 1946). Primeiramente, a Constituição assegurava os direitos individuais pelo Estado e, logo em seguida, garantia como mais um direito individual a ser somado ao rol já existente na Carta: a assistência judiciária aos necessitados. É certo que essas inova-

ções foram importantes, porém não foram suficientes para transformar a realidade da população brasileira da época. Seguindo tal visão, a Professora Pastore (2004) entende que, embora tenham ocorrido essas inovações, assim como a retomada da democracia social, a Constituição de 1946 não se fez presente no dia a dia do povo.

O Brasil vivia uma realidade instável entre o surgimento da Constituição de redemocratização e o populismo que aflorava e se enraizava no seio da sociedade. Dessa forma, a Constituição não tinha tanta força quanto o poder das lideranças políticas, as quais fortaleciam o movimento que culminaria no Golpe de 1964.

2.6 A CONSTITUIÇÃO DE 1967

Antes de tratarmos da Constituição de 1967, devemos lembrar que o Brasil, no ano de 1964, fora dominado pelo movimento militar em todas as suas instâncias e poderes. O país vivia um caos, onde só existia o Poder Executivo, dotado de um poder centralizador — similar ao visto na Constituição de 1937.

No ano de 1967 surgiram os atos institucionais, os quais tinham o condão de ampliar e centralizar os poderes nas ações do Chefe do Poder Executivo, o qual governava através do autoritarismo, com desrespeito às instituições estatais e, conseqüentemente, à própria sociedade. Foi neste contexto em que o remédio constitucional do *habeas corpus*, um direito fundamental assegurado nas cartas anteriores, perdeu toda a sua funcionalidade. Não é difícil constatar que o direito constitucional brasileiro congelou mais uma vez, já que essa Constituição não era mais regida pelos princípios constantes na Lei Maior, mas sim pelos atos institucionais editados.

Tais atos eram dotados de uma força tão intensa que, se hipoteticamente o presidente da República ficasse impossibilitado de governar, não seria o vice-presidente quem assumiria, mas sim os ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. Contudo, observamos que essa situação não perdurou por muito tempo, uma vez que foi promulgada a Emenda Constitucional de 1969.

Embora o Direito Constitucional tivesse sido paralisado, alguns outros, como a garantia de ver um direito violado ser apreciado pelo Judiciário,

rio (artigo 150, parágrafo 4º), bem como o direito do acesso à justiça aos necessitados (artigo 150, parágrafo 35), estavam mantidos.

2.7 A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969

No ano de 1969 houve a promulgação da Emenda Constitucional (EC). Todavia, existe uma divergência doutrinária no que concerne à substituição pela EC de 1969 em relação à Constituição de 1967. No entender de Celso Bastos (1999, p. 139), temos que: “Para uns, como visto, esta emenda é uma nova Constituição, para outros não passa de mera emenda. Preferimos ficar com estes últimos, embora não se desconheça que a relevância da questão é muito pequena.”.

A despeito dessa tese, concordamos que, de fato, a EC de 1969 substituiu a Constituição anterior e manteve a redação dos dispositivos citados anteriormente. É nesse contexto com o qual os militares dominavam os setores da sociedade, assim como a apreendiam. O Direito Constitucional pouco progrediu, até porque era uma matéria desprezada pelos militares até o instante que utilizavam deste direito para justificar a prática de seus atos, os quais geralmente eram arbitrários. Isto é, usavam a Constituição para disfarçar as emanções de forças.

Estávamos vivendo uma realidade instável. Podemos denominar esse tempo como um período de transição em que os militares faziam uso dos atos institucionais para governar de maneira autoritária e a Constituição de 1967, apesar de vigorar de forma precária, apresentava um vislumbre da introdução de soluções democráticas para a questão.

Em meados de 1970, o Governo Militar aceitou a participação social, principalmente dos setores universitários, os quais até então haviam sido excluídos, e daqueles intelectuais que foram perseguidos e exilados. Em 1979, veio a anistia aos condenados por crimes políticos. Logo, em 1984, as manifestações sociais e as organizações associativas como a Ordem dos Advogados do Brasil, os Sindicatos dos Trabalhadores e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil pressionaram o governo do presidente João Figueiredo para que tomasse uma postura. Dessa forma, anunciou-se uma emenda constitucional propondo eleições para o ano de 1988. Então, no ano de 1986, foi constituída uma Assembleia Nacional Constituinte na tentativa de implantar o processo de redemocratização do Brasil.

3. A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O cenário político brasileiro estava equilibrado e o país necessitava de uma nova Constituição, já que passar a ser um Estado Democrático de Direito. Assim, em 1987, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, então presidida por José Carlos Moreira Alves. Nesse momento, os trabalhos tiveram início com a elaboração de um novo projeto, no qual foram aprovadas, em janeiro de 1988, as primeiras matérias: o Preâmbulo e o Título I (BASTOS, 1999, p. 150).

A Carta Constitucional de 1988 teve origem na vontade popular, isto é, emanou da sociedade, o que lhe prestou maior legitimidade. Sob a égide da democracia moderna, o legislador dispôs sobre os direitos e garantias fundamentais em título próprio, desmembrando-os em cinco capítulos. Com o advento da Constituição Cidadã, como ficou conhecida, os direitos individuais e coletivos foram reconhecidos e garantidos, embora a população, em sua grande maioria, desconhecesse tais direitos. Mas aos poucos, essa sociedade precisaria deles para solucionar os conflitos da realidade na qual viviam.

Constituindo-se como direito fundamental, o acesso à justiça é consolidado por três parâmetros contidos na Constituição Federal de 1988, os quais já foram analisados em constituições anteriores, mas com algumas alterações. O primeiro deles está previsto no artigo 5º, inciso XXXV: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” (BRASIL, 1988). Ou seja, a lei diz, de forma translúcida, que não excluirá do exame valorativo do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito de um cidadão.

Reforçando essa forma de pensamento, Nelson Nery Junior (1999 *apud* OLIVEIRA, 2006) salienta que tal dispositivo constitucional, além de se dirigir ao legislador, traz também consigo um mandamento implícito e geral, de aplicação ampla, voltado para a remoção dos obstáculos os quais impeçam o acesso amplo ao Judiciário. Observamos que com o princípio do acesso à justiça está assegurado, em sua plenitude, o direito de acesso amplo ao Poder Judiciário. Assim, conforme os ensinamentos de Câmara (2007, p. 36):

A garantia de acesso à justiça (ou, como preferimos, do acesso à ordem jurídica justa) deve ser uma garantia substancial, assegurando-se assim a todos aqueles que se encontrem como titulares de uma posição jurídica de vantagem e que possam obter uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Judiciário.

Dessa forma, o direito de acesso à justiça está garantido constitucionalmente. Entretanto, é preciso buscar a acessibilidade da justiça de forma ampla e eficiente, para que seja possível obter, por meio desta, uma verdadeira e efetiva tutela jurídica a ser prestada pelo Poder Judiciário, como fora mencionado na citação acima transcrita.

O segundo fundamento está previsto no artigo 5º, inciso LV: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988). Antes de aprofundarmos a análise, faz-se premente tecermos alguns comentários acerca do princípio da ampla defesa e do contraditório. Primeiramente, entendemos que a ampla defesa é a possibilidade que a parte tem de trazer ao processo os elementos que possam vir a esclarecer a verdade. Vale lembrar que esse princípio não está presente apenas no processo judicial, mas também no processo administrativo. No princípio anterior foi concedida a oportunidade a uma parte de expor as suas razões para a elucidação da verdade, já no princípio do contraditório será concedida a vez para que o outro polo da relação jurídica se pronuncie. Ou seja, ambas as partes da relação processual tiveram o direito de acesso à justiça, uma vez que não houve favorecimento a nenhuma delas.

O terceiro e último fundamento, sobre o qual nos debruçaremos no presente estudo, trata da assistência jurídica integral e gratuita, a qual está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Cidadã: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (BRASIL, 1988). A Constituição inclui como direitos e garantias individuais a assistência jurídica gratuita com o fim de facilitar o acesso amplo ao Poder Judiciário. Logo, esse benefício é um direito constitucional assegurado aos necessitados que, se em situação de insuficiência de recursos financeiros, poderão, portanto, usufruir do benefício concedido pelo Estado.

As garantias fundamentais estão previstas no artigo 5º e seus incisos, e o direito de acesso à justiça é o instrumento para a realização dos demais direitos como: o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer e ao mínimo existencial, como já dito anteriormente. É importante ressaltar que a doutrina considera o disposto no Capítulo I como um núcleo imodificável de direitos, por força do previsto no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, isto é, eleva tais dispositivos à condição de cláusulas pétreas, assim como assinala Silva (2007).

Dessa forma, entendemos que o direito e, de forma mais específica, o acesso à justiça, que não deixa de ser um direito fundamental, encontra-se numa esfera muito mais abrangente, a qual tem por finalidade a preservação e a defesa dos direitos fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito.

Verificamos que, até a criação da Defensoria Pública enquanto instituição essencial à justiça, o ordenamento jurídico brasileiro passou por uma evolução muito lenta, repleta de avanços em outras áreas, porém repleta de travamentos e retrocessos, especialmente em relação ao órgão em tela. Podemos dizer que há um vínculo entre o Estado e a Defensoria Pública, uma vez que o primeiro tem o dever de proteger e manter a ordem social e, esta última, como instituição representante de uma classe socialmente oprimida, tem o dever de assisti-la.

Com o surgimento da Constituição Cidadã, a instituição Defensoria Pública consolidou-se. Assim entende o Professor Junkes (2008, p. 77): “[...] que em 05.10.1988, é que foi cimentada a Defensoria Pública no edifício constitucional brasileiro”. Por estar inserida no ordenamento jurídico brasileiro, colocamos este órgão ao lado de mais duas instituições públicas essenciais à justiça, quais sejam: o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União. Cada instituição desenvolve a sua atribuição e defende os direitos e interesses que devem ser tutelados por esses entes estatais.

Nesse contexto, observamos que o *caput* do artigo 1º da Lei Complementar Federal nº 80/1994, também conhecida como Lei Orgânica da Defensoria Pública, reforça a ideia de que a Defensoria Pública se constitui como órgão público permanente. Holden da Silva (2007) afirma que, primeiramente, a Defensoria Pública é garantia fundamental institucional de uma cláusula pétrea (artigo 5º, inciso LXXIV), isto é, regramento

imodificável. Para ele, se essa instituição pública for abolida, estaríamos, por conseguinte, abolindo a própria garantia fundamental do acesso à justiça.

O autor pondera que um dos maiores objetivos da nossa República é a erradicação da pobreza, o que tem previsão legal no artigo 3º, inciso III da Carta Magna. Porém, mesmo que tal pobreza fosse erradicada, isso não justificaria a extinção da Defensoria Pública, em que pese este órgão ter por objetivo proporcionar, primordialmente, a defesa e a orientação daqueles desfavorecidos no âmbito econômico-financeiro, por estarem inseridos em uma sociedade desigual (SILVA, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagra no seu artigo 5º, inciso LXXIV, o princípio do acesso à justiça. Tal princípio sedimentou-se com o movimento mundial de acesso à justiça, com fulcro nas proposições de Mauro Cappelletti e Bryan Garth.

Ao fazer a contextualização histórica, socioeconômica e jurídica do princípio do acesso à justiça, passamos a verificar como este se configurou no nosso ordenamento jurídico através das constituições brasileiras, mormente a partir da Constituição de 1934, no seu Título III – Da Declaração dos Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e Das Garantias Individuais, no artigo 113, *caput*, inciso 32, e como tal garantia permanece até hoje com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Posteriormente, discorreremos sobre a efetividade do acesso à justiça no Brasil.

Concluimos que a materialização desse princípio ocorre, principalmente, com o surgimento da Defensoria Pública enquanto órgão permanente, independente, autônomo e responsável por prestar assistência jurídica integral e gratuita de qualidade e de forma eficiente aos cidadãos.

A cidadania deve ser entendida como objetivo da educação. Assim, ela foi assegurada pela Constituição Cidadã de 1988, quando garantiu os direitos civis, políticos, sociais e econômicos a todos os indivíduos que formam a sociedade brasileira. Aprendemos que todo indivíduo que nasce já é considerado cidadão, entretanto, ele só poderá dispor de seus direitos e obrigações, ou seja, exercer a sua cidadania, quando estiver apto legalmente.

Dessa forma, são os cidadãos que precisam reivindicar os seus direitos e, jamais, por falta de informação e/ou condições, renunciá-los, já que lhes são assegurados constitucionalmente. O papel da Defensoria Pública é o

de transformador social, aproximando do Judiciário os necessitados que foram acometidos por uma condição construída pelos próprios homens integrantes da sociedade, qual seja, a pobreza.

Assim, não basta que a Defensoria Pública tenha sido implantada, é necessário que ela tenha capacidade, isto é, condições plenas para desempenhar sua missão: educar, conscientizar, informar, orientar e defender aqueles mais carentes da assistência, em qualquer localidade do país. Para que, assim, exerça sem embargos o seu papel de instituição essencial na consolidação do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição. (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em 21 jun. 2021.

_____. Constituição. (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm >. Acesso em 21 jun. 2021.

_____. Constituição. (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em 21 jun. 2021.

_____. Emenda Constitucional. (1969). *Emenda Constitucional, Nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Brasília, 17 out. 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm >. Acesso em 21 jun. 2021.

_____. Constituição. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 21 jun. 2021.

BRASIL, *Lei Complementar nº 80*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, 12 jan. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm >. Acesso em: 21 jun. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen júris. 2007. v. I.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2008.

LARA, Antonio Rubens Costa de. *Acesso à justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de direito*. São Paulo: Método, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência jurídica gratuita*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. O direito de acesso à justiça – Os rumos da efetividade. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. ano 12. n. 49. São Paulo: Revista dos tribunais, out., dez., 2004.

SILVA, Holden Macedo da. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: breves comentários textuais ao regime constitucional da defensoria pública*. Brasília: Fortium. 2007.

ARTIGOS – DIREITOS SOCIAIS

MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS, POLÍTICAS PÚBLICAS E GARANTIAS PROCESSUAIS: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA PARA OS DIREITOS HUMANOS

*Thalita Kelle Pires Beserra*¹⁴⁶

*Ricardo Ovídio de Oliveira Lima*¹⁴⁷

INTRODUÇÃO

Ser adolescente em conflito com a lei é estar ligado a um estereótipo irrecuperável ou, no mínimo, se for recuperável, suas práticas e condutas não serão alvos da confiança necessária, tendo em vista seu passado delituoso.

Considerando as circunstâncias que cercam a ressocialização do adolescente infrator e a execução das medidas socioeducativas, estas devem ser vistas como um apoio social objeto de política pública, tendo como um de seus aliados o Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, um programa em meio aberto, conforme disposição do artigo 1º, parágrafo 5º, do SINASE, o qual tem por atribuições: receber,

146 Advogada. Professora. Especialista em Gestão Pública - UNIVASF. Mestranda em Psicologia Organizacional e do Trabalho, UNP-RN.

147 Advogado. Professor. Conselheiro do CMDCA da cidade de Paulo Afonso/BA. Especialista em Direito Empresarial. Mestrando em Psicologia Organizacional e do Trabalho, UNP-RN.

acompanhar e realizar atividades ressocializadoras com o adolescente que cumprirá a medida socioeducativa imposta pelo Judiciário.

Salienta-se que a execução das medidas socioeducativas não precisa, necessariamente, estar vinculada ao CREAS, uma vez que o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE não especifica entidade executora, tão somente obriga o município a estabelecer “programa em meio aberto” o qual traga alcance à política pública de assistência social vinculada.

Ademais, o adolescente em questão convive com a dificuldade em ter seus direitos garantidos, bem como a falta de oportunidades e de mais políticas públicas voltadas ao seu contexto, a exemplo de: a) escola que não os matriculam se não houver algum tipo de encaminhamento do Poder Judiciário ou CREAS; b) estágios como jovem aprendiz, o qual é reservado para o tipo de aluno que tem boas notas e frequência escolar, além de haver predileção por jovens que não tenham envolvimento com a justiça. Nesse sentido, devido à sua condição, tais circunstâncias acabam por estigmatizarem ainda mais o adolescente.

Através da Constituição de 1988, e da criação, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, observou-se que o Estado brasileiro ampliou sua proteção a esse grupo e trouxe consigo um sistema de garantias de direitos o qual, muitas das vezes, acaba por ser negligenciado pela atuação dos órgãos públicos.

De acordo com Santos (2002), existem algumas críticas em relação ao ECA no que corresponde à sua efetivação na garantia de direitos, uma vez que existem algumas inadequações entre a política legal e os instrumentos existentes para executá-la, onde se percebe recursos insuficientes e falta de proatividade do Poder Público na captação de tais.

Como eixo norteador das medidas socioeducativas, tem-se o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, uma política pública destinada à inclusão do adolescente infrator a qual regula, também, a execução das medidas e traz como base o estabelecimento de parâmetros mais objetivos e justos para tanto (BRASIL, 2012).

Neste sentido, é de relevância analisar as políticas públicas voltadas ao adolescente infrator, em especial o SINASE e a Política de Assistência Social, como forma de perceber sua efetividade e alcance no que corresponde à salvaguarda de direitos e, conseqüentemente, seus desdobramentos na contribuição para o controle da delinquência juvenil e sua ressocialização.

1. PARA ALÉM DA RESSOCIALIZAÇÃO: A PROTEÇÃO INTEGRAL ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O SINASE busca articular as ações que visam a recuperação do jovem infrator. Para tanto, há uma articulação em rede com a política de Assistência Social, a qual também recebe o escopo de direito social e contribui, através da proteção social especial, para a ressocialização do menor infrator através dos CREAS.

Todavia, sabe-se que tanto os órgãos públicos como os servidores que os compõem possuem uma visão preconceituosa e estigmatizada quanto ao adolescente em conflito, com tendências à punição e não à ressocialização, o que reflete, conseqüentemente, nos resultados propostos pela citada política pública.

Assim, em relação à penalidade a ser observada de acordo com o delito cometido, Hans Kelsen (1998, p. 35), em seu livro *O Problema da Justiça*, ensina que não se deve utilizar como forma de punição prática semelhante ao mal gerado pelo infrator. Assim vejamos:

Mesmo que apenas tomemos em consideração os casos normais, nos quais tanto a ação como a reação representam um mal subjetivo, o mal da reação não terá de ser, todavia, de modo algum, igual ao mal da ação [...]. Ao homicídio não tem de corresponder de forma alguma a pena de morte; e, quando o furto que é a subtração não consentida da propriedade, é punido com a prisão, isto é, com a subtração compulsória da liberdade, temos, um em face do outro, dois males subjetivos muito desiguais. Só o princípio do talião – que é, porém, o princípio retributivo na sua forma rude – prevê na ação e reação a igualdade dos males subjetivos.

De encontro a essa perspectiva, Volpi (1999, p. 55) critica duramente o sistema de justiça ao dizer que:

O problema central do atendimento ao adolescente em conflito com a lei, em nossos dias, está exatamente no fato de que os operadores do sistema persistem numa prática de caráter repressivo em instituições do velho paradigma, em total descumprimento das garantias e prerrogativas legais.

É preciso que haja humanização nas relações estabelecidas entre justiça e adolescente infrator, o que trará a ele novas expectativas de projeto de vida e justiça, uma vez que, segundo Volpi (1999) as medidas socioeducativas não podem ter outro fim que não seja a ressocialização do adolescente.

Há, portanto, a necessidade do fortalecimento dos ideários e práticas de justiça através das políticas públicas para que haja um sistema restaurador efetivo, o qual, de acordo com Pacheco (2012), tem em suas finalidades consertar e reparar o futuro ao restaurar relacionamentos entre família e comunidade e prevenir, dessa forma, episódios de reincidências. A referida autora explana também que uma justiça restaurativa busca, além do dito acima, a reintegração à sociedade, fazendo com que todas as partes envolvidas cooperem no processo de justiça de maneira produtiva.

Assim, é importante também elucidar que no panorama das políticas públicas do SINASE e da Assistência Social, é necessário privilegiar o contexto histórico e social dos sujeitos, uma vez que as visões de mundo através de suas vivências reverberam como indicadores para a transformação nos enfoques estabelecidos pelas políticas ora em comento.

De acordo com Lasta (2015), as políticas de Assistência Social não se baseiam tão somente por questões de regramentos da sociedade. Contudo, através da vigilância socioassistencial é possível sistematizar informações regionalizadas sobre a população e, com isso, fazer um mapeamento dos adolescentes e de suas famílias. Assim, obtém-se maior controle sobre o cotidiano do adolescente, de sua família e comunidade, de forma a perceber o contexto de vivências que possui, o que oportuniza melhoramento na finalidade da política empregada para sua ressocialização.

Nesse sentido, complementando a atuação supramencionada, através de Secchi (2010) é possível entender que essa vigilância socioassistencial é composta por atores integrantes do sistema político e, conseqüentemente, são tidos também como burocratas, uma vez que possuem características de especialistas ocupam cargos que necessitam de conhecimento especializado e controlam recursos, inclusive informacionais.

É necessário dizer que os burocratas têm papel definidor na implementação da política pública, uma vez que recebem pressão pelas demandas de serviços, bem como para dar respostas quanto à efetividade. De outra maneira, sofrem pressão por parte de cidadãos comuns para aumen-

tares a eficiência e a eficácia (FARIA, 2012). Além do mais, os burocratas abrem possibilidades para que cidadãos e demandantes do serviço público acessem direitos e benefícios governamentais. Os burocratas “representam”, portanto, a Administração Pública, oportunizando ao usuário do serviço a fruição das atividades prestadas pelo ente público.

Vislumbra-se na política de Assistência Social e do SINASE o preenchimento do ciclo de políticas públicas para que haja uma melhor efetividade no seu alcance. Assim, tais políticas perfazem o caminho de formulações e soluções de problemas, onde são definidos objetivos e metas e deixam em evidência as ações que precisam ser tomadas. Seguindo para a fase de implementação, onde a realidade acontece, percebe-se também se há erros anteriores à tomada de decisão, a fim de detectar se há problemas mal formulados ou objetivos não muito bem traçados (SECCHI, 2010).

Portanto, seguir um parâmetro como um ciclo de políticas públicas é essencial para o sucesso da demanda e, como consequência, tornar palpáveis condições previstas em lei, como por exemplo a salvaguarda de direitos e a proteção integral do adolescente, em especial do que se encontra em conflito com a lei.

2. PARA ALÉM DA RESSOCIALIZAÇÃO: A PROTEÇÃO INTEGRAL ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Não obstante o que já foi relacionado nas discussões acima expostas, é imprescindível a necessidade de criar redes efetivas dentro das políticas de assistência social, a qual tem papel fundamental e definidor nos programas de medidas socioeducativas tendo em vista a constante discussão que deve ser estabelecida na reeducação do adolescente autor de ato infracional.

Corroborando quanto às redes efetivas, o ECA, em seu artigo 4º, assim dispõe:

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:

- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas.

Como é possível perceber, ocorre a sensibilidade legislativa no que concerne a estabelecer critérios determinantes na proteção integral da criança e do adolescente e conferir força à criação de políticas públicas, através de positivação normativa. Ademais, é necessário estimular as formações de agenda as quais visem garantir a eficácia da proteção estatal através da política pública.

Assim, ao tratar do adolescente em conflito com a lei, o Poder Público tem a obrigação de atuar comprometidamente na criação, formulação e execução de políticas sociais públicas. Uma vez que, também, a política pública tem por objetivo solucionar problemas enfrentados pela população de um território.

Existe, sem dúvidas, o dever daqueles que compõem os órgãos jurisdicionais e órgãos executores de medidas socioeducativas de se humanizarem e passarem a entender o que levou o adolescente àquele estágio difícil da vida, com o intuito de melhorarem a difusão de justiça com equidade para todos, a fim de desenvolverem uma política que de fato potencialize a ressocialização do adolescente em conflito com a lei e faça com que este entenda a justiça como órgão parceiro em sua recuperação, e não punitivo.

Fica evidente a necessidade de articulação eficaz, também, entre os demais órgãos do sistema de garantia de direitos, os quais são peças-chave no melhoramento da política e conseqüente recuperação do adolescente em conflito com a lei. Assim, é importante fomentar estratégias que aumentem o alcance das políticas públicas relacionadas ao público em comento.

De outra sorte, o cenário exposto neste ano de 2020, em razão da pandemia do coronavírus, evidenciou ainda mais o quanto as políticas precisam ser fortalecidas e reestruturadas. Não basta o mapeamento e acompanhamento pensando em o demandante ir ao órgão público, mas sim tecer e propor projetos para que o Poder Público consiga, com melhor aplicação, alcançar o sujeito *in loco* na família e comunidade em que está inserido.

De acordo com Garcia, Maciel e Vieira (2020), observou-se a redução do acesso aos serviços de assistência social, saúde, justiça; enquanto os casos

de violação, que inclusive envolviam adolescentes, aumentavam exponencialmente. Assim, como já falado anteriormente, urge a necessidade de uma atuação em rede, de modo estruturado, para que os aspectos condicionantes de violência, onde haja adolescentes em conflito com a lei, sejam vistos e combatidos de diversas maneiras de forma a garantir a eficácia da política.

3. AS GARANTIAS PROCESSUAIS E OS DIREITOS HUMANOS DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI PÚBLICA

Com vistas a prolatar a sentença que estabelece o tipo de medida socioeducativa a ser aplicada ao adolescente infrator, é necessário que seja observada a garantia da proteção aos direitos humanos do adolescente, de forma que os indicativos para tanto sejam a observância do devido processo legal, a análise *sui generis* da realidade do menor além da observação da gravidade do ato infracional cometido e quais as limitações e potencialidades do adolescente, a fim de que se adeque para o seu contexto o cumprimento da medida mais condizente: liberdade assistida institucional (LAI), liberdade assistida comunitária (LAC) ou prestação de serviço a comunidade (PSC), dentre outras previstas em lei.

Para nortear a escolha do tipo de medida a ser aplicada e o teor da sentença a ser proferida pelo juízo, tem-se o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), o qual traz em seu escopo a normatização acerca do ato infracional, o qual corresponde às condutas previstas como crime ou contravenção penal. Em decorrência disso, a Lei n. 8.069/90 estabelece, dos artigos 106 ao 130, questões como: direitos individuais, garantias processuais, medidas socioeducativas, advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade, internação e remissão. Assim vejamos:

Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Ademais, utiliza-se subsidiariamente as normas contidas na Lei n. 12.594/12, a qual instituiu o SINASE, regulamentando a execução das medidas socioeducativas.

Quanto às definições das medidas a serem aplicadas, Sposato (2013, p. 23) apresenta uma crítica à “autonomia” do ECA ao dizer que, em sede de responsabilização dos menores, o ECA afasta da avaliação importantes princípios processuais-penais de garantia por dificultar “qualquer reflexão de natureza dogmática e/ou político-criminal acerca das consequências e da natureza da intervenção penal sobre os adolescentes.”. Tal crítica ava-

lia a natureza compensatória da medida imposta que, segundo Sposato (2013), observa a condição social do adolescente, o qual testemunha, em dado momento da vida, negligência de direitos, família desestruturada, situação de rua e/ou abandono dentre outras problemáticas. Nesta seara, é onde o olhar do adolescente sobre a justiça e os direitos humanos já se apresenta fragilizado, uma vez que em sua maioria viveu com seus direitos cerceados, o que o faz desacreditar na justiça como meio para resolução dos seus conflitos, garantia de sua proteção integral e respeito à sua natureza peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Dito isso, a visão de representações sobre direitos humanos, justiça e equidade, as quais devem ser transmitidas de forma correta ao adolescente autor de ato infracional, o qual começa a ter seus primeiros contatos com os órgãos jurisdicionais e de proteção, está também diretamente ligada à esfera do entendimento do adolescente sobre o que é ser cidadão e exercer cidadania, além de entender a sua dignidade humana. Pinsky (2013) leciona que ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei, ou seja, apropriar-se de direitos civis. No mesmo sentido, Spagnol (2013, p. 104) dirá que a cidadania está ligada às esferas civil, política e social, onde os direitos civis “[...] envolvem prerrogativas de liberdade individual [...] de liberdade de ir e vir.” É importante dizer, nessas breves linhas, que respeitar a dignidade humana do adolescente é praticar atos de justiça sem considerar qual tenha sido o ato infracional praticado. A dignidade, de acordo com Kant (2004), não tem equivalências e consiste, portanto, de um valor revestido de tudo aquilo que não tem preço, assim, é um valor interno o qual se configura na dignidade.

Dessa forma, repensar os atendimentos e oitivas realizadas é fundamental para que a política de recuperação do adolescente seja fortalecida, de modo que este perceba nas representações de justiça uma instituição zelosa, proba e garantista dos seus direitos enquanto pessoa em desenvolvimento que está em conflito com a lei, de forma a contribuir, sem dúvidas, para a efetividade de sua recuperação e não reincidência. Para tanto, é necessário que ideários de justiça restaurativa, dignidade humana e garantias de direitos fundamentais sejam amplamente absorvidos e posto em prática por aqueles que lidam diretamente com o adolescente em ato infracional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das políticas públicas de assistência social, é imperioso dar oportunidade ao adolescente autor de ato infracional um processo eficaz de ressocialização, bem como caminhos e possibilidades para além do ato infracional outrora praticado. É fundamental que o Poder Público e seus agentes se conscientizem dessas condições para que de fato haja a transformação de vida daquele cidadão ainda jovem, de forma que no futuro ele não se apresente como alguém cujos direitos e garantias tenham sido cerceados por falta de oportunidades para uma mudança de vida.

É necessário traçar e oferecer políticas públicas acessíveis e executáveis a quem delas precisar, principalmente quando se trata de adolescentes com poucas oportunidades e em situação de vulnerabilidade social. É fundamental a articulação organizada em rede para este fim.

Desse modo, a defesa e garantia dos direitos humanos, bem como a articulação em rede e de políticas públicas, são essenciais para a concretização da reeducação e ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Assim, é importante que seja respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento e, por conseguinte, ajustar e assentar parâmetros na integração de políticas e direitos, quais sejam SUAS, SINASE, Segurança Pública, Justiça e Educação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)**, Brasília, DF, 18 jan 2012.

_____. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Brasília, DF, 13 jul 1990.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **O ADOLESCENTE INFRATOR E OS DIREITOS HUMANOS**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 2, p. 90-99, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/32>>. Acesso em: 16 maio 2021.

- FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Implementação de Políticas Públicas: Teoria e prática. Belo Horizonte:** Editora PUC Minas, 2012.
- GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia; VIEIRA, Pâmela Rocha. **Isolamento social e o aumento da violência: o que isso nos revela?** Disponível em: <https://scielosp.org/article/rbe-pid/2020.v23/e200033/pt/#>. Acesso em 08/11/2020.
- KANT, Immanuel **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LASTA, Letícia Lorenzoni. **Políticas de Assistência Social no Brasil: o governo da vida pela proteção e inclusão social.** 2015. 198 f. Dissertação (Programa de Pós - Graduação em Psicologia Social e Institucional do Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário.** 2012. Disponível em < <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf>>. Acesso em: 04/09/2020
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla. **História da Cidadania.** São Paulo: Editora Contexto, 2003.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos.** São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SPAGNOL, Antonio Sergio. **Sociologia jurídica, Coleção Direito Vivo.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes: elementos para uma teoria garantista.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- VOLPI, Mário. **ECA, Delitos e Adolescência.** Disponível em: <<http://www.abong.org.br/novosite/download/dcatexto8.pdf>>. Acesso em 03/09/2020.

O ACESSO A DIREITOS BÁSICOS NA VELHICE: OS IMPASSES ECONÔMICOS, FAMILIARES E SOCIAIS EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

*Maria Clara Thomazini*¹⁴⁸

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o processo de envelhecimento tem se estendido nos seres humanos, e é possível notar que os indivíduos têm alcançado maiores idades com melhores condições existenciais. Consequentemente, passa a existir uma população idosa mais extensa no país, portanto, constata-se que os direitos que a envolvem tomam proporção no cenário nacional, afinal, não basta somente que os direitos sejam garantidos até a velhice, mas também durante todo o processo de envelhecimento.

Os direitos básicos, portanto, acabam por ser um grande desafio de conquista para os idosos atualmente, isso porque eles se retiram do mercado de trabalho e passam a não ter mais condições plenas de autossustento, vivendo em cenários de abandono familiar e convivendo com a ausência

148 Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado da UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR; Pós-Graduada em Docência no Ensino Superior pela UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR; Graduada em Direito pela UNIVERSIDADE CESUMAR – UNICESUMAR.

de políticas públicas em seu favor, o que os faz viver à margem de seus direitos e do usufruto da sua dignidade.

O avançar da idade acaba, neste contexto, por significar falta de moradia digna, ausência de alimentação de qualidade, dificuldade no acesso a medicamentos e lazer, exclusão social e entre outros problemas os quais agravam a situação do idoso no país.

O problema de pesquisa levantado acima refere-se à seguinte indagação: os idosos no Brasil tem tido condições plenas de acesso aos direitos basilares, tendo em vista suas condições econômicas, familiares e sociais?

A fim de investigar e responder a questão embrionária do artigo, ter-se-á no primeiro capítulo a discussão acerca da imprescindibilidade do acesso a direitos mínimos durante o processo de envelhecimento, estudando a fundamentalidade dessas garantias para a existência com dignidade dos vulneráveis, especificamente os idosos. No segundo capítulo, será posto em pauta as dificuldades enfrentadas pelos idosos contemporâneos no país, as quais impactam na sua qualidade de vida pela falta de condições de acesso a plenos direitos, os quais lhe garantem dignidade e desenvolvimento personalíssimo.

A pesquisa em tela trará como método de abordagem o modelo de pesquisa hipotético-dedutivo, pois partir-se-á da premissa geral das dificuldades encontradas pelos longevos no Brasil no que tange ao acesso aos direitos basilares como moradia, medicamentos, alimentação e afins, devido aos empasses econômicos, familiares e sociais que esse grupo enfrenta. Em relação ao método de procedimento, abarcar-se-á os modelos de pesquisa observacional e comparativo, por tratar-se de análise que engloba aspectos sociais e jurídicos. Por fim, o estudo irá se basear no recurso teórico, o qual consiste na revisão bibliográfica de livros com relevante domínio acerca do problema de pesquisa, artigos científicos retirados de bases de dados como SSRN, SCIELO, EBSCO, e ainda legislação específica, como a Constituição Federal, o Estatuto do Idoso e a Política Nacional do Idoso.

1. A IMPRESCINDIBILIDADE DO ACESSO A DIREITOS MÍNIMOS NO ENVELHECER: O FUNDAMENTAL PARA A EXISTÊNCIA HUMANA DE VULNERÁVEIS

O envelhecimento é marcado por uma fase em que são potencializadas as vulnerabilidades, afinal, o passar dos anos acarreta mudanças físicas

e psíquicas as quais necessitam de maior empenho para manutenção da dignidade dos longevos tendo em vista o aumento de suas carências, o que denota a primordialidade de direitos básicos em favor desse grupo.

O idoso que possui boas condições de moradia, alimentação de qualidade, acesso à medicamentos e afins, vive com dignidade e tem suas vulnerabilidades minimizadas devido à boa vida que vivem, com desenvolvimento pleno da sua personalidade. Entretanto, aqueles idosos que não possuem acesso ao mínimo que lhes é de direito, acabam por ter suas carências advindas do avançar dos anos amplificadas.

É fato notório e conhecido que a existência humana depende de critérios mínimos para vida digna e para viver bem, e tais necessidades são estipuladas até mesmo pela Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 6º, quando elenca os direitos sociais e, principalmente, quando estabelece logo em seu primeiro artigo, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, afinal, “A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo.” (BARROSO, 2014, p. 14)

Ressalta-se que, mais do que viver dignamente, o idoso, pela sua condição peculiar de envelhecimento, requer cuidados diferenciados dos demais, como demonstrado também com o surgimento do Estatuto do Idoso e da Política Nacional do Idoso, pois “Surgem várias dificuldades naturais derivadas do processo de envelhecimento, de ordem física, psíquica, social e cultural, que caracterizam o estado de vulnerabilidade potencializada dos idosos.” (ACCIOLI; NUNES, 2019, p. 16). Ocorre que há na atualidade uma perceptível falta de aplicabilidade legal e ausência de políticas públicas em favor dos longevos, o que os deixa em condições indignas.

O progressivo crescimento de idosos no país revela um cenário preocupante: a falta de garantias para eles no que tange aos direitos mínimos existenciais, os quais mantêm a dignidade na velhice e permite o desenvolvimento dos idosos e busca, a partir de então, que a proteção do idoso seja efetivada de forma ampla e concreta, sob pena de banalizar a conquista humanitária do envelhecimento populacional e ferir incisivamente direitos indispensáveis para uma vida razoável na velhice (RUIZ; SENGIK, 2013).

Os longevos, em meio a todas as suas necessidades e carências advindas da idade, têm o direito de acessar ao mínimo, que deve ser garantido integralmente pela família, pela sociedade e pelo Estado, sem escusas. Entretanto, a realidade mostra um cenário de envelhecimento ainda mais carente no que tange aos direitos mínimos, com idosos vivendo em situações de moradia precária, alimentação inconstante, saúde inacessível entre outros fatores que os limita física e psicologicamente de maneira categórica.

1.1 A QUALIDADE DE VIDA ADVINDA DE ACESSO PLENO A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O país passa por crise econômica, agravada pela pandemia mundial vigente, onde as questões existenciais tornam-se ainda mais preocupantes com relação à população em geral, ainda mais aos integrantes de minorias e grupos vulneráveis como são os idosos, as crianças e as pessoas com deficiência, por exemplo. Onde não há recurso financeiro suficiente, tanto nas famílias, para o autossustento, quanto para o Estado, para promoção de políticas públicas, a qualidade de vida da população cai e se agrava. A qualidade de vida é determinante para o desenvolvimento e manutenção da dignidade de todos, ainda mais daqueles que possuem vulnerabilidades características, portanto não pode ser ignorada.

A realidade brasileira pode ser percebida por meio de dados. De acordo com a pesquisa de Orçamentos familiares (POF) publicada em 2020 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), constatou-se que 2,8% dos domicílios brasileiros não tinham nem se quer um banheiro, equivalendo percentualmente em mais de 5 milhões e 700 mil pessoas sem acesso a um ambiente próprio para suas necessidades básicas, o que denota a crise habitacional que o país enfrenta. Ainda, a pesquisa de Orçamentos familiares (POF) revelou que 16,4% das pessoas entrevistadas tinham dificuldades ao acesso à saúde no que se refere à compra de medicamentos, e 26,2% não tinham acesso a serviços de saúde em geral, sendo a falta de recurso financeiro o principal motivo alegado pelos entrevistados.

O cenário atual denota que as previsões legislativas, por mais extensas e abrangentes que sejam, carecem de aplicabilidade, conforme ressalta Almir Galassi (2013, p. 23):

Não precisaria ser dessa forma, pois o estado brasileiro traz uma constituição marcante no sentido de estabelecer um rol de direitos considerados fundamentais em seu art. 5º, bastando que houvesse o respeito as pessoas como um todo para que seus direitos fossem garantidos sem a necessidade da intervenção do Judiciário.

O acesso a direitos fundamentais sociais garante uma vida com o básico para existência mínima, onde todos sejam tratados como seres dotados de dignidade, como expõem Alexandre Gazetta Simões e Celso Jefferson Messias Paganelli (2013, p. 9):

O homem precisa e deve ser respeitado em toda sua dignidade, levando em consideração seu valor de fim e não de meio, de modo que a dignidade da pessoa humana se promove por meio da consideração do ser humano como fundamento central de todo o sistema jurídico, no sentido de que o direito positivo é feito para a pessoa e sua realização existencial.

A vida humana, portanto, depende da garantia do mínimo, o qual pode ser assegurado por inúmeras vias, seja pela oportunidade de emprego para que as famílias possam se manter, pela oferta suficiente de políticas públicas, e pela sólida responsabilidade em defesa aos direitos sociais em busca da efetiva defesa da vida e, principalmente, da vida digna.

1.2 O ENVELHECIMENTO CONDICIONADO A PARÂMETROS MÍNIMOS DE EXISTÊNCIA DIGNA

Independente da fase da vida humana, a preocupação com sua condição mínima de existência é latente. Entretanto, esta inquietação se assevera quando os idosos são pauta, pois denota-se uma população em fase de envelhecimento que sofre pela ausência do básico, seja por negligência familiar, pela falta de presença e auxílio estatal ou cobranças sociais em relação àqueles longevos que padecem.

O problema existente na efetivação de direitos é visível, afinal a responsabilidade familiar pelos idosos pouco é cobrada e tampouco é assumida pelo Estado, sendo este também responsável direto. Neste sentido, muito bem releva Luana Machado Andrade *et al.* (2013, p. 3544):

A deficiência no que tange à efetivação dos direitos essenciais a este segmento populacional deixa evidente a necessidade de estudos que direcionem a população para lutar a favor daquilo que há de mais justo na vida dos seres humanos: a certeza de que todos envelhecem a cada momento.

A proteção ao mínimo dos idosos é uma questão atual e velada, afinal, os longevos têm seus direitos constantemente violados, com falta de vagas em Instituições de Longa Permanência e abandono familiar tratado de forma impune, por exemplo, o que lhe coloca em condições precárias de vida, sem um teto, cuidados ou o básico para viver.

É imprescindível que a dignidade da pessoa humana seja elevada à condição de norma norteadora dos demais direitos fundamentais, para revestir de importância os direitos dos idosos de forma a assegurá-los e protegê-los (KESKE; SANTOS, 2019). A vulnerabilidade potencializada que caracteriza a pessoa idosa fez com que houvesse até mesmo a necessidade de um Estatuto do Idoso, com o fito de se instrumentalizar como contrapeso jurídico à desigualdade material e oferecer proteção integral a esse peculiar estágio de desenvolvimento da personalidade humana dos indivíduos (PONTES; TEIXEIRA, 2019).

O envelhecimento, portanto, marca uma incontornável fase humana, a qual necessita de preocupação e ponderação diferenciadas, onde as necessidades são maiores e as prestações dos que estão em torno se tornam ainda mais cruciais para garantir a esse grupo uma moradia digna, refeições de qualidade, acesso a medicamentos e afins, em defesa de sua dignidade.

2. AS DIFICULDADES FINANCEIRAS, FAMILIARES E SOCIAIS QUE AFETAM A VIDA DIGNA DE LONGEVOS

O grande impasse para a garantia da vida digna do idoso, na atualidade, encontra-se na ausência de recursos suficientes para que ele se mantenha com seus próprios rendimentos e, conseqüentemente, pela falta de estrutura familiar para manutenção dos longevos em seus núcleos de forma a lhes assegurar alimentação, moradia, saúde, convivência. Assim, são obrigados a depender do Estado, bem como da sociedade, os quais não ofertam políticas públicas e auxílio necessário, colocando-os em severa crise existencial.

A figura do idoso na contemporaneidade é traçada como um fardo a ser carregado pelos responsáveis, seja pela família, pela sociedade ou pelo Estado, afinal “[...] na grande maioria das situações, os idosos são vistos como entraves na vida moderna e, quantas vezes, o que é pior, ainda, e seus próprios familiares, amigos, vizinhos e estranhos.” (RUIZ; SENGIK, 2013, p. 308). A invisibilidade social, familiar e estatal à qual o idoso é submetido atualmente faz com que parte dessa parcela populacional viva em situação de rua, cenários de fome, enfermidades corriqueiras e afins.

A Constituição Federal é clara em estipular a responsabilidade pelo idoso ao estabelecer, no artigo 230, que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (BRASIL, 1988). Da mesma forma aborda o Estatuto do Idoso, o qual traz no artigo 3º que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação de direitos mínimos que lhes garantam a vida, a alimentação e afins (BRASIL, 2003). Portanto, revela-se que não há cabimento de interpretações contrárias, afinal, o idoso foi tutelado de forma especial e bem específica.

As dificuldades encontradas pelos idosos no país refletem a postura familiar, social e estatal em relação a eles. Tal postura tem sido negligente e ausente no âmbito de garantia de direitos fundamentais sociais essenciais para boa vida ao deixar que os longevos vivam em condições inaceitáveis quando os dispositivos que os protegem são claros e objetivos no sentido de protegê-los em integralidade pelos entes responsáveis. Nesse sentido Rogério Luiz Nery da Silva, Robison Tramontina e Neli Lino Saibo (2015, p. 26) revelam que:

Passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal, o tema acerca da eficácia dos direitos fundamentais sociais lamentavelmente segue atual e ocupa a pauta dos inúmeros desafios a serem atingidos pelo Estado.

O Brasil, tendo preocupação já latente com os problemas acerca da Previdência Social devido ao elevado número de idosos no país, também deve se preocupar com as questões sociais e existenciais que envolvem os

longevos, afinal, a crise social advinda do não atendimento às necessidades basilares dos idosos afetará toda a sociedade, já que os impactos econômicos na área da saúde e afins, provenientes da não contenção do problema preventivamente, serão sentidos por todos.

2.1 A FALTA DE RECURSOS PRÓPRIOS DOS IDOSOS PARA MANUTENÇÃO DA VIDA DIGNA

O custo de vida no Brasil se eleva a cada dia, o que torna os serviços, mercadorias e medicamentos ainda mais caros e inacessíveis para aqueles que convivem com uma renda mínima para manutenção própria. Os idosos se deparam sozinhos, abandonados pelos familiares, sem condições de adquirir o mínimo para sua sobrevivência, além de serem protagonistas de cenários desoladores devido à falta de recursos, o que os leva a depender de ajuda social e estatal, a qual nem sempre se mostra eficaz.

O envelhecimento é marcado pela saída do mercado de trabalho, o que impede que o padrão de vida do idoso seja mantido com o passar do tempo e torna a sua qualidade na alimentação, na moradia e na saúde menor, por exemplo. Teresa Creusa de Goés Monteiro Negreiros (2003, p. 3) revela que:

[...] o que mais me parece estar mudando, do início dos anos 90 para cá, entre os maduros e à medida que vão envelhecendo, é o seguinte: a preocupação crescente, não só do lado masculino, da exclusão dos mais velhos do mercado de trabalho.

Ana Maria Viola de Sousa (2011, p. 9) explana nitidamente o problema acerca da aposentadoria somada às necessidades do envelhecimento, evidenciando que:

No Brasil a problemática do envelhecimento soma-se com a problemática da aposentadoria, ou seja, com a diminuição de sua condição financeira devido ao ínfimo valor recebido, o qual é sensivelmente reduzido em comparação aos vencimentos recebidos pelos trabalhadores na ativa. Na aposentadoria, os períodos de privações e incertezas estabelecem o empobrecimento progressivo para a manutenção e subsistência dos idosos e de seus familiares.

É inevitável, a partir de novos contextos de vida advindos da idade, que o idoso precise de apoio econômico, já que por suas forças fica inviável a manutenção de sua dignidade. Então, vê-se a necessidade da presença familiar e de auxílio estatal, na ausência deste primeiro, para fornecer o básico aos longevos que carecem, afinal, a idade avançada requer outros cuidados, onde “O idoso, por sua condição de maior vulnerabilidade, merece uma maior atenção da sociedade, da família e do poder público a fim de que o seu direito à vida seja efetivamente respeitado e assegurado.” (ACCIOLI; NUNES, 2019, p. 20).

A retirada do mercado de trabalho, muitas vezes impulsionada pela exclusão e falta de oportunidades para os longevos, somada ao alto custo de vida e os desproporcionais valores recebidos à título de Previdência Social ou Assistência Social, faz com que muitos idosos passem por uma velhice turbulenta e nada digna, onde falta o mínimo para a sobrevivência.

Denota-se que os idosos, pela falta de recursos, estão vivendo não somente com o básico, mas presenciando a ausência até mesmo do que lhe seria fundamental para a manutenção da vida, o que não pode ser encarado como fator corriqueiro em um país onde o fundamento da República está ancorado na dignidade humana.

2.2 OS IMPASSES FAMILIARES NA DEFESA DO MÍNIMO EXISTENCIAL AOS IDOSOS

Não é novidade que a estrutura familiar vem sofrendo severas modificações com o decorrer dos tempos. Num cenário em que se vive uma modernidade líquida, onde as relações interpessoais têm perdido a força em detrimento da exaltação do lucro, das exigências da vida moderna e do trabalho excessivo.

A desagregação familiar é cada dia mais nítida nas sociedades, principalmente no que tange à exclusão de idosos desses núcleos, já que pouco tempo e dedicação sobram para aqueles que perderam a força produtiva do mercado trabalho, os quais passam a ter suas vulnerabilidades destacadas e uma maior necessidade de ajuda cotidiana, em um corpo social que tem os minutos dos dias contados e cronometrados.

A família possui tamanha importância social, de cuidado e defesa da dignidade do idoso, que não pode ser mensurada. Por meio da proteção

familiar, o idoso tem acesso aos direitos mínimos que garantiriam seu desenvolvimento personalíssimo, afinal, em tese, “As pessoas idosas passam a maior parte de suas vidas dentro do ambiente familiar, e é a família que assume a responsabilidade em relação à ajuda e ao apoio, dá suporte e assistência a qualquer necessidade física e moral ao idoso.” (SOUSA, 2011, p. 178). A realidade vai na contramão da expectativa de cuidado familiar na velhice, já que o abandono de idosos tornou-se corriqueiro, e os direitos mais essenciais para o envelhecimento digno não são garantidos pelos filhos, netos, sobrinhos e demais responsáveis.

A Constituição Federal revela a importância da família para o Estado, assim como o Estatuto do Idoso, ao priorizar a manutenção dos vínculos familiares e defender que o idoso tem o direito de ser mantido em sua família, ao mesmo tempo que prevê que esta última tem o dever de assisti-lo na velhice (FELICIANE, 2013).

No entanto, os impasses familiares, as dificuldades de relacionamento, a priorização de outros elementos em desfavor do vínculo entre membros e idosos, a modificação de estrutura familiar e a modernidade líquida transformam a dignidade do idoso que vive em tais contextos em um grande desafio, uma vez que a família, primeira responsável pelo longo, não cumpre seu papel legal e moral.

2.3 OS PROBLEMAS SOCIAIS NO BRASIL E OS LONGEVOS

O Brasil, em meio à pandemia mundial do coronavírus, demonstra claras dificuldades em executar políticas públicas variadas e destinada aos idosos, em termos sociais. A fome no país aumenta e compreende todas as faixas etárias, com isso, as dificuldades existenciais se agravam em grande escala. Tal cenário é preocupante, principalmente para as minorias e grupos vulneráveis, como os idosos.

A grande problemática a ser enfrentada está no fato de que, além do momento vivido, o Brasil não está preparado para lidar com o contingente de idosos na proporção atual, onde o abandono familiar é cada vez maior e a ausência de estruturas e verbas destinadas para tal demanda são ineficientes. Muito bem releva, nesse sentido, Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho (2013, p. 287):

É estranhável que em uma sociedade como a nossa, que se diz viver em regime democrático, longe está de um verdadeiro estado de direito, onde disfarçadamente ainda perdura o coronelismo político e a prioridade ao capitalismo selvagem, sendo que os direitos humanos e os interesses das pessoas mais vulneráveis ficam para um segundo plano.

O desafio em garantir o mínimo aos idosos no país, ainda que estes sejam um grande número e as famílias não estejam cumprindo seu papel primário, está justamente em unir a legislação protetiva e extensa com a vivência deles, pois “O direito não pode ser concebido alheio à vida, mas rente à sua repercussão existencial. Somente com a aproximação da realidade normativa a realidade social se encontra a verdadeira justiça, tão almejada.” (CANTALLI, 2009, p. 21).

O artigo 6º da Constituição Federal prevê os direitos sociais e os assinala, destacando entre eles a saúde, a alimentação, o trabalho e a moradia, por exemplo, entretanto, “[...] direitos apenas formalmente inseridos na lei não conferem aos idosos a dignidade, o respeito, e a integração no novo modelo da sociedade atual e nem mesmo na futura.” (SOUSA, 2011, p. 9).

É imprescindível que os idosos sejam atendidos no âmbito social para que tenham suas demandas essenciais compreendidas como dever estatal, já que este, na ausência familiar, é igualmente responsável pelos longevos. A atenção aos direitos básicos, fundamentais e sociais dos idosos é iminente, de forma que delimitará o desenvolvimento desse grupo no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso a direitos mínimos de existência no Brasil sempre foi um grande desafio para todas as faixas etárias, mas se agrava quando vistos pela ótica daqueles que já sofrem por vulnerabilidades, não apenas sociais, mas físicas e psicológicas. Torna-se relevante tais discussões tendo em vista uma legislação extremamente garantidora e uma realidade desanimadora, além de totalmente prejudicial à dignidade humana.

Os idosos no país necessitam estar protegidos quanto aos direitos sociais, considerando suas dificuldades econômicas advindas do processo de

retirada do mercado de trabalho e conseqüente aposentadoria, bem como os impasses familiares corriqueiros na atual sociedade, tais fatores esbarram na falta de prestação estatal, que os oferece um cenário de fome e até mesmo situação de rua.

É essencial que haja uma postura ativa em favor dos longevos no país, tendo em vista as adversidades à que são submetidos pelos impasses da longevidade contemporânea, sob pena de um enorme caos social e existencial.

No problema de pesquisa levantado introdutoriamente era questionado se os idosos no Brasil tem tido condições plenas de acesso aos direitos basilares, considerando suas condições econômicas, familiares e sociais. E a resposta torna-se nítida até mesmo pelo conhecimento geral da situação do país: se muitos sofrem pela ausência do básico, os idosos, que não podem se manter pela força de seu trabalho e são excluídos de suas famílias, não estariam isentos.

Conclui-se que a atenção aos direitos mínimos ou basilares dos idosos é eminente e não se pode mais postergar tal cautela com essa parte da população, visto que suas carências são latentes e reais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Ana Caroline; NUNES, Marina Lacerda. Dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do idoso. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). **Direitos da Personalidade da Pessoa Idosa**. Curitiba: Editora Appris, 2019.

ANDRADE, Luana Machado *et al.* Políticas públicas para pessoas idosas no Brasil: uma revisão integrativa. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 12, p. 3543-3552, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2013.v18n12/3543-3552/pt> Acesso em: 26 Jan. 2019.

BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência

da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm Acesso em 26 Jan. 2020.

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 26 Jan. 2020.

CANTALLI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FELICIANI, Ana Lúcia Alves. Os velhos e os novos direitos dos idosos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, nº 31, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70700> Acesso em: 02 Jun. 2021

GALLASSI, Almir. A proteção do ordenamento jurídico brasileiro às minorias sociais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (orgs.). **Minorias e Grupos Vulneráveis**: reflexão para uma tutela inclusiva. Birigui, SP: Editora Boreal, 2013.

KESKE, Henrique; SANTOS, Everton-Rodrigo. O envelhecer digno como direito fundamental da vida humana. **Rev. Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 45, p. 163-178, 2019. Disponível em http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S188658872019000100012&lng=es&nrm=iso Acesso em 21 Jan. 2020.

NEGREIROS, Teresa Creusa de Goés Monteiro (org.). **A nova Velhice** – uma visão multidisciplinar. 2. Ed. Tijuca, RJ: Livraria e Editora Revinter Ltda, 2007.

PONTES, João Gabriel Madeira; TEIXEIRA, Pedro Henrique da Costa. O direito civil-constitucional e o livre desenvolvimento da personalidade do idoso: o dilema de Lear. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (coord.). **Direitos da Personalidade da Pessoa Idosa**. Curitiba: Editora Appris, 2019.

RUIZ, Ivan Aparecido; SENGIK, Kenza Borges. A tutela dos direitos da personalidade dos idosos mediante a implementação de políticas públicas, como forma de acesso à justiça. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (orgs.). **Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexão para uma tutela inclusiva**. Birigui, SP: Editora Boreal, 2013.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; TRAMONTINA, Robison; SAIBO, Neli Lino. A dignidade humana e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 15, n. 1, p. 9-39, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/re-vjuridica/article/view/3262/2580> . Acesso em: 21 ago. 2020

SIMÕES, Alexandre Gazetta; PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. Felicidade: Direito constitucional implícito ligado ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (orgs.). **Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexão para uma tutela inclusiva**. Birigui, SP: Editora Boreal, 2013.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela Jurídica do Idoso: a assistência e a convivência familiar**. 2. ed. Campinas: Editora Alínea, 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de; FILHO, Gelson Amaro de Souza. Tutela dos direitos das pessoas vulneráveis. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (orgs.). **Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexão para uma tutela inclusiva**. Birigui, SP: Editora Boreal, 2013.

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À MORADIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

*Tiago Fernando Guedes de Carvalho*¹⁴⁹

INTRODUÇÃO

A população em situação de rua sofre de estigmatização social, além disso, sofre com a negligência da sociedade civil e do Estado. A ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 apresenta um rol de Direitos Sociais os quais devem representar prestações positivas do Estado. Contudo, observa-se que tais direitos são carentes de eficácia prática e afetam toda a população, porém, com impacto maior nas populações em condições de vulnerabilidade social, como é o caso do grupo em questão.

Diante da ausência de políticas públicas eficientes e suficientes, há a busca do Judiciário de assegurar os direitos sociais, seja pela via de ações coletivas ou individuais. Nesse ponto outra problemática é verificada, qual seja, a dificuldade de acesso à justiça em suas diversas formas, inclusive naquela consubstanciada no acesso ao Judiciário e em suas etapas posteriores até a final prestação da jurisdição.

149 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- UNESP, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- UNESP, Pesquisador Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo- FAPESP .

O presente trabalho se faz mister pois traça análises quantitativa e qualitativamente de decisões judiciais emanadas pelo Judiciário paulista em segundo grau, em casos dos quais são parte pessoas em situação de rua no pleito pelo direito social à moradia, e busca compreender o perfil do tribunal quanto a estes casos.

Para tanto, com emprego de metodologia empírica, houve a formação de um banco de dados contendo decisões versando sobre a questão abordada, o qual foi analisado com utilização do *software* denominado NVIVO¹⁵⁰. A partir deste software, foi possível traçar análises de palavras, relacionar termos presentes nas decisões e formar nós com conjunto de decisões semelhantes, além de verificar a frequência com que determinados termos apareceram nas decisões selecionadas, isto de prescindir de uma análise manual detida.

A utilização da empiria é algo comum nas ciências ditas “duras”, como é o caso das ciências naturais, inclusive, as observações empíricas são o berço da Ciência (IGREJA, 2017, p.12). Contemporaneamente, o Direito se mostra relutante no reencontro com essa metodologia. A matriz teórica do Direito mantém-se demasiadamente arraigada na dicotomia entre os pensamentos jusnaturalistas e juspositivistas (MACHADO, 2017), o que vem dificultando o surgimento de novos paradigmas teóricos. Essa dificuldade teórica reflete em aspectos práticos da vida, o que leva à descrença no Direito como meio eficiente e eficaz para regular conflitos e relações dos cidadãos com o Estado.

Dentro dessa perspectiva, as apreciações empíricas do Direito se tornam uma forma para demonstrar que o mundo abstrato das normas está

150 NVivo é um software que suporta métodos qualitativos e variados de pesquisa. Ele é projetado para ajudar você a organizar, analisar e encontrar informações em dados não estruturados ou qualitativos como: entrevistas, respostas abertas de pesquisa, artigos, mídia social e conteúdo web. Ao trabalhar com dados qualitativos, caso você não utilize o NVivo, seu trabalho consumirá mais do seu tempo, será mais desafiador e mais complicado de lidar. Mais importante, concluir esse tipo de pesquisa sem software pode dificultar muito a descoberta de conexões em seus dados e a descoberta de novas informações que fornecerão uma vantagem para você. O NVivo disponibiliza para você um local para organizar e gerir seu material de forma que você possa encontrar informações em seus dados. Ele também fornece ferramentas que permitem que você faça consultas a seus dados de modo mais eficiente. Disponível em: <<http://www.qsrinternational.com/nvivo-portuguese>>. Acesso em: 20 de fev. de 2019.

imerso em um contexto concreto, o qual envolve elementos sociais, culturais e históricos. Compreende-se que a conjunção de tais fatores compartilha uma tendência a formar um sistema que, ao mesmo tempo é determinado por esses elementos e determinante a eles (IGREJA, 2017, p. 11). O estudo completo contou com análises além do direito à moradia, como análises sobre como o tribunal entende o direito à saúde e à alimentação da população em situação de rua, mas que não serão exploradas neste artigo.

1. A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: CONCEITO, ESTIGMATIZAÇÃO E NÚMEROS

O termo “população em situação de rua” ou “pessoas em situação de rua” designa aqueles que, de forma permanente ou transitória, fazem da rua sua moradia. Dentro deste grupo, há a subdivisão daqueles que mesmo possuindo endereço fixo, por condições adversas momentâneas, valem-se da via pública como moradia, e há aqueles os quais não possuem qualquer outra moradia e fazem do logradouro público seu endereço fixo. No entanto, tais cidadãos compartilham estigmas em comum: são marcados pela ótica da exclusão, seja pelo afastamento familiar, social ou pela exclusão do mercado de trabalho. A estigmatização sofrida dificulta o relacionamento com a própria sociedade ao entorno, bem como com o Estado (CARVALHO, 2021).

Em 2019, o Ministério da Cidadania apresentou o relatório *População em situação de rua no Brasil: o que os dados revelam?* Esse estudo chegou ao número de 31.922 adultos em situação de rua, sendo que 82% dessa população seria composta por homens e 53% se enquadrariam na faixa etária de 25 e 44 anos. É importante notar que, desse total, 67% das pessoas se declararam negras ou pardas, percentual maior que a média da população nacional em 2008, que era de 45% de pessoas negras.

Esse estudo foi realizado em 71 cidades brasileira, das quais 23 eram capitais e as outras 48 eram municípios com mais de 300 mil habitantes. Ao incluir nesse levantamento as capitais que realizaram estudos próprios, o número total seria de 45 mil pessoas em situação de rua (CORTIZO, 2019). Apesar disso, os números apurados no trabalho não demonstram totalmente a dimensão da realidade do quantitativo de pessoas em situa-

ção de rua no país, como é possível observar no mesmo relatório: “Nos últimos sete anos, a quantidade de famílias em situação de rua registradas no Cadastro Único aumentou mais de 16 vezes: de 7.368 famílias em agosto/2012 para 119.636 famílias em março/2019.” (CORTIZO, 2019, p. 9). Ou seja, como o estudo aponta que 98% das famílias em situação de rua são unipessoais, temos que, pelo menos, 119.636 pessoas estão em situação de rua no Brasil, considerando o Cadastro Único, o que, por sua vez, também não representa a totalidade de pessoas nesta situação.

A Prefeitura da cidade de São Paulo realizou em 2019 um novo censo da população de rua da cidade, no qual foram registradas 24.344 pessoas em situação de rua na cidade (SÃO PAULO, 2020). Este número representa, no contexto municipal, um crescimento de 179% entre os anos 2000 e 2019, sendo que o período de 2015 a 2019 representou um crescimento superior a 50%. O resultado dessa iniciativa está sendo amplamente questionado por organizações e pessoas que lidam diariamente com a população em questão, as quais acreditam que os números dessa contagem estejam subdimensionados. Apesar de ser questionado o subdimensionamento, observa-se que o contingente de pessoas em situação de rua nesse levantamento é enorme e que a taxa de crescimento tem sofrido aumento exponencial (CARVALHO, 2021).

2. DIREITO À MORADIA E O ESTADO DA ARTE NO BRASIL

Quando observamos a população em situação de rua, uma das carências que nos salta aos olhos se refere à ausência de uma moradia. Apesar de notadamente expresso no artigo 6º da Constituição Federal, no famoso rol dos direitos sociais, o direito à moradia encontra pouca concretização; apesar de alguns esforços empreendidos para atuar na questão, como o programa federal “minha casa, minha vida”, o problema persiste.

Destaca-se a essencialidade desse direito, uma vez que, além de garantir a própria habitação, é a chave para outros direitos, como a proteção familiar, o desenvolvimento pessoal, a saúde, a privacidade e intimidade, a educação, assistência aos desamparados, a segurança e a proteção à maternidade, à infância e aos idosos. Atualmente, esse direito recebe um novo conteúdo material, o direito à moradia adequada. Este conteúdo

estabelece aspectos de ordem objetiva, como em relação à salubridade da moradia, suas adequações mediante às necessidades de adaptações dos residentes e sua localização dentro da organização do espaço urbano (LUNARDI, 2016).

As pautas de direitos sociais debatidas nos séculos XIX e XX, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, ainda se encontram acesas e carecem de efetividade urgente. Em um mundo globalizado e tecnológico no qual surgem diversos novos desafios na seara dos direitos humanos, alguns desafios antigos persistem e se colocam como entrave para a satisfação da dignidade da pessoa humana e para o desenvolvimento sustentável. A permanência desses desafios, os quais consistem em severas violações de direitos humanos, como no caso dos direitos a alimentação, saúde e moradia, demonstra a correlação da não satisfação desses direitos com a estrutura política, jurídica e econômica da qual são frutos.

No contexto nacional, a efetividade do direito à moradia encontra obstáculo em questões como a aparente dicotomia entre o direito à propriedade privada e a função social da propriedade, além das discussões sobre uma ocupação mais democrática dos espaços das urbes. Outra questão a ser abordada é a disputa entre o predomínio do campo das políticas públicas e a judicialização dos direitos.

De acordo com estudos realizados pela Fundação João Pinheiro, o déficit de habitação para o ano de 2015 seria previsto em 6,355 milhões de domicílios, sendo que 87,7% do total se referia às áreas urbanas. O estudo ainda demonstrou o contraste entre o déficit de habitação e o número de imóveis vagos, visto que a estimativa de imóveis desocupados seria de 7,906 milhões, sendo 80,3% em áreas urbanas, o que demonstra que a questão não envolve necessariamente a construção de novas moradias.

Nesse contexto, Maricato (2019) aponta que no Brasil o acesso a moradia digna é exceção e a carência é quase uma regra, atingindo, em São Paulo, o patamar de 25% da população sem acesso a moradia formal. Em Manaus o índice chega a 80%. Diante disso, torna-se relevante traçar a relação entre o acesso à justiça pela população em situação de rua e as decisões envolvendo esse direito.

Portanto, evidencia-se, mais uma vez, a relevância da temática. Dessa forma, demonstrada a pertinência da temática, elegeu o Tribunal de Justiça de São Paula para as explorações de suas decisões. O Tribunal de

Justiça de São Paulo é o maior tribunal de justiça do mundo em número de processos, o total de casos que tramitam neste tribunal representou, em 2018, 26% de todos os processos em curso no país, portanto, isto credencia as análises de suas decisões como um espaço amostral minimamente significativo.

3. DIREITO À MORADIA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Por meio do estudo proposto, é possível avaliar o acesso à justiça pelas pessoas em situação de rua e traçar um perfil de decisões judiciais em segundo grau. Nesse sentido, é interessante notar que o acesso à justiça relativo a este grupo da população ocorre com predominância de casos envolvendo a esfera criminal. Através de utilização de palavras-chave na plataforma digital do tribunal, apurou-se a existência de 5.554 processos envolvendo pessoas em situação de rua no período de 2013 a 2020. Desse total, verificou-se apenas 532 processos de natureza não criminal. Logo, constatou-se uma média indicativa de que, do total de casos, apenas 9,5% não estão enquadrados na esfera criminal (CARVALHO, 2021).

Observou-se ainda que, no decorrer dos anos, houve uma tendência de aumento no número processos envolvendo pessoas em situação de rua. Entre 2013 e 2020, houve um crescimento de 141% no total. Já entre os processos não criminais observou-se um crescimento de 307%, mesmo que a relação máxima entre os processos totais e os não criminais não tenham ultrapassado o máximo de 12% ao ano pelo período analisado (CARVALHO, 2021). Apesar disso, observou-se uma baixa, porém crescente, porcentagem de processos envolvendo direitos sociais das pessoas em situação de rua.

Quando observada a questão da moradia, nota-se uma predominância por casos que buscam o recebimento de auxílio-aluguel e a inclusão em programa de moradias populares (CARVALHO, 2021). Do total de casos não criminais, 44% dos processos versam o direito à moradia e, dentro desse escopo, observou-se a procura por inclusão em programas de Aluguel Social, de “auxílio-aluguel” e de moradias populares. Ainda é possível observar existência dessas políticas, sobretudo em nível municipal, contudo, demandaria um força-tarefa destacada para apurar a qualida-

de das políticas desenvolvidas. O que fica evidenciado é que os programas existentes oferecem soluções em número inferior ao demandado, assim, estabelecem critérios restritivos, o que leva menos pessoas a cumprir os requisitos para a inscrição nos programas.

No caso do Aluguel Social ou fornecimento de bolsa-aluguel, as políticas públicas são estruturadas como medidas temporárias e são idealmente organizadas para funcionar em complementariedade com outras que assegurem esse direito de forma definitiva. A ausência dessa combinação leva os atendidos à situação de abandono após os prazos estabelecidos.

A utilização do Aluguel Social como estratégia temporária decorre da tradição de formulações de políticas públicas nacionais que enfocam o paradigma do direito à propriedade (sonho da casa própria) arraigado ao direito à moradia (SANTOS *et al.*, 2016). Essa ótica de optar pelo fornecimento de propriedades para assegurar o direito à moradia sofre críticas por favorecer a financeirização do direito. Os financiamentos, mesmo que subsidiados, contam com juros ainda altos e as parcelas para sua amortização consomem significativamente a renda dos atendidos, o que gera inadimplência e perda das casas. Dessa forma, a política de Aluguel Social de forma permanente poderia ser uma opção viável no âmbito das políticas públicas.

Apesar do pleito de concessão de Aluguel Social ser frequente nas ações analisadas, a concessão do auxílio é condicionada à existência de previsões infraconstitucionais próprias e à existência de políticas públicas, o que fortalece o argumento predominante nas decisões de negar os pedidos em face da não intervenção do Judiciário nas políticas públicas estabelecidas.

Apesar de não constar nas ementas das decisões analisadas, o seguinte trecho foi frequente na fundamentação das decisões: “[...] especialmente a prova inequívoca de falha nas políticas públicas previstas para efetivação do direito à moradia.”. Ou seja, a *ratio decidendi* desses casos parece contar com uma espécie de pré-requisito para que o Judiciário se julgue legitimado a intervir, qual seja, a “inequívoca falha nas políticas públicas do direito à moradia”. Contudo, esse conceito “inequívoca falha” é aberto, sem parâmetros objetivos para sua mensuração.

Assim, por exemplo, as políticas de auxílio-aluguel, as quais são dotadas do critério de temporariedade e contam com prazo determinado

para o recebimento do auxílio, deveriam cumprir a função de assegurar o direito à moradia até uma solução definitiva de habitação. Porém, o que se observa é que são frequentes os casos que buscam a permanência em programas de auxílio-aluguel para além do prazo determinado por não haver nenhuma solução definitiva de habitação.

Entretanto, nem mesmo nessas situações o tribunal se julga legítimo a intervir, mesmo restando clara a falha na estruturação dessas políticas. Ou seja, o tribunal paulista tende a não fazer qualquer controle sobre a suficiência quantitativa ou qualitativa das políticas de moradia, mesmo com casos demonstrando as falhas que podem impelir mais pessoas à condição de rua.

Traçando uma breve comparação entre questões envolvendo a judicialização de direitos sociais, ganham contornos diferentes a judicialização do direito à saúde e a judicialização do direito à moradia. Os casos envolvendo o acesso ao direito à saúde contam com autores de classe média e média alta e envolvem tratamentos e medicamentos de alto custo (VIERA, 2020). No tocante ao direito à moradia, os autores, em sua maioria, são pessoas em situação de maior vulnerabilidade social e econômica. Tem-se que a judicialização do direito à saúde é fenômeno complexo, o qual representa a possibilidade de o cidadão buscar o Judiciário para exigir o seu direito, e um desafio ao gestor público frente à limitação orçamentária.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), realizou uma pesquisa sobre a judicialização da saúde no Brasil, com a elaboração do relatório analítico intitulado *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução*. Por esse relatório, observa-se que, nos processos em trâmite pela justiça paulista de primeiro grau, o assunto mais frequente é relacionado ao fornecimento de medicamentos (cerca de 73,86% das demandas). Destaca-se que a questão da judicialização do direito à saúde contou com uma virada paradigmática entre as décadas de 1980 e 1990, a partir de demandas por medicações para o tratamento de pacientes com HIV. Desde então, a jurisprudência nacional se encaminhou no sentido de reconhecer a exigibilidade direta do direito à saúde, o que ainda não ocorreu com o direito à moradia.

O comando da exigibilidade voltado ao Judiciário pode desaguar em um ativismo judicial ou em um judicialização de políticas públicas, questão bastante debatida em diversos estudos. Contudo, não podemos ignorar toda a construção que leva as Constituições a assumirem uma primazia

normativa e política, muito menos o papel do Judiciário na guarda dessa primazia. No contexto brasileiro, observamos que a judicialização dos direitos sociais já é uma realidade e, quanto a isso, algumas questões importantes dever ser levantadas. O principal aspecto utilizado para justificar a recorrência ao Judiciário é a não existência de políticas públicas capazes de assegurar a concretização dos direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões analisadas indicam que o TJ/SP adota a argumentação de que o direito à moradia, apesar de positivado no ordenamento constitucional, não gera o condão para a judicialização individual do direito e considera que a via adequada para a consecução do direito à moradia se faz pelas políticas públicas a serem elaboradas pelo Executivo.

A argumentação no sentido de que a presença desse direito na Constituição conta com propósito programático, com a finalidade única de inspirar as políticas públicas, ganha força na corte paulista. Entende-se que não seria razoável que cada cidadão, mesmo aqueles em situação de rua, solicitassem ao Estado a concretização do direito à moradia individualmente.

Logo, observamos que, diferente dos contornos que ganha a argumentação jurídica sobre o direito à saúde no país, o direito à moradia ainda não conta com uma jurisprudência positiva no Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual reconheça a exigibilidade imediata e individual desse direito, de forma que impera argumentos jurídicos de que se trataria de cláusula programática e, prevalentemente, restrita à submissão da reserva do possível. Excepcionalmente, constatou-se uma relativização desses entendimentos em favor da proteção especial às crianças e aos idosos. Não se verificou que a situação de rua, isoladamente, seja considerada um fator que enseje a excepcionalidade. Logo, verifica-se que, com o afastamento da tutela jurisdicional, a sua concretização permanece totalmente ao alvitre do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 83-103, abr/jun 2005.

BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. B. M. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662019000301769&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 20 de jun 2020. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/37470.

BRASIL. Secretaria Nacional de Renda e Cidadania; Secretaria Nacional de Assistência Social; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado para População**. 2011. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes_centro_pop.pdf> Acesso em 29/09/2015.

CARVALHO, T.F.G. ACESSO À JUSTIÇA EM QUESTÕES DE DIREITOS SOCIAIS RELATIVOS À POPULAÇÃO DE RUA: Moradia, alimentação e saúde – O modelo brasileiro e o modelo português. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS), Franca. 141 f. 2021.

CASTRO, A. S. O Método Quantitativo na Pesquisa em Direito. *In*: MACHADO, M. R. (Org.). **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos, 2017. p. 39-82.

CIDADE DE SÃO PAULO. **Função social da propriedade**: parcelamento, edificação e utilização compulsórios em São Paulo. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2015. 28 p. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/20150901-peuc-baixa_1441305327.pdf>.

CNJ. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

CORTIZO, R. M. **População em situação de rua no Brasil**: o que os dados revelam? Brasília: Ministério de Cidadania, 2019.

CRÍTICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003. **no Brasil**: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça- IPEA. Brasil: 2020, p. 49.

LUNARDI, S. G.; DIMOULIS, D. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 237-267, set./dez. 2016. ISSN 2238-5177.

MACHADO, M. R. (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MARICATO, E. Os excluídos da cidade e a lei. **GGN: O jornal de todos os Brasis**, 2019. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br>>. Acesso em: 6 de jul. 2019

NATALINO, M. Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020). IPEA - Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10074/1/NT_73_Disoc_Estimativa%20da%20populacao%20em%20situacao%20de%20rua%20no%20Brasil.pdf.

QUALITEST INTELIGÊNCIA EM PESQUISA. **Pesquisa Censitária Da População Em Situação De Rua, Caracterização Socioeconômica Da População Em Situação De Rua E Relatório Temático De Identificação Das Necessidades Desta População Na Cidade De São Paulo**. 2019. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Produtos/Produto%209_SMADS_SP.pdf.

OS ENTREGADORES POR APLICATIVO: UM DIÁLOGO COM A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

*Kevin Alves Nazareth Gusmão*¹⁵¹

*Helberty Vinícios Coelho*¹⁵²

*Arthur Bridges Venturini*¹⁵³

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia, principalmente na área de desenvolvimentos de *smartphones*, resultou na busca incessante por inovações que tornem a vida da população mais confortável e prática. Nessa perspectiva, uma das principais novidades dessa área é no setor de aplicativos para celulares, especificamente falando, aplicativos de *delivery* como o *iFood*, *Rappi*, *Uber Eats*, dentre outros. Esses aplicativos oferecem um serviço acessível de entrega de comidas, em que é possível consultar uma lista de restaurantes próximos à sua localização e seus respectivos produtos. Porém, por se tratar de um tipo de trabalho relativamente novo, não há muitas normas que o regulamentem. Diante disso, surgiu um cenário no qual os entregadores de aplicativos trabalham de forma nociva, chegando a passar até

151 Acadêmico do Curso de Direito, da Universidade Vale do Rio Doce.

152 Mestre em Interdisciplinaridade, Advogado, Professor do Curso de Direito da Universidade Vale do Rio Doce, Contabilista.

153 Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde - FCH/FUMEC. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

12 horas por dia pelas ruas e em péssimas condições – por exemplo, sem pausa para almoço, descanso e higiene – para conseguirem, muitas vezes, um valor mensal menor que o de um salário-mínimo.

Assim, a presente pesquisa busca responder à seguinte pergunta: quais os caminhos para a proteção do trabalho dos entregadores por aplicativos? Este estudo trabalha com a hipótese de que, em um cenário de incertezas acerca da natureza jurídica do vínculo entre os entregadores por aplicativos e as empresas concedentes do serviço, mesmo quando não configurada a relação de emprego, exista regulamentação quanto a esse novo tipo de trabalho, de modo que tais trabalhadores, sob proteção legal, possam exercer seu labor de forma digna.

Dessa maneira, o objetivo geral do trabalho é verificar quais os caminhos para a proteção do trabalho dos entregadores por aplicativos, de forma que, identificando-os, é indubitável que esses entregadores se sentirão mais seguros para realizar seu labor, pois serão assistidos pelas garantias legais presentes principalmente na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho, em conformidade com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A importância do tema se justifica em razão do cenário atual, em que se vive uma pandemia causada pelo novo coronavírus, e na qual isolamento social comprovou ser parte fundamental para a contenção do vírus. Assim, houve um aumento no uso de aplicativos de *delivery*, o que, aliado ao número crescente de desempregados e autônomos no país, resultou no grande número de pessoas que buscam, por meio do serviço de entrega, uma renda para que possam sobreviver a esse período tão conturbado.

No tocante ao processo metodológico, este teve a natureza qualitativa e o método dedutivo, com procedimento consistente em pesquisa bibliográfica, com análise de legislação, doutrina, jurisprudência e artigos científicos. Ademais, realizou-se um levantamento de fontes secundárias veiculadas na imprensa virtual.

O presente trabalho está dividido em cinco partes, além desta introdução. A primeira seção conceitua os sujeitos do empregado e empregador, além de caracterizar o vínculo jurídico existente em uma relação de emprego. A segunda define o trabalho dos entregadores por aplicativos, bem como demonstra o contexto em que surgiu essa nova forma de trabalho. A terceira seção, por sua vez, demonstra a precarização do trabalho dos

entregadores por aplicativos. A quarta verifica a necessidade de criação de mecanismos de proteção ao trabalho dos entregadores por aplicativos. Por fim, as conclusões são feitas na quinta seção.

1. A RELAÇÃO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR E O VÍNCULO JURÍDICO

A coexistência social estabelece a criação de vínculos entre os sujeitos conviventes. Tais vínculos objetivam a satisfação de necessidades diversas, não necessariamente jurídicas. Entretanto, quando uma relação social específica está inserida numa estrutura normativa, diz-se existente uma relação jurídica (MARTINEZ, 2020). Nessa perspectiva, em função da importância social do fato da prestação do trabalho subordinado, há uma variedade de teorias que procuram explicar a natureza jurídica do vínculo existente entre os sujeitos da relação empregatícia (LEITE, 2019). Dessa forma, é de suma importância analisar a complexa relação existente nos vínculos laborais.

No tocante à relação de trabalho e relação de emprego, existem diferenças entre elas. Pode-se aludir que a relação de trabalho é um gênero que tem como uma de suas espécies a relação de emprego (GARCIA, 2019). Nesse sentido, o contrato pode compreender qualquer tipo de trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, dentre outros, porquanto o contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador (MARTINS, 2020).

Outra diferença é que na relação de emprego são observados todos os requisitos estabelecidos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Em contrapartida, quando ausente algum desses requisitos, pode-se considerar uma relação de trabalho.

Delgado leciona acerca da relação de trabalho (2019, p. 335):

[...] a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem personalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de

emprego (ou, se se quiser, um contrato de emprego). (DELGADO, 2019, p. 335)

Quanto à relação de emprego, estabelece a CLT, em seu artigo 3º: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” (BRASIL, 1943). Observa-se que pode ser extraído desse artigo alguns elementos para que seja estabelecido o vínculo empregatício. São eles: pessoa física; pessoalidade; habitualidade; onerosidade; e subordinação.

Por pessoa física, tem-se que a prestação de serviços é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural) com seu empregador. Logo, os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade física e psíquica, segurança, igualdade em sentido substancial, bem-estar, lazer, dentre outros) importam à pessoa física, não podendo, em grande parte, ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural (DELGADO, 2019).

Por outro lado, a pessoalidade é o elemento essencial para a configuração da relação de emprego pela pessoa natural, que tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. Assim, a relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá se fazer substituir por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços anteriormente pactuados (DELGADO, 2019). De outra forma, o contrato de trabalho exige uma prestação de serviço de forma habitual, constante e regular, ou seja, não eventual, levando-se em consideração um espaço de tempo ou uma tarefa a ser cumprida. Dessa forma, o trabalho eventual, esporádico, a princípio, não tipifica uma relação de emprego. Em geral, o critério da não eventualidade é extraído a partir da identificação do trabalho realizado pelo trabalhador e a atividade econômica desenvolvida pela empresa (LEITE, 2019).

Por sua vez, a onerosidade significa que os serviços são prestados com o objetivo de receber a remuneração, não se tratando, assim, de trabalho gratuito. Nesse sentido, o empregado trabalha com o fim de receber salário, sendo esse seu principal objetivo ao firmar o pacto laboral (GARCIA, 2019). Sendo assim, o trabalho gratuito não é objetivo de contrato de emprego, nem de proteção do direito trabalhista (CARRION, 2020).

Por fim, a subordinação consiste na situação jurídica oriunda do contrato de trabalho, pela qual o empregado se compromete a atender o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços (DELGADO, 2019). É evidenciada na medida em que o tomador dos serviços determina o tempo e o modo de efetivação daquilo que foi contratado. Percebe-se, também, que a determinação do tempo e do modo de execução dos serviços contratados coloca o tomador na condição de pós-pagador. Nesse sentido, os contratos caracterizados pela subordinação geralmente são pós-pagos (MARTINEZ, 2020).

Esclarecidas as diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego, definindo os elementos que a compõem, evidencia-se a presença de dois sujeitos imprescindíveis à formação desse vínculo: o empregador e o empregado. O que importa é a relação jurídica existente entre o empregado e o empregador, para efeito de aplicação do direito do trabalho (LEITE, 2019). Desse modo, é de suma importância defini-los juridicamente.

A CLT, em seu artigo 2º, estabelece dois tipos de empregadores: o empregador típico e o empregador por equiparação:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. (BRASIL, 1943).

Martins (2020) esclarece que, apesar de a CLT dispor que o empregador é a empresa, existem aqueles que a consideram sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável ao sujeito de direito. Sendo assim, a figura do empregador deveria ser pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Dessa forma, não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços no mercado, mas que não tem como objetivo o lucro, a exemplo das associações, as entidades de beneficência etc.

De forma objetiva, pode-se dizer que empregador é toda pessoa jurídica, pessoa natural ou ente despersonalizado que contrate empregado, sustentando relação jurídica com este. Em outras palavras, todo ente que utiliza de empregados para realizar seu objetivo social (GARCIA, 2019).

Quanto à figura do empregador por equiparação, na realidade, não existe equiparação, pois se as pessoas mencionadas no parágrafo tiverem empregados, serão consideradas empregadores (MARTINS, 2020). Nesse contexto, mesmo definindo-se o empregador como empresa, é importante salientar a possibilidade de existir empregador que não apresenta os elementos da empresa, sem exercer atividade econômica, ou que não tenha atividade com fins lucrativos, mas que, mesmo assim, precisa contratar empregado (GARCIA, 2019).

Em suma, empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica, admite e dirige a prestação de serviço pessoal. Por sua vez, o empregado pode ser considerado, em sentido amplo, como sujeito prestador do trabalho, aquele que pessoalmente e sem auxílio de terceiros, despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso (MARTINEZ, 2020).

Diante dessas características, pode-se concluir que o conceito de empregado é aquele definido no artigo 3º da CLT, sendo este toda pessoa física que presta serviços de natureza habitual ao empregador, sob dependência deste e mediante salário.

2. OS ENTREGADORES POR APLICATIVOS

Na segunda década do século XXI, o avanço da tecnologia, principalmente na área de desenvolvimentos da internet, *smartphones*, aplicativos e plataformas virtuais, resultou na busca incessante por inovações que tornem a vida das pessoas mais cômodas e dinâmicas. Nesse contexto, o ambiente virtual amparado pela internet proporcionou um novo tipo de trabalho, o *crowdwork*. Essa modalidade se refere ao tipo de trabalho em que a função que seria normalmente desempenhada por um único trabalhador se torna descentralizada, podendo ser realizada, por meio de convocatória, por um grupo amplo de pessoas, de forma que cada uma se

responsabilize por uma parte reduzida da tarefa (FRANCO; FERRAZ, 2019 apud HOWE, 2006).

Uma das principais novidades que essa nova modalidade de trabalho proporcionou engloba o setor de aplicativos para *smartphones*, especificamente falando, aplicativos de entregas como iFood, Rappi, Uber Eats, e outros. Estes oferecem um serviço acessível de entrega de comidas, que possibilita que o usuário consulte uma lista de restaurantes próximos a sua localização e seus respectivos produtos, podendo fazer o pedido e o pagamento por meio da própria plataforma e, em seguida, seu produto será enviado no conforto de sua residência.

Nesse cenário, em que os recursos informáticos, somados à flexibilidade decorrente da desregulamentação, tendem a tornar o trabalho mais informal (TAVARES, 2002), surge uma nova categoria de trabalhadores: os entregadores por aplicativos. O trabalho deles funciona da seguinte maneira: é necessário que os usuários façam o *download* do aplicativo de entregas em seu *smartphone*, se cadastrem na plataforma e, após seu cadastro, devem ficar *on-line* aguardando o momento em que sejam solicitados para uma entrega, sendo a aceitação desta facultativa.

Tais trabalhadores, que são em uma primeira análise independentes e autônomos, são responsáveis por fornecerem seu próprio instrumento de trabalho (*smartphones*, motocicletas, bicicletas, carros e outros) para realizar as entregas, contrariamente ao modelo tradicional, em que o empregador é quem os fornece e tem responsabilidade sobre quaisquer possíveis danos suportados por esses instrumentos.

Outra característica marcante desse trabalho é a ideia de flexibilidade e liberdade propagadas pelas empresas que fornecem esse serviço, que faz com que os trabalhadores sejam atraídos a utilizarem a plataforma, a princípio, de maneira esporádica, valendo-se dela como um complemento de renda, exercendo esse labor em suas horas vagas.

Analisando as características desse tipo de trabalho, presume-se que se trata de um trabalho informal, pois é perceptível que várias dessas características diferem do modelo tradicional de emprego, cujo serviço é prestado para um empregador, que determina seu horário e salário na forma da lei, existindo assim, o vínculo empregatício. O que é natural, considerando que na medida em que o aumento da produtividade e a falta de regulamentação das relações de trabalho, juntamente com a crescente de-

manda de empregos, fazem com que o trabalho formal, estável, em tempo integral e socialmente protegido, tenda a ser uma categoria do passado (TAVARES, 2002).

No que tange ao posicionamento dos tribunais a respeito dessa nova forma de trabalho, há vários tribunais que se posicionaram no sentido de que existe o vínculo entre o entregador e a empresa dona da plataforma. A exemplo disso, o juízo da 22ª Vara Trabalhista de Brasília-DF decidiu:

Aliás, a situação dos motociclistas prestadores de serviços em entregas rápidas, tais como a gerenciada pela segunda ré (IFOOD), já é conhecida desta Justiça Especializada. Do mesmo modo ocorre em situação análoga, delineada pela doutrina e jurisprudência como processo de “Uberização” das relações laborais, definidor de um novo padrão de organização do trabalho a partir dos avanços da tecnologia [...]

Dessa forma, evidente a presença dos pressupostos fático-jurídicos caracterizadores do vínculo empregatício entre as partes, previstos no arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação jurídica. (BRASIL, 2019).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem o entendimento de que não existe esse vínculo nas relações entre trabalhadores e a empresa proprietária da plataforma. Como é demonstrado no caso do aplicativo de transporte Uber:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. **RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA**. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.

3. As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (*sharing economy*), em que a prestação de serviços por detentores de

veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. (BRASIL, 2019. grifo nosso).

Há de ressaltar ainda, que existe julgado específico do iFood no Tribunal Superior do Trabalho (TST), em que se discutia a possibilidade ou não do reconhecimento do vínculo trabalhista, em que parte do relatório aduz que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. RITO SUMARÍSSIMO. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. Da leitura da sentença, cujos fundamentos foram adotados pelo Tribunal Regional do Trabalho, observa-se que houve manifestação explícita sobre os elementos fático-jurídicos da relação de emprego. Segundo consta da decisão, o reclamante prestava serviços com pessoalidade, subordinação jurídica, não eventualidade e onerosidade, havendo a exposição dos fatos que levaram o órgão julgador a tal conclusão. No que concerne às testemunhas, há detida fundamentação acerca da valoração dos seus depoimentos. A sentença também analisou especificamente os argumentos relativos à tese subsidiária de justa causa, bem como explicitou fundamentação acerca do pedido de adicional de periculosidade. Assim, não há omissão na decisão regional, nem está caracterizada a hipótese de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, havendo, sim, prestação jurisdicional contrária aos interesses da parte, cuja preliminar arguida demonstra o intuito claro de rediscutir matéria fática já enfrentada pelo Tribunal. Incólume o art. 93, IX, da CF. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (BRASIL, 2019).

Diante desse cenário, infere-se que ainda não há um entendimento consolidado que possa ser adotado por todos os tribunais, fato esse que corrobora as decisões acima citadas. Isso se deve tanto ao fato de se tratar

de uma problemática relativamente nova do ponto de vista jurídico, quanto por ser extremamente delicada e complexa.

3. A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOS ENTREGADORES POR APLICATIVOS

Os entregadores por aplicativos, que como vistos anteriormente, podem ser caracterizados como trabalhadores informais; geralmente são atraídos à plataforma pela ideia de flexibilidade e liberdade, aliada à autonomia que essas empresas supostamente oferecem. Entretanto, é necessário analisar o real cenário e as condições em que esses entregadores se encontram.

Em uma primeira análise, essa ideia de flexibilidade pode ser atrativa para quem já possui uma renda fixa e busca apenas complementá-la utilizando-se da plataforma esporadicamente, como um “bico”. Porém, deve ser levado em consideração que a expansão de tal serviço, ao atingir seu grau máximo, pode acarretar um cenário em que essas atividades deixem de ser “bicos” esporádicos e autodeterminados e passam a ser a principal fonte de renda de uma quantidade enorme de trabalhadores – estes, sem a menor proteção jurídica (FRANCO; FERRAZ, 2019).

Em um cenário em que há redução de empregos, ou até de atividades produtivas que não garantem remuneração satisfatória, a venda da força de trabalho via aplicativos deve ser considerada não apenas como uma opção do trabalhador, mas resultado do contexto socioeconômico que condiciona essas opções (FRANCO; FERRAZ, 2019).

No estado de São Paulo, por exemplo, em 2019, os entregadores que utilizavam bicicletas para fazer as entregas chegavam a trabalhar mais de 12 horas por dia, para ganhar, em média, R\$ 936,00 mensais, sendo que o salário-mínimo vigente à época era de R\$ 1.163,55 (PERFIL, 2019). Levando em consideração que esse valor é inferior ao salário-mínimo vigente, e que, além disso, esses entregadores não possuem a segurança jurídica de um trabalhador formal, fica evidente a uberização do trabalho, termo utilizado para compreender os modos de ser do trabalho que se expande nas plataformas digitais, onde as relações de trabalho são cada vez mais individualizadas e invisibilizadas, de modo a assumir a aparência de prestação de serviços (FILGUEIRAS; ANTUNES, 2020).

Além disso, essa liberdade propagada pelas plataformas também há de ser questionada. A ideia de liberdade e flexibilidade (trabalhar quando e onde quiser) constitui, na realidade, a transferência dos riscos inerentes do serviço ao trabalhador, tendo em vista que essa liberdade significa a ausência de salário garantido e o incremento de custos fixos que se convertem em responsabilidade aos mesmos (FILGUEIRAS; ANTUNES 2020).

Contrariando essa ideia de liberdade, as plataformas impõem certos limites para controlar os entregadores. Nesse sentido, Filgueiras e Antunes (2020), ao analisarem os termos de uso, autos de infração, processos judiciais, entrevistas realizadas e mensagens de celulares analisadas, chegaram à conclusão de que essas plataformas possuem um claro receituário que executam reiteradamente:

- i. determinam quem pode trabalhar;
- ii. delimitam o que será feito, seja uma entrega, um deslocamento, uma tradução, uma limpeza;
- iii. definem que trabalhador realizará cada serviço e não permitem a captação de clientes;
- iv. delimitam como as atividades serão efetuadas; determinam o prazo para a execução do serviço;
- v. estabelecem de modo unilateral os valores a serem recebidos;
- vi. determinam como os trabalhadores devem se comunicar com suas gerências;
- vii. pressionam os trabalhadores a serem assíduos e não negarem serviços demandados;
- viii. pressionam os trabalhadores a ficar mais tempo à disposição, através de incentivos;
- ix. usam o bloqueio para ameaçar os trabalhadores, o que implica deixá-los sem poder exercer suas atividades por tempo determinado; e
- x. utilizam a possibilidade de dispensa a qualquer tempo e sem necessidade de justificativa, sem qualquer espécie de aviso prévio.

Esse controle e subordinação se tornam ainda mais claros pela transferência dos riscos inerentes à atividade para os trabalhadores, o que inclui a responsabilidade pelos custos, como a aquisição de carros, motocicletas, celulares, computadores, bem como sua manutenção (FILGUEIRAS; ANTUNES, 2020). Nessa perspectiva, essa forma de “controle implícito” por parte das empresas donas das plataformas para com os empregadores se enquadra devidamente na crítica de Bauman, pois em seus ensinamentos:

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeitos sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma maneira vendável. [...] A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias [...] (BAUMAN, 2008, p. 20).

Sendo assim, ao analisar as características do trabalho da modernidade baumaniana, é cada vez mais evidente que, para que as pessoas se tornem consumidoras, primeiro elas têm que se transformar em mercadorias, no sentido de vender sua força de trabalho. Mais do que nunca, vive-se um momento em que a precarização do trabalho se torna cada vez mais enraizada nas relações laborativas.

4. A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DOS ENTREGADORES POR APLICATIVOS

Diante de um cenário de incertezas jurídicas, em que a relação de trabalho entre os entregadores por aplicativos e as plataformas digitais se tornam mais complexas, na medida em que, apesar de presentes alguns (se não todos) elementos do vínculo empregatício nessa relação, as empresas responsáveis buscam se eximir de quaisquer responsabilidades, demonstra-se necessária uma reflexão acerca de possibilidade de criação de novos mecanismos de proteção ao trabalho desses entregadores.

A situação em que se encontram os entregadores por aplicativo dentro do ordenamento jurídico brasileiro é bastante complexa, visto que os tribunais, como demonstrado, proferem sentenças ora reconhecendo o vínculo empregatício, ora contrariamente, pois a interpretação dos requisitos para a caracterização do vínculo ainda é bastante diversa. Além disso, vive-se um momento em que a ideia de que o direito do trabalho gera desemprego impregnou o discurso em geral, contaminando o debate acerca da regulamentação de aplicativos e plataformas, essencialmente pela condição em que os trabalhadores dessas empresas se encontram. Ademais, o discurso sobre a natureza do trabalho nas plataformas digitais tem papel importante no enfraquecimento do direito do trabalho (FILGUEIRAS; ANTUNES, 2020). A problemática se torna ainda mais complexa ao levar em consideração que, no Brasil, ao menos pela lei, essa questão é binária: o trabalhador ou é autônomo ou é empregado, e esse enquadramento que definirá se ele possui direitos trabalhistas ou não (SILVEIRA, 2021).

Entretanto, é importante ressaltar que, na existência de um ambiente desregulado de trabalho, as intervenções estatais são necessárias para garantir mínimas condições de trabalho e de proteção social (MIRANDA; GOMES, 2020). A ausência dessas condições resulta no aumento considerável de demandas na Justiça do Trabalho pleiteando o reconhecimento de vínculo empregatício, como foi demonstrado por meio das decisões dos tribunais.

Diante disso, deve-se considerar que a defesa do direito do trabalho e da possibilidade do direito fundamental ao trabalho digno passa pelo resgate do sujeito de direitos trabalhistas, bem como por sua constante reconstrução (DUTRA; SEPÚLVEDA, 2020). Surge então a necessidade de conciliar as características das novas formas de trabalho com os direitos trabalhistas adquiridos ao longo do tempo, tendo em vista que o objetivo não é obstaculizar o trabalho dos entregadores, mas garantir que estes consigam exercer suas atividades de maneira digna e protegida. Para isso, é necessário que o uso ético e político das inovações digitais preserve as premissas construídas pelo direito social e constitucional, centrado na proteção à pessoa e na sua dignidade, independentemente das relações laborais celebradas (DUTRA; SEPÚLVEDA, 2020).

Nessa conjuntura, como opção de solução a essa problemática, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.603/2021, que alteraria a CLT para

definir como “intermitente o contrato de trabalho entre prestadores de serviços e empresas intermediadoras no transporte de pessoas ou entrega de mercadorias, com o uso de instrumentos ou aplicativos eletrônicos ou informatizados” (FREITAS, 2021). Essa definição garantiria aos entregadores por aplicativos direito a férias proporcionais, décimo terceiro salário, ao repouso semanal, além de outros adicionais legais.

Em outra perspectiva, se por um lado, a preocupação brasileira cresce diante da precarização do trabalho humano, por outro, resta a dúvida se toda a população deve ser moldada entre empregados e empregadores e ainda, se a liberdade e autonomia, ainda que questionáveis, inerentes ao trabalho dos entregadores por aplicativos, deve diferenciá-los do restante dos trabalhadores empregados (SILVEIRA, 2021).

Nesse contexto, no acórdão referente à Ação Declaratória de Constitucionalidade 48, o Ministro Roberto Barroso aponta que “as normas constitucionais de proteção ao trabalho não impõem que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio da relação de emprego” (BRASIL, 2020); entretanto, é importante inferir que qualquer tipo de trabalho faz jus a proteção proporcionalmente à dependência existente na relação (ALMEIDA; MARISCAL, 2021).

Diante disso, é perceptível que se prender aos moldes e às características de um vínculo empregatício tradicional para definir essa nova relação não é o método mais eficiente para lidar com essa problemática, devido às diversas controvérsias que rodeiam esse tema. Portanto, é de suma importância refletir sobre a possibilidade de criação de uma nova regulamentação específica ou, ao menos, uma forma de enquadrar os entregadores por aplicativos em relações de trabalho protegidas por lei. O direito a um trabalho digno, protegido e devidamente regulamentado é o mínimo que pode assegurar aos trabalhadores enquanto sujeitos de direito, garantindo sua dignidade (CARVALHO; PEREIRA; SOBRINHO, 2020).

CONCLUSÃO

A pergunta central que direcionou a presente pesquisa foi: quais os caminhos para a proteção ao trabalho dos entregadores por aplicativos? Nesse sentido, em um primeiro momento, foram definidos os conceitos

de empregado e empregador, sujeitos essenciais para que seja configurado o vínculo empregatício. Para que esse vínculo seja concebido, são necessários alguns requisitos, estes retirados da CLT, tais são pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

Além disso, foram analisadas as características do trabalho dos entregadores por aplicativos, esse sendo descrito como *crowdwork*, que é uma função que normalmente seria desempenhada por uma pessoa se torna descentralizada, podendo ser exercida por vários trabalhadores. Ademais, pelas características inerentes a esse novo tipo de labor, presumiu-se que se trata de um trabalho informal, pois tal forma não se enquadra nos aspectos do vínculo de emprego tradicional, definido em lei.

Como foi demonstrado, mesmo possuindo características diversas, existem decisões dos tribunais no sentido de reconhecerem o vínculo empregatício entre os entregadores e as empresas. Por outro lado, também há decisões em que tal vínculo não foi reconhecido. Nesse sentido, verificou-se que não há um entendimento consolidado que possa ser utilizado por todos os tribunais acerca do tema. Isso se deve por se tratar de um tema relativamente novo e complexo.

Ainda, restou demonstrada no presente trabalho a existência da precarização do trabalho dos entregadores por aplicativos, também chamada de uberização. Nesse sentido, foi tema de reflexão a ideia liberdade e flexibilidade propagada pelas empresas, tendo em vista que os entregadores são implicitamente controlados por essas plataformas, que definem a forma de trabalho, o horário e para quem trabalham. Além disso, nesse tipo de trabalho as empresas transferem os riscos inerentes ao trabalho para os entregadores, na forma em que não possuem salário fixo e todo o ônus do labor é direcionado para si.

Por fim, foi apontado que a relação jurídica do trabalho dos entregadores é repleta de incógnitas, mas existem formas de regulamentar e proteger esse novo ofício. A exemplo disso foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.603/2021, cujo objetivo é caracterizar o trabalho dos entregadores por aplicativos como trabalho intermitente, garantindo direito a férias proporcionais, décimo terceiro salário, repouso semanal, além de outros adicionais legais.

Diante do exposto, é coerente inferir pela pesquisa apresentada, que a maneira mais eficiente de proteger o trabalho desses entregadores é que as

inovações digitais preservem as premissas construídas pelo direito social e constitucional. Além disso, entende-se que se prender às características de um vínculo empregatício tradicional para definir a relação existente nessa nova forma de trabalho não é a maneira mais astuta de lidar com a questão, mas sim refletir sobre a possibilidade da criação de uma regulamentação específica ao tema ou, ao menos, uma forma de enquadrar os entregadores por aplicativos em uma relação de trabalho protegida por lei.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Cabral de; MARISCAL, Valéria Gerber. A regulamentação do trabalho autônomo dependente no Brasil e o direito fundamental ao trabalho digno. **Revista Trabalhista: Direito e Processo N. 63: Justiça do Trabalho e Proteção Social: Contemporaneidade e Futuro**, v. 63, p. 88, 2021. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=EoUiEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA88&dq=regulamenta%C3%A7%C3%A3o+ao+trabalho+dos+entregadores&ots=QHaLy83BiT&sig=TUN2R-XHr-eFu9RNYOdBGdr_9G7k#v=onepage&q=regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20ao%20trabalho%20dos%20entregadores-&f=false>. Acesso em: 29 abr. 2021.
- BAUMANT, Zygmunt. **Vidas para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editora, 2008.
- BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito Negativo de Competência 164.544/MG**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 04/09/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900799520&dt_publicacao=04/09/2019>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48 MC/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Data

de Julgamento: 15/04/2020, DJE 19/04/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343120733&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (10ª Região). **Sentença - Processo nº 0001108- 67.2018.5.10.0022**. 22ª Vara do Trabalho de Brasília. Reclamante: Jorge da Silva Passos. Reclamadas: Jesus Leandro Oliveira Lucas; IFOOD.com Agencia de Restaurante Online S/A. Juíza do Trabalho: Natalia Queiroz Cabral Rodrigues. Brasília, 24 de julho de 2019. Disponível em: <<https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00011086720185100022>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST – **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: 3669020175080003**, Relator: Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 20/02/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/02/2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/679331331/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-3669020175080003/inteiro-teor-679331351>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CARRION, Valentin. **CLT – Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**. 44ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Felipe Santos Estrela de; PEREIRA, Sullivan dos Santos; SOBRINHO, Gabriela Sepúlveda. # BrequeDosApps e a organização coletiva dos entregadores por aplicativo no Brasil. **Revista Jurídica Trabalho E Desenvolvimento Humano**, v. 3, 2020. Disponível em: <<http://www.revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/85>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 18ª edição. São Paulo: Editora LTR, 2019.

DUTRA, Renata Queiroz; SEPÚLVEDA, Gabriela. O TRABALHO NOS APLICATIVOS DE

ENTREGA DE MERCADORIAS: a desconstrução do sujeito de direitos trabalhistas. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3,

p. 1230-1252, 2020. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/494>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo. **Revista Contracampo**, v. 39, n. 1, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FRANCO, David Silva; FERRAZ, Deise Luiza da Silva. Uberização do trabalho e acumulação capitalista. **Cadernos EBAPE. BR**, v. 17, n. SPE, p. 844-856, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/cebape/v17nspe/1679-3951-cebape-17-spe-844.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

FREITAS, Rose de. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 1603, de 2021**. Acrescenta art. 452-B à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pela Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Para definir como intermitente os contratos firmados entre empregados e empresas que se utilizam de aplicativos ou instrumentos eletrônicos ou informatizados para intermediação de serviços de transporte de pessoas ou entrega de mercadorias e dá outras providências.) Brasil, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8960532&ts=1620675078637&dispositio_n=inli-ne>. Acesso em: 18 mai. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 14ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**, 11ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Jus, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**, 11ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Jus, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**, 36ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2020.

MIRANDA, Gleyce Kelly de. **INFORMALIDADE E CRISE SOCIAL NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE O TRABALHO DIGITAL**

PRECARIZADO. **Revista de Economia Regional, Urbana e do Trabalho**, v. 9, n. 2, p. 40 - 68, 5 fev. 2021. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/rerut/article/view/23071>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

PERFIL dos Entregadores Ciclistas de Aplicativo. **Aliança Bike**, Entregadores Ciclistas de Aplicativos, São Paulo. 2019. Disponível em <<https://aliancabike.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Apresentac%CC%A7a%CC%83o-entregadores.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SILVEIRA, Carolina Monteiro de Castro. A Covid-19 e a intensificação do debate acerca das condições de trabalho dos entregadores de aplicativos. **Revista Trabalhista: Direito e Processo: Justiça do Trabalho e Proteção Social: Contemporaneidade e Futuro**, v. 63, p. 59, 2021. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=EoUiEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA59&dq=regulamenta%C3%A7%C3%A3o+ao+trabalho+dos+entregadores&ots=QHaLy83BiT&sig=N_DvMn85ZORjWKEgTw3LB-gH4V3T4#v=onepage&q=regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20ao%20trabalho%20dos%20entregadores&f=false>. Acesso em: 29 abr. 2021.

TAVARES, Maria Augusta. Trabalho informal: os fios (in)visíveis da produção capitalista. **Revista Outubro**, n. 7. 2002. Disponível em: <<https://img.fae.edu/galeria/getImage/1/361633460249798.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2021

RESUMOS

A DECISÃO DO STF NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIS) 6586 E 6587, COMO MECANISMO DE COMBATE AO NEGACIONISMO E A REVOLTA DA VACINA NO SÉCULO XXI

*Gabriel dos Santos Rocha da Costa Godinho Gomes de Carvalho*¹⁵⁴

INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus (SARS-CoV-2), levou a óbito mais de 428 mil pessoas no Brasil, neste cenário catastrófico, até então o único meio eficaz de combate ao vírus é a vacinação em massa da população. Assim, a vacina em cada cidadão passou de uma escolha individualizada para uma questão de saúde pública coletiva.

Nesta linha, de acordo com a mais recente pesquisa divulgada pelo *Datafolha* em 21 de março de 2021, 84% dos brasileiros adultos pretendem se vacinar e 5% já estão vacinados, sendo este o número recorde

154 Pós-graduando de Direito Constitucional Aplicado na Faculdade Legale, graduando do Curso de História Formação Pedagógica na Universidade Estácio de Sá e graduando de Ciências Contábeis no Unifeso.

alcançado até então. Porém, o que motiva os 11% da população que não deseja se vacinar?

Tal negacionismo contra aquele que é o único meio cientificamente eficaz contra a disseminação do coronavírus faz remeter ao início do século XX, quando o médico Oswaldo Cruz impôs a vacinação obrigatória contra a varíola, uma vez que a doença provocou número de vítimas jamais visto antes em qualquer outra doença no Brasil. Contra a vacinação imposta por Oswaldo Cruz, revoltaram-se as camadas mais pobres da população, políticos e militares de oposição. Enquanto na atual onda negacionista são justamente os governistas e sua base de apoio os quais por muito tempo propagaram a suposta ineficácia da vacina e a utilização de outras técnicas de combate ao vírus, como por exemplo, o tratamento precoce à base de hidroxicloroquina.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente trabalho buscou analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, à luz da Constituição e doutrina vigentes no país. Pretende ainda demonstrar a importância do julgamento das ações como forma de combate ao negacionismo no Brasil, pois, após a decisão da Suprema Corte, os índices de brasileiros que pretendem tomar a vacina começou a subir e o discurso do próprio presidente da República foi mudando.

METODOLOGIA

A metodologia usada neste resumo pode ser definida como qualitativa, uma vez que objetiva produzir uma maior noção sobre os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em tornar obrigatória a vacinação contra o vírus causador da covid-19 em relação à postura negacionista e à “Revolta da Vacina do século XXI”.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O STF, ao reconhecer a parcial procedência das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, III,

d, da Lei 13.979/2020, delimitou que a vacinação contra o vírus (SARS-CoV-2) é compulsória, porém, não pode ser realizada de maneira forçada de modo que venha a suprimir as garantias individuais. Assim, a Suprema Corte evita que esta importante campanha de vacinação tenha sua imagem vinculada à campanha proposta por Oswaldo Cruz no início do século XX, onde, para combater o vírus causador da varíola, era possível os inspetores da saúde pública invadirem a casa da população para aplicação da vacina.

Porém, a não aplicação forçada da vacina não quer dizer ausência de sanções para aqueles que não quiserem se vacinar, neste sentido, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal fez com que prevalecesse o interesse da coletividade sobre o interesse individual, uma vez que a vacinação de toda a população é a única forma realmente eficaz de trazer o Brasil de volta à normalidade.

Apesar da postura negacionista do presidente Jair Messias Bolsonaro, é inegável a responsabilidade deste, como chefe do Executivo, para com a proteção da saúde pública e na gestão de calamidades no país, conforme se preconiza na primeira parte do artigo 21, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988. Assim, a decisão proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade estudadas neste artigo passou a ser um marco na mudança comportamental de Jair Bolsonaro e seus apoiadores, que viram seu negacionismo ser condenado pela Suprema Corte que determinou como sanção a proibição da prática de certas atividades ou de frequentar lugares, desde que previsto em lei. Tal decisão não apresenta nenhuma inovação jurídica, uma vez que, a título de exemplo, já é exigido no país para matrícula em creches municipais que a carteira de vacinação dos alunos esteja em dia ou então, para que se realize viagens para determinados lugares, que se tome a vacina da febre amarela.

Logo, em tempos tão difíceis como os atuais, é sempre importante lembrar o que está previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

CONCLUSÕES

De todo o exposto no presente resumo, em concomitância com o material estudado para elaboração do mesmo, conclui-se que a decisão

proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, foram de extrema importância para a redução da onda negacionista em que o país vivia.

Assim, em que pese na última pesquisa do *Datafolha*, o número de adultos que pretendem se imunizar não ser 100%, caso a Suprema Corte não tivesse decidido pela compulsoriedade da vacinação, seria ainda pior, uma vez que muito provavelmente o chefe do Poder Executivo nacional, seus ministros e apoiadores continuariam a adotar discursos radicais contra a vacinação, tentando propagar o medo e afetando diretamente a saúde da população, transformando esse período na “Revolta da Vacina do século XXI”, o que, em relação à Revolta da Vacina de Oswaldo Cruz, teria um agravante, que é o fato de aqueles que se revoltam na atual conjuntura serem exatamente os responsáveis por determinarem o caminho da saúde pública no país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988

BRASIL, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 6586**. RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI; REQTE.(S) :PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA; ADV.(A/S) :WALBER DE MOURA AGRA; INTDO.(A/S) :PRESIDENTE DA REPÚBLICA; PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO; INTDO.(A/S) :CONGRESSO NACIONAL; PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2021

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2020.

PICCINA, Guilherme Krahebuhl Silveira Fontes. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020

ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À DESCRIMINALIZAÇÃO, PELO STF, DO ABORTO ATÉ A 12ª SEMANA

*Flávia Emanuele Fagundes Rocha*¹⁵⁵

INTRODUÇÃO

Foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), através da ADPF 442, a possibilidade de descriminalizar o aborto de fetos, mesmo que sem nenhuma anomalia, até a 12ª semana, através da declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, afirmando que a criminalização do aborto desrespeita preceitos fundamentais relacionados à dignidade da mulher.

Tal arguição de Preceito Fundamental foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal, tendo este a jurisdição de interpretar o caso concreto. Dessa forma, esta discussão buscará analisar tal possibilidade da decisão do STF frente à descriminalização do aborto até a 12ª semana, uma vez que, como se sabe, apenas os legisladores têm o condão de criar leis, bem como revogá-las. Diante deste fato, o presente trabalho consiste em discurrir sobre uma possível conduta ativista advinda do STJ, quando tem a possibilidade de se posicionar como legislador positivo, de modo a modificar uma lei, especificamente, neste caso em tela, que se trata de decisão que afeta diretamente os direitos fundamentais do nascituro, todos estes devidamente protegidos pelo Código Civil de 2002.

155 Acadêmica em Direito pelo Centro Universitário – UniFG, em Guanambi, BA, Brasil.

O referido tema é de suma importância para os juristas, pois aguça o senso crítico destes no que concerne à atuação do Judiciário frente ao que é de competência dos demais poderes. No âmbito social, tal discussão, que será construída sob uma linguagem de fácil acesso, possibilitará que toda uma sociedade, caso tenha questionamentos advindos do agir das cortes superiores brasileiras, se depare com um trabalho esclarecedor, o qual explicará de forma clara a possível presença do ativismo judicial no âmbito das decisões do STF, especificamente, referente à legalização do aborto até a 12ª semana. E por fim, no âmbito científico, mostra-se a possibilidade da correlação entre o fenômeno do ativismo e as decisões tomadas pelas cortes superiores, as quais afetam diretamente toda uma sociedade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O referencial teórico para esta pesquisa foi constituído por autores que analisam e discutem como surgiu o ativismo judicial, a visão negativa sobre ele, e qual seria seu significado conforme esta visão negativa. Ademais, será utilizado também autores que falam do ativismo judicial no Brasil e como ele pode ser praticado pelo STF, especificamente, através de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Nessa perspectiva, a contribuição de autores como Clarissa Tassinari, Luís Roberto Barroso, Lênio Streck e André Karam Trindadi são de extrema importância para o desenrolar desta discussão, pois eles trazem, com êxito, resultados de estudos acerca do ativismo judicial.

Inicialmente, há de se falar na contribuição feita por Clarissa Tassinari (TASSINARI, 2010), no que concerne ao surgimento do ativismo. Conforme a autora, a noção de ativismo judicial e a preocupação como surgimento de um governo de juízes surgiu nos Estados Unidos, em razão do sistema jurídico adotado lá, o tão conhecido *common law* e o *judicial review*.

Ademais, dando continuidade à mesma linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso afirma que as origens do ativismo retomam à jurisprudência norte-americana. Segundo ele, o marco se deu na década de 1950, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren, bem como nos primeiros anos da Corte Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, as quais envolviam negros acusados em

processos criminais e mulheres, como também o direito à privacidade e interrupção da gestação (BARROSO, 2012).

O ministro Barroso, além de contribuir com o quesito histórico do ativismo, também aplicou um conceito ao termo, qual seja, “o ativismo judicial é uma atitude” que acontece, normalmente, quando o Poder Legislativo se encontra em situação de retratação, sendo esta baseada numa escolha, numa forma de interpretar e aplicar a Constituição Federal nos casos concretos (BARROSO, 2012).

Mas, atualmente, os principais doutrinadores que visam conceituar e aguçar o senso crítico dos leitores para o fato da existência do ativismo judicial são Lênio Streck e André Karan Trindade. Dessa forma, Streck argumenta e critica sobre a liberdade do Judiciário: “Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma *fairness* (Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais.” (STRECK, 2015).

Já Trindade afirma que “[...] ativismo judicial envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, o que resulta inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual.” (TRINDADE, 2016).

Diante disso, no âmbito da ADPF como instrumento do ativismo judicial, o ministro Barroso também contribui, dispondo que as lacunas existentes ao conceituar o que seria preceito fundamental, transfere ao STF um amplo campo de atuação via construção jurisprudencial. Nesse contexto, há prevalência da corrente que idealiza o papel do STF ao julgar ADPF, como forma de exercer o ativismo judicial por permitir exclusivamente a ele a função de moldar o julgamento da forma que cumpra as suas funções jurisdicionais, ainda que não haja previsão legal clara de como resolver o caso (BARROSO, 2012).

Ademais, o autor Fernandes se refere às decisões do STF, em sua crítica, como manipuladas, e alerta a necessidade de observação aos limites

e parâmetros utilizados pelo STF ao proferir decisões, a fim de evitar um “puro decisionismo e arbítrio judicial”, o que seria extremamente “deletório à democracia, ao equilíbrio entre os poderes e à governança.” (FERNANDES, 2018).

METODOLOGIA

A presente discussão foi desenvolvida sobre o questionamento da existência do ativismo judicial quando o STF decide, através de uma ADPF, sobre matéria legislativa, especificamente, sobre direitos fundamentais do nascituro, como consta o caso em tela. Tal pesquisa é qualitativa, tendo como principais referências os doutrinadores Clarissa Tassinari, Luís Roberto Barroso, Lênio Streck e André Karam Trindade. Esta se deu pela realização de pesquisa bibliográfica, composta por doutrinas, artigos, estudo de jurisprudências, do Código Penal, do Código Civil e da Constituição Federal. Todas essas bibliografias foram lidas, interpretadas, correlacionadas e devidamente aplicadas ao tema abordado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O resultado esperado através da construção do trabalho proposto, é o aumento do conhecimento dos juristas, como também o desenvolvimento do senso crítico frente à existência do ativismo judicial no Brasil. Isso, pois, ele permite uma vasta possibilidade do Judiciário em aplicar interpretações infundadas aos casos concretos, e isso pode ser imensuravelmente prejudicial, uma vez que trazendo ao caso exposto em questão, através da ADPF 442, o STF ficou possibilitado de decidir sobre o direito à vida advinda do nascituro, bem como pôde interferir, como legislador positivo, na competência do legislativo, o que gera um grande perigo à democracia recepcionada e defendida pela Constituição Federal Brasileira.

CONCLUSÕES

É perceptível a não imposição de limite à competência do Supremo Tribunal Federal ao normatizar esse tipo de matéria, podendo utilizar técnicas decisórias não demonstradas e infundamentadas para “suprir” o

que se chama de omissão constitucional, ou interpretá-las “conforme” a Constituição.

Vê-se que, a partir do momento em que o STF acrescenta a descriminalização do aborto até a 12^a semana, estaria dando uma sentença aditiva e não apenas interpretando o que a CF admite perante a lei. Trata-se de um estado de omissão constitucional, o qual permite que o STF assumo o papel de legislador positivo.

Porém, vale salientar que o termo “interpretação conforme a Constituição” é inconsistente juridicamente. Neste ínterim, Ademar Borges dispõe que, nas decisões aditivas, o STF constitui origem a uma norma, invadindo as atribuições pertencentes ao Poder Legislativo, muitas vezes justificada pela “interpretação constitucional”. Sendo assim, é possível destacar a presença do ativismo judicial, quando o STF faz jus a tamanho encargo, podendo invadir o âmbito dos demais poderes, tendo ainda a possibilidade de decidir sobre os direitos fundamentais de uma vida saudável em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BORGES Ademar. **O STF pode atuar como legislador positivo?**

Disponível em: Acesso em: 18 nov. 2019.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O controle de constitucionalidade de no direito brasileiro**. 7.ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro – possibilidades, limites e parâmetros**. Salvador: Juspodivm, 2018.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação. São Leopoldo, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: as experiências norte americana, alemã e brasileira.** Revista da Faculdade de Direito (UFPR), v. 53, p. 57-84, 2011.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Ativismo Judicial na déblacê do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise.** Revista Eletrônica do curso de Direito (UFSM), v. 11, n° 2/2016.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES COMUNS CONEXOS AOS ELEITORAIS: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NO INQ. 4.435/DF?

*Marcus Vinícius Nogueira Rebouças*¹⁵⁶

INTRODUÇÃO

No dia 14 de março de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, por seis votos acinco, o 4º AgRg no INQ. 4.435/DF e consolidou o entendimento no sentido de que a Justiça Eleitoral é competente para processar e julgar crimes comuns conexos aos eleitorais. A presente pesquisa tem por objetivo analisar o aspecto jurídico de fundo e não as circunstâncias fáticas do caso tratado no inquérito mencionado. No que se refere à fundamentação jurídica, a maioria dos ministros fixaram seu entendimento na interpretação sistemática do artigo 109, IV, da CF/88, do artigo 76 do CPP, e do artigo 35, II, do CE. Para dar efetividade à decisão, o TSE determinou que os Tribunais Regionais Eleitorais podem especializar Zonas Eleitorais para esse encargo. Justifica-se a presente pesquisa pela relevância e atualidade do tema, haja vista que os tribunais ainda

156 Advogado, mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela UNIFOR.

vêm se adequado à decisão do STF. O trabalho se enquadra no Grupo de Trabalho – GT 2 (Direito Público), pois aborda temáticas que se encontram dentro do eixo de Direito Público, como Direito Eleitoral, Constitucional e Processo Penal.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A título de contextualização, Gomes (2019) entende que o STF acertou ao atribuir competência à Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns conexos aos eleitorais, pois toda matéria eleitoral deve ser tratada no âmbito da Justiça Eleitoral, inclusive, quando há imputação fática e específica na peça acusatória de que um crime comum foi praticado em conexão ao eleitoral.

Na contramão, a parte vencida da Corte sustentou que essa atribuição não encontra amparo na CF/88, e que o artigo 121 disciplina qual lei complementar vai dispor sobre a organização da Justiça Eleitoral. Porém, esta espécie normativa não foi elaborada, de modo que o Código Eleitoral de 1965 foi recepcionado, parcialmente, com *status* de lei complementar pela ordem constitucional de 1988. Diante dessa ausência de lei complementar específica, Fischer (2019) defende que fica mais nítida a problemática de entregar essa competência à Justiça Eleitoral.

Além disso, para essa corrente, a Justiça Eleitoral não estaria aparelhada para lidar com essas demandas, já que crimes como lavagem de capitais são da alçada da Justiça Federal Comum. Ao amparar essa posição, Badaró (2020) argumenta a disjunção dos processos, até mesmo para evitar desvirtuamento da competência, eminentemente, administrativa da Justiça Eleitoral.

METODOLOGIA

Quanto ao tipo:

Bibliográfica e documental: por meio da leitura de livros e artigos especializados, de legislação e jurisprudência nacional, que abordem o tema em análise de forma direta ou indireta.

Quanto à utilização dos resultados:

Pura: à medida que terá como fim a ampliação dos conhecimentos acerca da temática e de seus desdobramentos científicos e jurídicos.

Quanto à abordagem:

Qualitativa: de modo a enfatizar a compreensão e a interpretação do tema, atribuindo significado aos dados jurisprudentes e normativos coletados.

Quanto aos objetivos:

Descritiva: haja vista ser o desiderato do trabalho que se pretende desenvolver, descrever, analisar, classificar e interpretar os fatos relativos à temática apresentada

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ante o exposto, questiona-se a constitucionalidade da decisão proferida pelo Supremo diante dos questionamentos suscitados. Nessa perspectiva, indaga-se se a leitura sistemática das prescrições do Código Eleitoral e do Código de Processo Penal, que atribuem competência à Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns conexos aos eleitorais, poderiam “falar” mais que o texto constitucional. A Constituição Federal de 1988 não delimitou o tema, mas, ao tratar da Justiça Eleitoral, cristalizou uma Justiça Especial que tem por escopo o zelo pelo procedimento eleitoral, desde alistamento.

Soma-se a isto o fato de a Justiça Eleitoral não possuir um quadro próprio de Magistratura, de forma que funciona com juízes emprestados e temporários e que, muitas vezes, não estão familiarizados com a temática e ficam sobrecarregados com tantas demandas. Assim, apesar de o instituto da conexão ser garantir um processo mais célere, é indispensável que se verifique a efetividade da decisão. Será que a Justiça Eleitoral teria as mesmas condições que a Justiça Federal Comum para o processo e julgamento, por exemplo, de um crime de lavagem de capitais? Levantamentos como este justificam a teratologia da decisão do STF, que não analisou a efetividade na prestação jurisdicional e vislumbrou a celeridade na resposta ao jurisdicionado.

CONCLUSÕES

Considera-se que houve um equívoco por parte do Supremo Tribunal Federal quando decidiu pela competência da Justiça Eleitoral para

processar e julgar crimes comuns conexos aos eleitorais, haja vista que a Justiça Eleitoral não tem essa competência definida e sua função primordial é cuidar do procedimento eleitoral. Ademais, apesar de ser uma Justiça célere e séria, a Justiça Eleitoral não está preparada, estrutural e funcionalmente, para lidar com essa responsabilidade. Nesse diapasão, a decisão está em descompasso com a leitura hermenêutica da Constituição no que tange à repartição de competências constitucionais, sendo, dessa forma, inconstitucional atribuir essa competência dual à Justiça Eleitoral.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **INQ no 4435**, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julgamento em 14.03.2019. Brasília: STF, 2019.

FISCHER, Douglas. **Crimes eleitorais e os eventualmente conexos diante do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4a Região n. 12, 2019.

GOMES, José Jairo. **Competência criminal e crime comum conexo com eleitoral**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/16/competencia-criminal-e-crime-comum-conexo-com-eleitoral/>. Acesso em 21 de fev. 2021.

UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL DA LEI Nº. 11.340/2006

*Carlos Fabricio Sustakowski*¹⁵⁷

INTRODUÇÃO

É conspícuo as discriminações e direitos negados os quais o sexo feminino vivenciou nos diversos tempos que marcam a história brasileira; viu-se, no sistema colonial, um patriarcalismo enraizado, o qual ainda é vivenciado em nossa realidade, visto que há pouco tempo vigorava um Código Civil em que se propagava o homem como chefe da sociedade conjugal. Não basta políticas públicas por parte do Estado quando o mesmo, através de outras normas, reproduz discriminações.

Não obstante, quando aparecem medidas que visam dar a real igualdade material às mulheres, surge o algoz daqueles que buscam se manter superiores às mesmas, sob alegação de violar o princípio da isonomia; isonomia é cláusula pétrea, é *arché*, ou pelo menos deveria.

Não seria inconstitucionalidade dar maiores doses de proteção àqueles que durante anos foram vilipendiados e ainda o são; através dessas ações afirmativas é que se busca dar a igualdade material às minorias, e essa igualdade é deve prevalecer, mesmo se formalmente agir desigualdade; a igualdade deve estar na ação de igualar aqueles tratados por questões culturais estereotipadas de forma desigual; quando a lei, ao pregar a igualdade formal, não consegue êxito em tal quesito, surgem as ações afirmativas para suprir tal questão.

157 Acadêmico do 3º semestre do curso de graduação em Direito do Centro de Ensino Superior CESUL; membro do Grupo de Estudos em Conciliação e Mediação da mesma Instituição.

É glorificante ver textos lindos os quais pautam sobre a igualdade, como se apregoa nos artigos 3º e 5º da atual Carta Magna, por exemplo. Porém, de nada adianta a teoria se não há mecanismos para pô-la em prática. A partir disso é que surge a Lei 11.340/2006, a qual busca alavancar a igualdade material, mesmo que tal norma não apresente grande eficácia; assim, dar-se-á motivos de constitucionalidade frente aos vários algozes que ainda doutrinam por sua inconstitucionalidade.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Não é possível negar o passado discriminatório ofertado às mulheres, onde se evidencia o pensamento de Del Priore (*apud* VIGANO; LAFFIN, 2019) de que independentemente de como for a forma como as culturas estão organizadas, sempre será possível afirmar a hierarquização que existe entre masculino e feminino.

Diante disso, torna-se indispensável tratar os indivíduos de acordo com suas especificidades, principalmente as minorias, sendo que aos mesmos deve-se dar uma proteção especial e particular — as denominadas ações afirmativas —, as quais surgem com o pressuposto de garantir a igualdade formal (aquela que decorre da lei) e a material (decorrente do ideal de justiça), isto é, a igualdade de fato, a qual insere e inclui os mais vulneráveis ao alcance da justiça e lhes assegura o direito à diferença, além de remediar o passado histórico excludente e evitar um retrocesso social ao descaso; assim, que a diferença usada para aniquilar direitos agora seja usada para promovê-los (PIOVESAN, 2005).

Desta forma, faz-se uma analogia ao pensamento da referida autora: se o gênero foi o critério para excluir as mulheres, que hoje sejam utilizados ao revés, como critério para incluí-las.

Partindo para o debate de sua constitucionalidade ou não, a própria Constituição admite que os grupos minoritários sejam tratados de forma diferente, visando amortecer desigualdades, pois mesmo diante de ações afirmativas as mulheres ainda são carecidas de seu real acesso à justiça. Tanto que evidencia Kelsen (*apud* ALEIXO; SARTORI, 2010): impor e conferir deveres e direitos iguais a todos os indivíduos, sem distingui-los, seria um mero absurdo.

Outrora, aprecia-se a questão levantada por Lenio Streck (2011), determinando que a atual Lei Maior considera lícito, tanto que autoriza o

uso de discriminações positivas para que de forma desigual iguale aquele que sempre foi tratado de forma desigual, de forma que a interpretação da Lei 11.340/2006 deve partir deste pressuposto.

Assim, apresentada as questões doutrinárias pertinentes, tem-se por fim o julgado da ADC 19 por parte do STF que, por unanimidade, julgou procedente; e, assim, conferiu caráter de constitucionalidade à referida lei.

Tal qual demonstra o voto do Sr. ministro Gilmar Mendes, esclarecendo que o princípio da isonomia, em certos casos, demanda um dever de ação por parte do legislador quanto à proteção de pessoas submetidas a uma relação de fragilidade maior frente ao quadro social ou político; partindo disso, esse tratamento privilegiado deve ser legitimado e considerado constitucional. Sendo esse o caso das mulheres, de estarem submetidas à vulnerabilidade frente a conjuntura social atual.

Por fim, através desses motivos, Streck (2011) aponta que não deve haver qualquer traço de inconstitucionalidade pelo simples fato de a lei ser dirigida à proteção das mulheres; ao contrário, haveria uma omissão constitucional caso houvesse o veto do referido diploma legal.

Tanto que já estava omissa inconstitucionalmente antes da edição da lei, ao passo que, conforme o voto do eminente ministro Relator Marco Aurélio na ADC 19, em âmbito internacional a Lei Maria da Penha está em consonância com a obrigação contraída pelo Estado brasileiro, de inserir na legislação interna as normas essenciais para atenuar os casos de violência contra a mulher.

Ainda retrata que a lei deriva do princípio de que a proteção dos direitos fundamentais não deve ser insuficiente, cabendo ao Estado adotar os meios pertinentes para que os preceitos elencados na atual Lei Maior sejam concretizados, isto é, efetivados. De modo a conferir maior gravidade político-jurídica à abstenção do Estado em promover a igualdade de gênero e se omitir nessa sua obrigação, descumprindo assim o objetivo outorgado na Carta da República.

METODOLOGIA

Mediante o uso da pesquisa bibliográfica como metodologia, partiu-se do método histórico-dialético para realizar uma análise das raízes que motivaram o surgimento da Lei 11.340/2006, bem como, de forma

dialética, apresentar e dialogar acerca das questões que pautam por sua inconstitucionalidade.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Frente aos fundamentos teóricos levantados, parte-se do pressuposto da constitucionalidade da referida lei, haja vista surgir como instrumento pelo qual se busca igualar as mulheres aos homens, frente ao seu passado histórico marcado por discriminações e tratadas na forma desigual à qual eram submetidas.

De forma que não se pode admitir, em tal atualidade, discursos que disseminam caráter diferente, haja vista apenas buscar dar um marco de paridade entre homens e mulheres, pois se o homem tem o direito de viver longe de qualquer agressão, a mulher também o deve possuir; e mais ainda quando pela mesma lei não o conseguem, assim necessitando de ações afirmativas para que o alcancem e, por este motivo, de simplesmente estarem buscando seus reais direitos, os quais são muitas vezes negados, não se pode ser alvo de estarem violando os preceitos e princípios de igualdade.

CONCLUSÕES

Isto posto, os discursos que pautam sobre a inconstitucionalidade da lei, *data venia*, são meras questões ultrapassadas, distintas da característica evolucionária da sociedade, isto é, não tem o menor cabimento lógico.

Deve-se sempre tornar o Direito mais justo possível, dando vez aqueles que muitas vezes são calados, como é a questão do sexo feminino que por muitos anos foram silenciadas, negligenciadas e violentadas — e ainda são —, julgando a lei como inconstitucional, estaria provocando um retrocesso e afirmando que a atual Constituição seria meramente inconstitucional, ao passo que com a inconstitucionalidade da Lei 11.340/2006, os artigos 3º e 5º da Constituição Federal de 1988 não fariam sentido algum.

O Estado Democrático de Direito deve almejar ser o mais democrático possível, prevalecendo a igualdade material como fonte de acesso à justiça, elevando o *status* da Lei Maria da Penha como instrumento de atenuar as discriminações suportadas pelo sexo feminino, que ainda suportam, por vivenciarem uma sociedade nascida da escravidão que se en-

contra enraizada em preconceitos, estereótipos, discriminações e aversões ao diferente.

A luta pelos direitos daqueles que carecem, as minorias, deve ser incumbência de todos, principalmente daqueles que se encontram mais próximos dos institutos correspondentes; já vivenciou-se uma Ditadura Militar na história do Brasil, não busquemos querer instaurar uma ditadura machista. Pois todas e quaisquer formas de ditaduras se baseiam no retrocesso e no desejo de buscar se sobressair sobre as demais classes.

Vale concluir que é princípio vetor os direitos considerados fundamentais ao ser humano, como fundamentais, é condição precípua que os juristas, legisladores e aplicadores da lei se fundamentem conforme tal, não afastando os princípios naturais e, sobretudo, garantindo que a dignidade de todos seja respeitada.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Bruna Massaferrero; SARTORI, Marcelo Vanzella. A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha à Luz do Princípio da Igualdade. *In: **Universitas***. Disponível em: <https://www.revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/66> . Acesso em: 30/05/2021.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *In: **SciELO***. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz-9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/?lang=pt> . Acesso em: 30/05/2021.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no Contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. *In: CAMPOS, Carmem Hein de (org.). **Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19**, 2014.

VIGANO, Samira de Moraes Maia; LAFFIN, Maria Hermínia Lage Fernandes. Mulheres, políticas públicas e combate à violência de gênero. *In: **SciELO***. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/Sy6nh8b-jBhKTxpTgGmLhbtL/?lang=pt> . Acesso em: 30/05/2021.

CENTROS DE REFERÊNCIA EM SAÚDE DO TRABALHADOR: SUA LEGITIMAÇÃO JURÍDICA

*Claudia Lima Monteiro*¹⁵⁸

INTRODUÇÃO

A Saúde do Trabalhador no Brasil surgiu na década de 80, respaldada pela democracia e pela atuação dos movimentos sociais, sindicatos e movimento pela reforma sanitária. Até então destacava-se a Saúde Ocupacional, amparada em um modelo focado nos aspectos biológicos e assistenciais, com centralidade no atendimento médico. Nesse sentido, a Saúde do Trabalhador diferencia-se do modelo anterior, ao propor ações mais amplas de intervenção nos processos de trabalho, com percepção sobre as dimensões sociais, individuais, econômicas, técnicas e políticas envolvidas no processo de saúde e doença dos/as trabalhadores/as. Trata-se, portanto, de uma profunda mudança de perspectiva técnica e política, respaldada por marcos regulatórios na área da saúde do trabalhador.

158 Doutora, mestre e graduada em Serviço Social.

OBJETIVO

Este artigo propõe-se a elencar as legislações iniciais que legitimaram a criação dos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerests) no Brasil.

DESENVOLVIMENTO

A primeira diretriz jurídica está na Constituição de 1988, que define a saúde como dever do Estado e direito do cidadão e elenca o trabalho como um elemento a ser considerado no processo de saúde e doença da população. Nessa direção, a Lei Federal 8080/90 especifica a necessidade de realização de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde dos/as trabalhadores/as. A Rede Nacional de Saúde do Trabalhador (RENAST), criada pela Portaria 1679, de 19.09.2002, com o intuito de articular as ações em saúde do trabalhador no país, legitimou a criação de Cerests. Estes equipamentos são responsáveis por oferecer retaguarda técnica e científica aos demais equipamentos de saúde do país, além de atuarem nas áreas de assistência, vigilância, informação e notificação em saúde do trabalhador. De acordo com relatório da Rede Nacional de Saúde do Trabalhador (BRASIL, 2016), no ano de 2015 existiam 208 Cerests habilitados no Brasil.

CONCLUSÕES

Os Cerests são equipamentos que atuam na prevenção, promoção, assistência, notificação vigilância e reabilitação em saúde do trabalhador. O respaldo jurídico para a sua criação e efetivação de suas ações é fundamental, considerando tratar-se de uma área permeada por conflitos e interesses contraditórios, ou seja, pela centralidade do histórico conflito entre capital e trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. *Lei 8080*, de 19.9.1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 1679*, de 19.09.2002. Dispõe sobre a estruturação da rede nacional de atenção integral à saúde do trabalhador no SUS e dá outras providências.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Relatório da Renast 2016*. Brasília, DF. 2016.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE POR MEIO DA DEFENSORIA PÚBLICA

*Francisco Alves da Cunha Horta Filho*¹⁵⁹

INTRODUÇÃO

A pesquisa tratada neste resumo aborda o movimento de democratização do controle de constitucionalidade, notadamente, através da ampliação do rol de legitimados para propor as ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal que foi promovida pela atual Constituição Federal da República, e, o aprofundamento deste cenário a partir da inclusão do Defensor Público Geral da União para que possa, igualmente, provocar a avaliação de compatibilidade vertical de um ato normativo com a Lei Maior.

O tema ganha destaque, principalmente, pelo fato de que tramita junto ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição, a PEC 61/2017, que pretende ampliar o Artigo 103 da Constituição Federal da República para que dele faça constar o Defensor Público Geral Federal.

159 Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (2006)

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Ribeiro (2002, p. 221), ao abordar a relação umbilical de um regime democrático com o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, destaca que a atual ordem jurídica teve como principal mérito neste ponto ampliar o rol de legitimados para o controle abstrato:

Tal conformação atravessou os textos de 1967 e 1969 para manter-se no texto da Carta promulgada em outubro de 1988, sendo de se notar a grande ampliação do rol dos legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade pelo artigo 103 da Constituição vigente, o que tem acarretado um enorme aumento da incidência de ações dessa natureza.

Quanto maior for o viés democrático de um estado mais eficiente será o meio a disposição para o controle de constitucionalidade.

A Defensoria Pública surgiu entre nós com a opção de modelo institucionalizado de assistência jurídica às pessoas que se ajustassem ao conceito legal de hipossuficiente. No acesso à justiça optou-se pelo *salaried staff*, reconhecidamente o modelo de mais sucesso na experiência mundial.

Ocorre que a Defensoria Pública, hodiernamente, não se limita à essencial tarefa de orientar juridicamente aquelas pessoas que não tenham condições econômicas de arcar com o pagamento dos honorários de um advogado sem o prejuízo do sustento próprio. Desde meados dos anos 2000 a instituição experimenta uma remodelação que a alçou a uma posição de enorme destaque em comparação com as demais instituições que compõem o sistema de justiça. Inicialmente, a Emenda Constitucional nº 45/2005, consagrou a autonomia financeira e administrativa da Defensoria Pública no Artigo 134, §2º da Lei Maior. A Lei nº 11.448/2007 conferiu legitimidade ativa à instituição para o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa de interesses transindividuais. Por fim, apenas para tratar as alterações legislativas mais destacadas, a Emenda Constitucional nº 80/2014, traz o órgão estatal de assistência jurídica como instrumento do regime democrático.

Neste cenário, não se justifica a omissão do Defensor Público Geral Federal, à semelhança do que se dá no Ministério Público, no rol de le-

gitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade.

Ainda mais quando se cogita que a Defensoria Pública é aquela instituição do sistema de justiça que mais se aproxima da população, dada a sua própria essência, a inclusão do Defensor Público Geral Federal no rol de legitimados para a provocação direta do Supremo Tribunal Federal para se pronunciar acerca da constitucionalidade de um ato normativo é um imperativo de democratização desta atividade indispensável para o Estado Democrático de Direito.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa exploratória, com base bibliográfica e documental, a partir da análise das obras dedicadas ao tema, bem como, dos documentos normativos vigentes e históricos, os quais permitem vislumbrar a trajetória do controle abstrato de constitucionalidade, como a ampliação dos legitimados ativos para as ações diretas reflete o ambiente mais democrático do País e, ainda, a nova posição da Defensoria Pública no sistema de justiça.

A técnica de coleta de dados empregada na pesquisa é a de documentação indireta para permitir uma análise qualitativa.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A discussão central da pesquisa é o reconhecimento da necessidade de incluir a Defensoria Pública, por meio do chefe institucional do órgão federal, como um ator do controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos normativos, notadamente, quando se leva em consideração que a amplitude de legitimados para provocar o tribunal que exerce a função de Corte Constitucional é evidência de um regime democrático.

CONCLUSÕES

Da pesquisa conclui-se que a democratização do controle de constitucionalidade, em especial na modalidade abstrata, gera a ampliação do rol de atores sociais legitimados a provocar a Corte Constitucional,

o que, na experiência constitucional brasileira, fica comprovado quando investiga-se os textos constitucionais de períodos marcadamente autoritários e se faz um confronto com o atual texto, cujo artigo 103 da Constituição Federal da República prevê, até mesmo, membros da sociedade civil organizada.

A Defensoria Pública assume, nos dias de hoje, posição de inegável protagonismo no sistema de justiça, inclusive, tendo sido alçada como instrumento do regime democrático, vocacionada para a defesa de interesses transindividuais e dos Direitos Humanos. Neste sentido, a ausência do Defensor Público Geral Federal como legitimado para o controle abstrato de constitucionalidade revela-se como um erro que deve ser sanado.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- ESTEVES, Diogo, SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012

O DIREITO SISTÊMICO E A TRANSFORMAÇÃO DOS CONFLITOS COMO EFETIVAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

Lilian Cristina Pinheiro Goto ¹⁶⁰

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende abordar o direito sistêmico como mecanismo transformador dos conflitos e garantidor de acesso à justiça. O conflito é um fenômeno decorrente das relações humanas, nasce da vida em sociedade e deve ser entendido como uma oportunidade para o crescimento de si e do outro no campo social. A pós-modernidade fez com que as demandas judiciais se multiplicassem, exigindo uma reestruturação processual garantidora de acesso à justiça (CAPPELETTI; GARTH, 1988). Neste sentido o Direito Sistêmico pode ser um excelente mecanismo para transformação dos conflitos e para o acesso efetivo à justiça, com soluções mais adequadas no seu tratamento por meio da consciência coletiva de dever individual, em prol de uma cultura de paz e de mudança social.

160 Discente do Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Dâmasio Eduacional, Pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Unyleya, Pós-graduanda em Direitos Humanos pela IESLA e Pós-graduanda em Psicologia Jurídica pela Faculdade Metropolitana, servidora do Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR e Mediadora.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil verificou-se que houve um maior incentivo na aplicação de novos meios de resolução de controvérsias, rumo a uma cultura de paz. O artigo 166 do CPC deu enfoque aos mecanismos extrajudiciais, contra a excessiva judicialização de demandas e ante a morosidade da prestação jurisdicional, estimulando a mediação e demais métodos de solução consensual de conflitos no artigo 3º, parágrafo 3º, possibilitando a realização da audiência antes da resposta do réu (CAMBI, 2018). Por outro lado, em que pese a necessidade de utilização deste meio específico de solução de litígios e sua recepção na nova processualística, há ainda, no Brasil, uma cultura de litígio, uma resistência às mudanças tanto por parte da sociedade civil, quanto por parte dos próprios operadores do Direito. Ada Pellegrini Grinover (2016), afirmou que a mediação integra um processo cooperativo atento as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes, que se comprometem com uma solução. Nesse sentido o Direito Sistêmico apresenta um método pioneiro de transformação da justiça por meio das denominadas constelações familiares. As constelações sistêmicas foram primeiramente abordadas pelo psicoterapeuta, teólogo e filósofo alemão, Bert Hellinger, no intuito de desmistificar a moral tradicional que divide as pessoas entre boas e más, o que as leva a sentimentos compulsivos de culpa, sacrifício e expiação. Hellinger propõe como princípio de toda raça humana, a aceitação das pessoas tais como elas são, sem julgamentos, pois em sua concepção todos estão a serviço de um poder superior e que, conhecida esta verdade, por meio dos movimentos da alma, é possível se chegar à reconciliação para encontrar a paz, ela começaria em nossa consciência (HELLINGER, 2020). Discípulo de Hellinger, o jurista brasileiro Sami Storch estudou esta abordagem fenomenológica nas ordens que regem os relacionamentos humanos. Na posição de juiz, Storch inovou ao introduzir novas dinâmicas nas audiências realizadas, oficializando a expressão Direito Sistêmico no ano de 2010. Segundo Storch, a possibilidade de inserção das ordens sistêmicas no Direito deu-lhe posição de tranquilidade em entender-se somente como juiz do processo, apenas como uma peça de um sistema muito maior, eximindo-se de culpa, posto que as partes que devem ser as responsáveis pelos próprios atos, devendo arcar com as consequências de suas escolhas. O Direito sistêmico pressupõe um campo sistêmico

(local onde se realizam as constelações), a figura do constelador (quem pratica a constelação) e a figura do constelado (com quem se pratica a constelação). Para tornar-se um constelador é preciso passar por um treinamento, para que seja possível saber observar e respeitar cada campo sob a percepção fenomenológica. O treinamento inclui leitura corporal, meditação e exercícios de conexão com o campo. E assim, pessoas que de um modo geral perderam a capacidade de superar suas adversidades, conseguem reconectar-se e resolver de forma amigável ou negociada suas desavenças, transformando os conflitos.

METODOLOGIA

Para a pesquisa foi utilizado o método lógico-dedutivo, combinado com pesquisa bibliográfica em obras, leis e artigos relacionados ao tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

As pessoas que, de um modo geral, perderam a capacidade de superar suas adversidades conseguem, por meio das constelações, reconectar-se. É de forma amigável ou negociada que suas desavenças são transformadas. Essa nova perspectiva de autodeterminação das escolhas nos conflitos, oportunizam o crescimento e atendem às necessidades e aspirações da sociedade, o que representa efetividade de acesso à justiça e diminuição nos índices de reingresso ao judiciário. Por meio da análise fenomenológica dos conflitos sociais pautadas na concepção Hellingeriana e utilizando-se das técnicas de resolução de conflitos já aplicadas ao sistema de justiça multiportas, pretende-se destacar a importância desta nova técnica criativa, dinâmica e sensível às necessidades humanas, às quais reafirmam a transformação dos conflitos na perspectiva de John Paul Lederach (2012), para quem o conflito é uma oportunidade para crescer e aumentar a compreensão sobre si mesmo, os outros e a estrutura social.

CONCLUSÕES

Da análise do tema exposto deduz-se que essa nova perspectiva de autodeterminação das escolhas transformam os conflitos, atendendo às necessidades e aspirações da sociedade, representando efetividade de aces-

so à justiça e diminuição nos índices de reingresso ao judiciário. Por meio da análise fenomenológica dos conflitos sociais, pautadas na concepção hellingeriana, e utilizando-se das técnicas de resolução de conflitos já aplicadas ao sistema de justiça multiportas, é possível transformar os conflitos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 13.105, março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 21 de maio de 2021.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Almedina, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016, p. 15-36, 2016.
- HELLINGER, Bert. Conflito e Paz. 6ª ed. 2020. São Paulo: Cultrix. 2020.
- LEDERACH, John Paul. Transformação de Conflitos. 3ª ed. 2020. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- STORCH, Sami. MIGLIARI, Daniela. A Origem do Direito Sistêmico: pioneiro do movimento de transformação da Justiça com as Constelações Familiares. Brasília, DF: 2020.

BASES HISTÓRICAS E PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DA MEDIAÇÃO: A AUTOCOMPOSIÇÃO E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

*Lilian Cristina Pinheiro Goto*¹⁶¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar, à luz do Código de Processo Civil, as bases históricas e os pressupostos filosóficos da mediação. A problemática reside em trazer à discussão as premissas e fundamentos que versam sobre o tratamento dado às soluções consensuais de conflitos, rumo à humanização do Direito. Para este intento a pesquisa debruça-se no método dedutivo aliado à pesquisa bibliográfica, almejando empreender o debate acerca dos métodos autocompositivos de solução de conflitos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O rol previsto no artigo 5º, XXXV e LIV da Constituição Federal de 1988 deu maior proteção às garantias fundamentais de acesso à justiça,

161 Discente do Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Dámasio Eduacional, Pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Unyleya, Pós-graduanda em Direitos Humanos pela IESLA e Pós-graduanda em Psicologia Jurídica pela Faculdade Metropolitana, servidora do Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR e Mediadora.

democratizando o Direito e seguindo as ondas renovatórias de Mauro Capelletti e Bryant Garth, sob a perspectiva de que novos problemas carecem de novas abordagens e garantias do Direito (CAPELLETTI; GARTH, 1988). Observa-se, contudo, que o acesso à justiça trouxe como reflexo a excessiva judicialização das demandas, sobrecarregando o sistema judiciário. Foi preciso repensar o sistema de justiça para que seu acesso fosse concretizado, ganhando maior expressividade os meios adequados e céleres de acesso à justiça, como a mediação. Historicamente verifica-se que a mediação, como meio de resolução das disputas, sofreu transformações, mas foi um instituto que se fez presente desde culturas muito primitivas: judaica, cristã, islâmica, hinduísta, budista, confucionista e até indígena. Ainda, a mediação está presente no Velho Testamento, em várias passagens bíblicas, além de desempenhar seu papel em outros povos, como na Espanha, África do Norte, Itália, Europa Central e Leste Europeu, Império Turco e Oriente Médio (GALVÃO; FILHO, 2016). Em suma, das interações sociais, surgem os conflitos. Ensina a filosofia aristotélica que quando um ser humano se encontra em conflito, tal estado de guerra levará em seu bojo o germe da paz, que o fará encontrar os meios para contornar ou resolver tais desavenças, pela máxima de que “o homem busca harmonia na terra” (SERPA, 1999). Mesmo sendo um antigo instituto, a mediação ganhou maior expressividade no Brasil após a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos, a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) e o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), assumindo desde então uma nova face, com contornos de instrumentalidade ética. Para Tarso Genro (2009, p. 13), citado por André Gomma de Azevedo (2016, p. 38), “o acesso à justiça não se confunde com acesso ao judiciário, tendo em vista que não visa apenas levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema”, em prol da satisfação do usuário (ou jurisdicionado), com o resultado final do processo de resolução de conflito”, significando uma satisfação que leve em consideração não só os aspectos jurídicos, mas de valores, princípios, direitos fundamentais e sentimentos das partes. Tal perspectiva permite considerar a mediação enquanto uma prática cada dia mais humanizada, responsável pela satisfação real e substancial dos envolvidos na disputa.

METODOLOGIA

Neste estudo o método utilizado foi o dedutivo, combinado com pesquisa bibliográfica em obras pertinentes ao tema abordado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa demonstrou que, com o aumento vertiginoso de demandas judiciais, decorrentes das relações humanas do mundo moderno, aliadas à facilidade de delegar-se ao Poder Judiciário a prerrogativa da resolução dos problemas, implementou-se uma cultura de litígio no Brasil, sendo a autocomposição um método adequado e mais humano de resolução dos conflitos. Diante das premissas e fundamentos da mediação, é importante que haja discussão quanto às técnicas aplicadas, no sentido de que caminhem para um Direito mais humanizado.

CONCLUSÕES

Diante do exposto conclui-se que a mediação enquanto forma de autodeterminação das escolhas é responsável por atender as necessidades e aspirações sociais em nível mais profundo, representando efetividade de acesso à justiça, o que garantiria a satisfação das partes e diminuiria o ingresso ao judiciário.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6^a Edição, Brasília/DF: CNJ, 2016.

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

BRASIL. Lei nº 13.105, março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, [1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 de junho de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 11 de junho de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GALVÃO, Fernanda Koeler; FILHO, Maurício Vasconcelos Galvão. (Org.): ALMEIDA, Diogo Assunção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. A Mediação no Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2016.

SERPA Maria Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DEVER DE CONSULTA AOS POVOS INDÍGENAS E TRADICIONAIS: ESTUDO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E REGIONAIS BRASILEIROS

*Giovana Agútoli Pereira*¹⁶²

*Ana Beatriz Guimarães Passos*¹⁶³

INTRODUÇÃO

Ratificada no Brasil em 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, e promulgada em 2004, através do Decreto Presidencial nº 5.051, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelece, especialmente em seus artigos 6º e 7º, uma série de disposições a respeito da participação dos povos indígenas e tribais nas decisões dos Estados que afetam sua organização social, terras, cultura e costumes, determinadas por meio de medidas públicas legislativas ou administrativas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989; BRASIL, 2002; BRASIL, 2004).

162 Advogada graduada em Direito pela FGV Direito SP, ex-aluna da Escola de Formação Pública da SBDP, pesquisadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas da FGV (FGV CeDHE).

163 Advogada, Doutoranda e Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP (com as bolsas CAPES e Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa).

Trata-se do “dever de consulta”, que representa, portanto, um importante instrumento de manutenção e proteção dos direitos dos povos, como o direito de existir, de preservar sua cultura e organização social, assim como o direito ao território, possibilitando o seu desenvolvimento como grupos diferenciados segundo seus próprios costumes e tradições (GLASS *et al.*, 2019).

Todavia, embora haja previsão legal desse direito, ainda não existe, sob o aspecto processual, regulamentação para orientar a Administração Pública brasileira sobre o tema: isto é, não foram instituídos procedimentos internos ou atribuídos responsáveis para a sua realização. Tal cenário torna-se ainda mais complexo a partir do momento em que se verificam estudos apontando para um conjunto de medidas legislativas e administrativas “inconsultas”, ou seja, que não contemplam a efetivação das consultas às comunidades (GARZÓN; YAMADA, OLIVEIRA *et al.*, 2016).

Dado esse contexto, procurou-se investigar, de forma empírica, como decidem os Tribunais Superiores e Regionais brasileiros sobre a matéria, a fim de compreender, mais especificamente, a judicialização do assunto em um cenário de ausência de sua regulamentação. Este resumo parte de pesquisa mais ampla, desenvolvida no âmbito da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público (PEREIRA, 2019).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O trabalho possui natureza intrinsecamente empírica. Por essa razão, a teoria foi empregada apenas para fins de contextualização do tema e do debate acadêmico em curso. Em linhas gerais, a literatura sobre o assunto ainda é escassa no meio jurídico, destacando-se as obras produzidas pela Rede de Cooperação Amazônica e pela Fundação Rosa Luxemburgo (GLASS *et al.*, 2019). Aos poucos, a temática ganha espaço, sendo discutida em importantes fóruns internacionais, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

METODOLOGIA

Realizou-se busca nos sites oficiais dos Tribunais entre julho e setembro de 2019, identificando-se 35 decisões relacionadas ao tema, sendo

duas no Supremo Tribunal Federal, três no Superior Tribunal de Justiça e as demais nos distintos Tribunais Regionais Federais, ajuizadas entre 2005 e 2019.

Para tanto, as palavras-chave utilizadas foram “consulta” e “indígenas”; “consulta” e “indígenas” e “convenção 169”; “consulta” e “indígenas” e “convenção OIT”; “consulta” e “quilombolas”; “consulta” e “comunidades tradicionais”; “Convenção OIT” e “consulta”; “Convenção 169 OIT” e “consulta”.

O processo de seleção dos casos contou com dois momentos principais e sucessivos: (i) inclusão de decisões associadas ao tema a partir da análise do teor das ementas; e (ii) inclusão de decisões consideradas pertinentes segundo um filtro, determinado por um critério de relevância. Esse critério selecionou os casos em que o dever de consulta foi concomitantemente (i) alegado pelas partes e (ii) discutido no mérito pelo Tribunal. Foram descartadas, portanto, as decisões cujo tema “dever de consulta” não era objeto do pleito processual e, ainda, aquelas em que a matéria foi mencionada apenas para fins processuais, sem que fosse julgado o seu conteúdo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A análise geral das decisões aponta o predomínio de ações provenientes do estado do Pará, nas quais se discutem trâmites no âmbito de processos de licenciamento ambiental, em sua maioria relacionados a empreendimentos públicos hidrelétricos, seguidos por portuários e ferroviários.

Identificou-se, ainda, um *boom* no ajuizamento dos casos entre 2013 e 2016. Uma hipótese para a leitura dos dados é a existência de uma eventual correlação entre os resultados encontrados e os ciclos de investimentos em grandes obras no país verificados no período (Programa de Aceleração e Crescimento e Programa de Investimento em Logística). Isso porque, parte considerável das obras foi prevista para a região amazônica, em locais próximos a comunidades indígenas e tradicionais, ensejando, possivelmente, a discussão sobre o dever de consulta.

Elementos comuns às decisões sobre o tema foram sistematizados, sendo os principais: (i) natureza e conceito do dever de consulta; (ii) requisitos; (iii) efeitos jurídicos de sua não-realização; (iv) momento processual adequado; (v) aspectos procedimentais; e (vi) hipóteses de exclusão.

Quanto à (i) natureza e ao conceito do dever de consulta, ponderou-se a sua função informativa e a importância para a colheita de pontos de vista e percepções diversos, com potencial de “dar voz aos povos”. Em paralelo, foi reforçada a sua força vinculativa, mencionando-se que se trata de um processo de negociação pública.

Sobre os (ii) requisitos para a realização da consulta, grande parte das decisões fez referência à necessidade de se aferir a existência de impactos concretos ou diretos às comunidades; em alguns casos, à ocorrência de graves prejuízos ou danos; e em outros, minoritários, à mera afetação de seus interesses diretos. Ainda, para que a medida administrativa e/ou legislativa enseje o dever de consulta, é preciso que seu conteúdo seja atinente a matérias sobre direitos indígenas.

Quando não realizada, (iii) ponderou-se que a sua ausência não implica nulidade do ato ou do processo administrativo em andamento. Compreendeu-se, nesse sentido, que a consulta em si não se apresenta como requisito de validade para a tomada de decisões, mas que a sua presença atribui, de fato, uma maior qualidade ao processo decisório e deve influenciá-lo quando efetuada.

Com relação ao (iv) momento processual adequado, a grande maioria dos julgados dispõe, de modo bastante abrangente, que a consulta deve preceder a execução de um empreendimento ou implementação de dada medida. Nas hipóteses em que a discussão se dá no âmbito de um processo de licenciamento ambiental, a consulta deve ocorrer antes de seu término, não existindo consenso, entretanto, se deve se concretizar antes ou depois da licença prévia; ou, ainda, do Estudo de Impacto Ambiental e seu Relatório.

Aspectos procedimentais (v) para a sua realização foram mencionados, sendo os principais: pré-consulta (para a escolha dos interlocutores legitimados, forma e duração do processo); direcionamento direto às populações afetadas (*intuitu personae*); e constatação de boa-fé. Alguns concluíram, ainda, pela inexistência de procedimentos para a execução da consulta, enquanto outros reconheceram a presença de normas infralegais que trazem presunções relativas importantes para o dever de consulta, como a Portaria Interministerial nº 60/2015.

Por fim, (vi) hipóteses de exclusão foram mencionadas em apenas dois casos estudados, relacionadas a interesses da política de defesa nacio-

nal e a momentos de transição política, nos quais, por vezes, não é possível proceder à sua realização.

CONCLUSÕES

Observou-se, por um lado, que os Tribunais julgam questões relevantes a respeito do dever de consulta, como requisitos, momentos processuais para a sua execução e efeitos jurídicos. Por outro, constatou-se que raros foram os casos que se debruçaram sobre questões de natureza procedimental, relativas ao modo pelo qual deve ser ela procedida. Uma análise sistemática das decisões levou à conclusão de que não há uniformidade jurisprudencial sobre o tópico: poucos foram os diálogos entre os julgados, seja em um mesmo Tribunal, seja entre os diferentes Tribunais pesquisados.

Ao final, concluiu-se que as Cortes têm sido palco relevante para a discussão sobre a matéria, diante da ausência de agendas efetivas voltadas ao debate de sua regulamentação. Do ponto de vista do direito material, verificou-se um cenário de conflito que perpassa o fenômeno da judicialização e aponta para a existência de desafios evidentes para a implementação deste importante instituto no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2002**. Aprova o texto da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Congresso Nacional. Brasília.

BRASIL. **Decreto nº 5.051/2004 de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Congresso Nacional. Brasília.

GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika; OLIVEIRA, Rodrigo et al. **Dificuldades e resistências no processo de implementação do direito à consulta livre, prévia e informada no Brasil**. RCA, 2013.

GLASS, Verena (Org.) et al. **Protocolos de Consulta Prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo: Cepedis, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tradicionais**. Genebra, 1989. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%A-Dgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

PEREIRA, Giovana Agutoli. **Dever de consulta a povos indígenas e tradicionais: análise de jurisprudência dos Tribunais Superiores e Regionais Brasileiro**. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo, 2019. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/GiovanaAgutoli.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

A EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL INTERNACIONAL À CIDADANIA

*Giselle Silva Farinhas*¹⁶⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa elucidar a importância da inclusão do ensino jurídico, desde o ensino fundamental nas escolas públicas e privadas, como direito fundamental ao pleno desenvolvimento da cidadania no país. A partir de uma análise empírica é necessário constatar que reconhecer o ensino jurídico nas escolas é garantir a dignidade da pessoa humana que é um direito internacional humano epistolar e, portanto, fundamental no Estado Democrático de Direito.

A educação é um direito fundamental garantido no artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil. Contudo, essa educação básica apresenta lacunas na legislação infraconstitucional quando não inclui na grade curricular do ensino fundamental o ensino jurídico geral e inespecífico tão necessário ao dia a dia do cidadão brasileiro. Nesse sentido, destacam-se os ditames de Liberati (2014, p. 13) “com status de direito fundamental, a educação torna-se base para a participação na vida social, ao mesmo tempo em que é fundamento para a aquisição e o crescimento da cidadania.”

164 Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro.

É importante, portanto, refletir sobre a essencialidade do ensino jurídico na rede básica de ensino de forma a justificar a necessidade de inclusão do ensino jurídico de qualidade na educação do país para o escorrido desenvolvimento da consciência cidadã resultando no discernimento de escolhas mais razoáveis e amadurecidas sob o olhar do homem médio contextualizando-se nos direitos e deveres que possui dentro do Estado de Direito.

De certo, inserir o ensino jurídico na grade curricular do ensino básico é garantir o acesso à justiça, vez que nenhum cidadão pode alegar o desconhecimento da lei.

A educação jurídica pode ser transformadora e evitar muitas mazelas sociais que hoje assolam a sociedade a impedindo de evoluir em progresso. Sem dúvidas, os benefícios advindos do ensino jurídico no ensino regular seriam transformadores da cultura da sociedade brasileira evitando-se condutas criminosas, conscientização de voto e efetividade cidadã. Estamos falando sobre um instrumento que pode reduzir feminicídios, homicídios, abusos trabalhistas, manipulação de votos, por exemplo.

É possível constatar que a inclusão do ensino jurídico na grade curricular fundamental do ensino nas escolas pode ser um divisor de águas para as celeumas sociais como a alta criminalidade, o mercado de trabalho, as relações econômicas e até mesmo os familiares.

Desta forma, garantir o ensino jurídico nas escolas é educar o cidadão na acepção mais genuína do termo, o fazendo compreender o contexto político, social e econômico ao qual se faz inserido despertando a conscientização de sua conduta no cotidiano de forma a prevenir condutas fora da legalidade contribuindo significativamente para o amadurecimento da cultura jurídica no país.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A presente discussão fundamenta-se na Teoria dos Direitos Fundamentais, nos princípios do acesso à democracia, à justiça e à liberdade, discute a função social da advocacia para a construção de uma sociedade mais justa, harmônica e equilibrada. Para tanto, apresentam-se diversas teorias, principalmente, as do educador Paulo Freire.

METODOLOGIA

Para a presente pesquisa, utilizou-se fontes indiretas de pesquisa bibliográfica, artigos da internet e doutrina.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa permitiu constatar que a inclusão do ensino jurídico na grade curricular fundamental do ensino nas escolas pode ser um divisor de águas para a solução das principais celeumas sociais.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se que a inserção do ensino jurídico como matéria básica de ensino nas escolas rompe paradigmas na educação, pois significa um convite transformador à evolução da consciência cidadã efetiva e não apenas teórica. Enfrentar essa temática encontra desafios, pois para que exista essa possibilidade, é preciso incentivar e propor mudanças legislativas propulsoras a implementação do ensino jurídicos nas escolas. É preciso, portanto, o despertar da sociedade para que esta compreenda e exija o ensino jurídico nas escolas do país porque toda a nossa base política e cidadã se pauta na Constituição da República Federativa do Brasil que é a carta constitucional no qual encontramos as diretrizes dos nossos direitos fundamentais mais básicos e elementares.

Não há um caminho mais efetivo senão através da educação, pois este é o meio através do qual o cidadão formará e desenvolverá a mentalidade de reflexão e raciocínio necessário para compreender e transformar o país. A sociedade, nesse sentido, seria a principal beneficiada com o ensino jurídico nas escolas, pois alcançaria respostas significativas na redução da criminalidade e das principais mazelas sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03.11.2020

BRASIL. Senado Federal. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996: estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 03.11.2020;

COSTA, Leandro dos Santos; COSTA, Monique Menezes. Direito nas escolas: Noções de direito constitucional para alunos do ensino médio. Lumen Juris, Edição 2017.

MARINHO, Genilson. Educar em direitos humanos e formar para cidadania no ensino fundamental. Cortez, 2012^a edição.

A VIOLAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO CASO PALESTINA

*Caroline Sami Fares*¹⁶⁵

*Marina Custódio Maciel da Silva*¹⁶⁶

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, como direito de todos e um dever do Estado, deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de situações degradantes.

Diante da necessidade propiciar tais condições a todo e qualquer indivíduo, ordenamentos jurídicos ao redor do mundo possuem rol de direitos básicos a fim de garantir condições mínimas de qualidade de vida a todo ser humano.

Questiona-se e apura a real efetivação da dignidade humana em situações de calamidade extrema oriundas de conflitos no mundo atual, mormente no que diz respeito ao conflito Israel x Palestina após as ameaças de despejo de famílias palestinas de Sheikh Jarrah, bairro localizado fora dos muros da Cidade Velha de Jerusalém.

165 Advogada e Conciliadora. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP.

166 Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Mestranda no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Legale.

Isto posto, é objeto de questionamento a violação da dignidade da pessoa humana e a inexistência de mínimo existencial às famílias palestinas ameaçadas de despejo em Sheikh Jarrah e, se positivado o questionamento, como sua institucionalização na região pode e deve ser evitada através da atuação humanitária dos entes de direito internacional, visualizando a urgência de tornar exequível a garantia dos direitos básicos. Justifica-se a temática em função da premente necessidade de que todos os povos possam gozar do núcleo básico de direitos fundamentais.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Sarlet (2001) aduz que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo, fazendo-o merecedor de respeito e consideração pelo Estado e pela comunidade, implicando direitos fundamentais que lhe assegurem contra quaisquer atos degradantes e desumanos, assim como deve ser proporcionada condições existenciais mínimas.

A dignidade da pessoa humana exige do Estado e dos indivíduos não apenas respeito e proteção, mas uma efetiva garantia dos direitos oriundos dessa dignidade (WEBER, 2013). Ocorre que, com o atual cenário da disputa pelo bairro de Sheikh Jarrah, em que israelitas e palestinos lutam pelo direito a imóveis na localidade, palestinos têm sido colocado à prova em situação degradante pela própria justiça estatal.

O conflito se dá em função de a Justiça Israelista determinar a expulsão de famílias palestinas de terrenos cuja posse foi atribuída aos judeus litigantes, que alegam detenção propriedade desde 1870, momento em que a Palestina ainda era dominada pelo Império Turco Otomano.

Weber (2013) coloca que o reconhecimento e a promoção da dignidade são uma conquista da história, mas o caso Israel *versus* Palestina demonstra o oposto. A história desses povos demonstra discriminação e seletividade para a garantia do básico.

Ao passo que as leis israelenses permitem que judeus reivindiquem propriedade quanto às terras que possuíam antes de 1948 – ano da criação de Israel – este mesmo direito não é concedido aos palestinos (BBC, *online*, 2021).

Ricardo Lobo Torres (2002) afirma que os direitos referentes ao mínimo existencial incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade, no entanto, evidencia-se violação a esse exercício pelo povo palestino, demonstrando que, apesar de núcleo básico garantidor nas leis, estes não se consagram como universais no problema em questão, apesar de sua previsão no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

METODOLOGIA

Utilizou-se como metodologia a pesquisa qualitativa (realizada por meio de uma crítica dialético-construtiva do material encontrado sobre o tema), baseada em doutrinas, artigos científicos e sítios eletrônicos, incluindo a análise de pesquisas e experimentos atinentes à temática.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Após os bombardeiros em maio de 2021, o Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas acatou o início de um inquérito internacional acerca das violações dos direitos humanos de Israel no território palestino. O documento, solicita que sejam verificadas “todas as causas profundas das tensões recorrentes [...], como a discriminação e a repressão sistemática baseadas na identidade nacional, étnica, racial ou religiosa.” (BRASIL DE FATO, *online*, 2021).

Consoante dados do Ministério da Saúde de Gaza, 243 pessoas faleceram devido aos bombardeios, incluindo 66 crianças e registrados mais de 2.000 feridos. Já do lado israelense, 12 civis faleceram – dentre eles, uma criança (BRASIL DE FATO, *online*, 2021).

O documento (BRASIL DE FATO, *online*, 2021) ainda indica que: “a impunidade antiga e sistemática mina todos os esforços para alcançar uma solução justa e pacífica.”

Outrossim, Michelle Bachelet, a alta comissária dos Direitos Humanos da ONU, disse durante uma reunião do Conselho de Direitos Humanos: “se for verificado que o impacto sofrido por civis e seus bens materiais foi indiscriminado e desproporcional, esses ataques podem se constituir como crimes de guerra.” (BRASIL DE FATO, *online*, 2021).

Há anos, desde a ocupação de suas terras pelos israelenses, os palestinos sofrem com inúmeras transgressões de direitos humanos e não houve, até o momento, a responsabilização dos ofensores por essas violações.

Aos palestinos, não lhes é oferecido moradia digna, acesso à saúde e educação, alimentos... A ONU, que tem o dever de garantir a proteção de um mínimo existencial para subsistência dos seres humanos, como a manutenção da paz e segurança, prevista na Carta das Nações Unidas, não exerceu qualquer posição efetiva, até o momento, a fim de sanar os conflitos e assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos palestinos, que vivem em situações ultrajantes em seu próprio território.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, evidente a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana no que pertine à questão palestina. Consta-se que a Organização das Nações Unidas, responsável inclusive por repartir o território palestino em 1948, nunca promoveu qualquer ação para dirimir os conflitos existentes na área ou para proteger e assegurar os direitos humanos da sociedade palestina. Não é garantido, nem ao menos, o mínimo existencial para a comunidade, que vive em situações deploráveis, que não condizem com o que está delineado e assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Contudo, com o bombardeio da comunidade de Sheikh Jarrah, a quantidade de mortos e feridos e a comoção mundial acerca do acontecido, ante os motivos que incitaram tais atos, levou a ONU abrir um inquérito internacional a fim de apurar os fatos e, finalmente, responsabilizar os envolvidos.

Não se pode mais permitir o genocídio e a limpeza étnica que assola o território palestino, bem como a inércia de um órgão internacional em resolver tais conflitos e que falha, ao tentar assegurar o mínimo existencial aos habitantes.

REFERÊNCIAS

BBC. Conflito entre Israel e palestinos: o que está acontecendo e mais 5 perguntas sobre a onda de violência, **BBC News Brasil**. Disponível

vel em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-57149552>.
Acesso em: 23/06/2021.

BRASIL DE FATO. ONU abre investigação sobre violações de direitos humanos feitas por Israel em Gaza, **Brasil de Fato**. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2021/05/28/onu-abre-investigacao-sobre-violacoes-de-direitos-humanos-feitas-por-israel-em-gaza>. Acesso em: 27/06/21.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ed Renovar, 2ªed, 2002, p. 267.

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. **Kriterion: Revista de Filosofia**, v. 54, n. 127, p. 197-210, 2013.

O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À RECUSA DE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ EM REALIZAR TRANSFUSÕES SANGUÍNEAS

*Ana Paula Santana Contu*¹⁶⁷

INTRODUÇÃO

Na rotina do ambiente hospitalar, o corpo clínico se depara com inúmeros casos de difícil e complexa solução. Dentre essas situações singulares, se sobressaem as Testemunhas de Jeová e sua recusa ao tratamento com transfusão de sangue. A negação à hemoterapia provém de sua crença religiosa, cujo fundamento decorre de diversas passagens bíblicas que, embora não estejam escritas explicitamente em termos técnicos, são interpretadas como sendo proibido o consumo e o uso de sangue. Em linhas gerais, as Testemunhas de Jeová acreditam que no sangue se encontra a essência da vida, a alma. Sendo a vida presente de Deus, o contato com sangue alheio, ou seu consumo, o tornaria impuro, ficando comprometida a entrada do fiel no Reino de Jeová após a sua morte.

Apesar da incerteza acerca do tema, a recusa das Testemunhas de Jeová tem como amparo a Constituição Federal, que assegura, no rol de direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Além disso, há a autonomia de vontade, decorrente do princípio da dignidade humana, que sustenta que o paciente poderia escolher qual o tratamento médico mais adequado para si. Todavia, é notável o conflito de direitos fundamentais que permeia a recusa das Testemunhas

167 Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pós-graduada em Proteção de Dados (LGPD e GDPR) pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

de Jeová em realizar transfusões de sangue. O direito à crença, à saúde, à autodeterminação e à autonomia para escolher o tratamento médico que lhe parecer mais adequado são postos em oposição ao direito à vida.

Ante a questão, seria necessário ponderar qual direito fundamental deve se sobrepor ao outro. Ainda, há a discussão acerca da disponibilidade do bem jurídico-vida o qual, seguindo o senso comum, seria inalienável, indisponível e irrenunciável.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As Testemunhas de Jeová, conhecidas por serem fiéis que passam de casa em casa pregando as “boas-novas do Reino”, possuem crenças que divergem de outras religiões cristãs. Dentre elas, a recusa de seus seguidores em realizar transfusões de sangue é baseada em uma curiosa interpretação da Bíblia, que compreende que transfusões sanguíneas são proibidas pela lei divina. Em síntese, as Testemunhas de Jeová acreditam que o sangue é a essência da vida, que é presente de Deus. Pela prática de transfusões, os fiéis entendem que o sangue será contaminado e se tornará impuro, impedindo que entrem no Reino de Jeová após o óbito.

Como amparo para a recusa em realizar transfusões de sangue, as Testemunhas de Jeová invocam o artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.”. Ademais, a autonomia de vontade, que decorre do princípio da dignidade humana, garante que o paciente poderá escolher o tratamento médico que julgar mais adequado. Assim, as Testemunhas de Jeová recusam a transfusão de sangue e optam por tratamentos alternativos, porventura não tão eficazes quanto à hemoterapia.

Todavia, há um claro conflito de direitos fundamentais na presente questão. São colocados lado a lado o direito à vida e o direito do paciente à liberdade de crença, à saúde e à autonomia de vontade. Nesse contexto, a conduta da equipe médica, que deve prestar assistência e respeitar as decisões do paciente, fica indefinida frente ao problema de proteger a vida do paciente ou respeitar sua crença religiosa. Nesse contexto, Moraes e Pires brilhantemente lecionam acerca do conflito de direitos gerado pela recusa de transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová:

Liberdade e vida são bens jurídicos positivados constitucionalmente em nível fundamental. Porém, não se lhes empresta, num raciocínio jusnaturalista, a mesma envergadura. Isso se dá porque, embora se reconheça que sem liberdade pode não haver vida digna, sem vida não faz sentido falar-se em liberdade e não há razão para se discutir dignidade. A vida tem valor absoluto, numa escala de valores que precede a positivação ou o reconhecimento jurídico de tutela de quaisquer outros bens ou interesses. (MORAES; PIRES, 2005, p. 226).

Portanto, considerando o conflito de direitos e garantias fundamentais que se apresentam na questão, é necessária ponderar, caso a caso, qual direito deve se sobrepor ao outro. Apesar da garantia à liberdade de crença, do direito à autonomia de vontade do paciente, que deve escolher o tratamento que julgar mais adequado, e do direito à saúde estarem previstos expressamente na Constituição Federal, o direito à vida, constante no caput do artigo 5º, também deverá ser considerado e valorado de acordo com o caso concreto.

METODOLOGIA

A Metodologia da Pesquisa utilizada no presente trabalho é a descritiva/qualitativa, com a finalidade de analisar as repercussões da recusa à hemoterapia por parte dos pacientes Testemunha de Jeová. Dessa maneira, o objetivo é identificar características e variáveis que se relacionam com o fenômeno que é objeto do estudo da pesquisa e promover um debate ético e jurídico sobre ele. Para tal, serão utilizadas pesquisas documentais e revisões bibliográficas.

CONCLUSÕES

Ao analisar a questão, é possível notar que o conflito de direitos fundamentais decorrente da decisão dos fiéis Testemunhas de Jeová de não realizar transfusões de sangue coloca em xeque qual direito deve ser sobreposto: o direito à vida ou o direito à liberdade religiosa e à saúde, além da autonomia de vontade do paciente para decidir o tratamento que julgar mais adequado para si.

Apesar das exaustivas discussões sobre a matéria, ainda é claro o impasse que permeia a recusa das Testemunhas de Jeová de realizarem tratamentos com uso de sangue. Tal inconformidade apresenta tamanha relevância social e jurídica que o Supremo Tribunal Federal irá julgar e determinar, em Repercussão Geral, se a Testemunha de Jeová tem direito de recusar a transfusão de sangue. Todavia, compreende-se que para a solução desse conflito de direitos é necessário realizar uma análise minuciosa caso a caso, bem como valer-se da ponderação para decidir qual direito deve se sobrepor ao outro.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Leticia Erig Osório de; GARRAFA, Volnei. **TESTEMUNHAS DE JEOVÁ ANTE O USO DE HEMOCOMPONENTES E HEMODERIVADOS**. Rev. Assoc. Med. Bras. [Online]. 2010, vol.56, n.6, pp.705-709.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jun. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010. (Programa de rádio ou TV/Outra). Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Rodrigo Iennaco de; PIRES, Rodrigo Esteves Santos. **TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: religião, ética e discurso jurídico-penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 216-228, jan./jun. 2005.

RETROCESSO NOS MECANISMOS DE COMBATE À TORTURA NO MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS NA GESTÃO BOLSONARO

*Enéas Cardoso Neto*¹⁶⁸

INTRODUÇÃO

A tortura é uma prática existente desde os primórdios da humanidade, foi muito utilizada em determinados períodos históricos como, por exemplo, durante a Idade Média a Igreja Católica fez uso dessa prática para perseguir os indivíduos considerados hereges e quem supostamente praticava bruxaria, na Segunda Guerra Mundial também foi utilizada principalmente pelo exército alemão contra judeus, negros, ciganos, homossexuais e portadores de necessidades especiais, no Brasil a tortura se fez presente desde o seu “descobrimento” em 1500, os primeiros a sofrer tal prática foram as populações indígenas seguidas das populações negras trazidas da África.

No contexto brasileiro, dois períodos históricos são marcados pela ampla utilização da tortura como política de estado, sendo eles a Ditadura do Estado Novo, comandada por Getúlio Vargas, e a Ditadura Militar de 1964 a 1985. Milhares são os casos de tortura e violações de direitos nesses

168 UNIFTC, Vitória da Conquista- BA

períodos, amplamente documentados no relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV). Tal prática é um crime que viola a integridade física e psicológica da vítima e de terceiros, gerando repulsa da sociedade como um todo.

A partir da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico passou a considerar o crime de tortura como prática criminalizada, com várias leis infraconstitucionais, como a Lei de Tortura, na lei de crimes hediondos que prevê a tortura como equiparado a crime hediondo, e também os tratados internacionais, como por exemplo, o da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Vários doutrinadores nacionais e internacionais consideram a vedação à tortura como um direito fundamental de carácter absoluto, não havendo hipótese de flexibilizar tal direito, assim como a vedação à escravidão.

Nesse contexto, atualmente o Brasil, sob a gestão do presidente Jair Bolsonaro e o Ministério da Mulher, Cidadania e Direitos Humanos, sob a tutela da ministra Damares Alves, promovem um sucateamento dos mecanismos de combate a tortura estatal, assim sendo, esse é o objetivo do presente trabalho, apresentar em que aspectos ocorrem esse sucateamento e retrocesso no combate a tortura, quais as consequências e violações da CF-88 e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Para realizar a presente tarefa utilizaremos pesquisa bibliográfica, com o método qualitativo.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Em se tratando de fundamentação, o presente resumo se utiliza da legislação pátria para definir o crime de tortura com base na Lei 9455/97 (Lei de Tortura), que em seu artigo. 1º , I e II, conceitua o crime de tortura, bem como o Decreto 0040/1991, o qual instituiu a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes no ordenamento jurídico nacional e, em seu artigo 1º, também prevê a definição da prática da tortura, e a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, incisos III e XLIII, os quais preveem, respectivamente, que ninguém será submetido a tortura e a tratamento desumano e degradante, bem como que a tortura é um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Assim:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”. (Lei 9455, BRASIL, 1997).[...]

“1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”. (Decreto 0040, BRASIL, 1991).

[...]

“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:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de gra-

ça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (Constituição da República, BRASIL, 1988).

Além disso, na doutrina se entende que a vedação tortura detêm o caráter de direito fundamental absoluto, ou seja, não existe hipótese em que se pode mitigar tal direito e permitir a prática da tortura, Rogério Greco (2016, p. 175) afirma que “Liberar o uso oficial da tortura seria igualar o Estado do criminoso, decretando-se, conseqüentemente, a sua total falência na obrigação de proteger a população em geral, com a preservação de seus direitos fundamentais.” (GRECO, 2016, p. 175) e conclui sua explanação da seguinte forma: “A tortura, não importando a situação, não se considerando a sua motivação, é uma abominação que não deve ser tolerada pelo Estado e este deve punir com rigor os funcionários públicos que a praticam.” (GRECO, 2016, p. 175).

Michel Terestchenko tece o seguinte comentário sobre a tortura, a seguir exposto:

Legalizar a tortura, seja positivamente, autorizando certos métodos, seja negativamente, deixando-os escapar à sanção do juiz, significa mais do que votar uma ‘lei abominável’ ou uma ‘lei criminosa’: é fazer da lei um germe destruidor do vínculo social, ou seja, armar a lei contra a sociedade que o Estado tem como finalidade regular. Na realidade, é uma espécie de suicídio político. (TERESTCHENKO, 2011, p. 144).

METODOLOGIA

As questões que circundam o presente tema podem ser respondidas por meio da pesquisa bibliográfica utilizando-se o método qualitativo, se debruçando em obras de Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito Internacional, assim como em outras áreas do conhecimento como a Historiografia, esta última fundamental para termos noções básicas sobre as origens da tortura no mundo.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Discussões sobre a prática da tortura sempre se fizeram presentes pelo mundo, e no Brasil não é diferente. Entretanto, essas discussões têm que ser manter mais presentes do que nunca atualmente, isso, pois, a gestão desastrosa do presidente Bolsonaro, bem como da ministra de Direitos Humanos Damares Alves promovem um retrocesso nos mecanismos estatais de combate a tortura, especialmente em presídios e sistema de segurança pública, violando a CF-88 e os mais diversos tipos de tratados contra a tortura que o Brasil é signatário, promovendo um retrocesso incalculável. Formas de sanar tais questões são a fiscalização da sociedade civil, ONGs e entidades de combate a tortura; por parte do Poder Judiciário e do Legislativo, fazendo cumprir as leis e editando legislações mais ágeis no combate a essa prática respectivamente.

CONCLUSÕES

Por tudo que foi dito podemos perceber que a questão não está restrita somente ao campo jurídico e envolve outras áreas do conhecimento como Historiografia, Sociologia e Antropologia. A tortura sempre existiu no mundo, no Brasil desde o seu “descobrimento” em 1500, primeiramente contra os povos indígenas aqui existentes e posteriormente contra o povo africano que foi cativo no Brasil durante a escravatura, em dois períodos em especial a prática de tortura passou a ser uma política de estado sendo esses períodos a Ditadura do Estado Novo e a Ditadura Militar de 1964-1985, entretanto, tal situação voltou a ocorrer na gestão do presidente Jair Bolsonaro e no Ministério da Mulher, Cidadania e Direitos Humanos sob a tutela da ministra Damares Alves, promovendo um sucateamento e desmantelamento dos mecanismos de combate a tortura estatal que ocorre principalmente no sistema carcerário pátrio e no aparato de segurança pública estatal como um todo, promovendo uma violação frontal contra a Carta Magna de 1988, contra as leis infraconstitucionais, a Declaração Universal de Direitos Humanos, entre outros acordos em que o Brasil é signatário.

REFERÊNCIAS

ANGULO, Milena Coelho; SILVA, Rafaela Assan Lopes da. **Brasil Desgovernado**: o desmonte da política nacional de prevenção

e combate à tortura. O desmonte da Política Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. 2021. Disponível em: <https://cjt.ufmg.br/2021/04/27/brasil-desgovernado-o-desmonte-da-politica-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, senado, 1988.

BRASIL. **Decreto 0040/1991 (Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes)** Brasília, DF, senado, 1991.

BRASIL. **Lei 9455/97 (Lei de Tortura)**, Brasília, DF, senado, 1997.

BRASIL. **Lei 8072/90 (Lei de crimes hediondos)**, Brasília, DF, senado, 1990.

CHADE, Jamil. **Governo Bolsonaro omite em informe à ONU esvaziamento no combate à tortura**. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/09/02/governo-bolsonaro-omite-em-informe-a-onu-desmonte-do-combate-a-tortura.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

GRECO, Rogério. **Leis Penais Especiais Comentadas: Crimes Hediondos e Tortura**. Volume 1. Niterói: Impetus, 2016, p. 175.

TERESTCHENKO, Michel. **O bom uso da tortura**. Trad. Constância Maria Egreja Morel. São Paulo: Loyola, 2011. p. 144.

RACISMO AMBIENTAL: OS CONFLITOS ENTRE O SISTEMA CAPITALISTA E OS IDEAIS DE JUSTIÇA AMBIENTAL NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

*Diuster de Franceschi Gariboti*¹⁶⁹

INTRODUÇÃO

Este estudo abrange uma problemática de extrema prejudicialidade ao meio humano e ambiental evidente na sociedade brasileira, elucidado como racismo ambiental. No decorrer deste trabalho, fica exposto o quão recorrente é esse problema no território nacional; relata-se, também, como a justiça ambiental brasileira é precária, de maneira que o sistema capitalista promove a segregação socioespacial e a injustiça socioambiental; consequenciando uma ressignificação da (in)dignidade humana à população periférica negra.

Verifica-se, de maneira clara e objetiva, que este estudo exposto tem por objetivo investigar e fundamentar, através de análises teóricas, o que é o racismo ambiental e como ele evidencia-se na realidade brasileira, além de como o ideal econômico capitalista enfatiza a promoção dessa situação de precariedade humana, ambiental e social.

169 Graduando em Direito Bacharelado pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A princípio, cabe sintetizar que os ideais que abrangem os direitos humanos começaram, recentemente, a receber força e apoio político em um âmbito mundial; pois há uma crise socioambiental prejudicial a todos ganhando espaço no planeta Terra. Assim, tornou-se notório que um espaço ambiental saudável é vital para promover e garantir uma vida digna a toda a população; além disso, sabe-se que proporcionar a defesa dos direitos ambientais possibilita a construção de um futuro com mais justiça, dignidade e sustentabilidade (HERCULANO, 2008).

Faz-se, também, imprescindível relatar um cenário que expressa, no Brasil, a promoção da injustiça ambiental pelo sistema capitalista; no qual os indivíduos mais favorecidos financeiramente produzem e descartam muito lixo, os quais são empurrados para as zonas periféricas das cidades; onde residem os indivíduos mais vulneráveis. Desse modo, percebe-se que a relação da população negra com a questão da justiça ambiental se dá em todos os níveis (STEINBRENNER; BRITO; CASTRO, 2020).

Assim, infere-se que os países brancos são os que mais poluem e, a partir disso, os países negros são os que mais sofrem com a poluição. Destarte, que nossos desafios exprimem as imensas mazelas de um sistema de economia globalizada que aprecia o avanço eterno em detrimento da justiça socioambiental (PORTO; PORTO, 2015).

METODOLOGIA

Este resumo expandido é baseado no método de abordagem hipotético-dedutivo, com participação da técnica de pesquisa bibliográfica. De maneira análoga, evidencia-se que tudo o que foi apontado serve para, sem o objetivo de propiciar a exaustão do debate, elucidar e concluir de maneira concisa e completa como apresenta-se o racismo ambiental a partir dos conflitos entre o sistema capitalista e a justiça ambiental no território brasileiro.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ademais, é necessário expor que o ideal de racismo ambiental é considerado uma discriminação racial na estruturação de políticas pú-

blicas ambientais e da justiça ambiental. É possível compreender que existe uma imensa desigualdade entre os bairros brancos centrais e os bairros negros periféricos; nesses últimos, não há saneamento básico, há alagamentos constantes e há falta de água potável. Essas desvantagens, baseadas em raça ou cor, são consideradas como racismo ambiental e promovem a injustiça ambiental; pois onde houver desigualdade ambiental, há racismo ambiental.

O racismo ambiental não se configura apenas por meio de ações que tenham uma intenção racista, mas igualmente por meio de ações que tenham impacto racial, não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. Diz respeito a um tipo de desigualdade e de injustiça ambiental muito específico: o que recai sobre suas etnias, bem como sobre todo grupo de populações ditas tradicionais – ribeirinhos, extrativistas, geraizeiros, pescadores, pantaneiros, caiçaras, vazanteiros, ciganos, pomeranos, comunidades de terreiro, faxinais, quilombolas etc. – que têm se defrontado com a ‘chegada do estranho’, isto é, de grandes empreendimentos desenvolvimentistas – barragens, projetos de monocultura, carcinicultura, maricultura, hidrovias e rodovias – que os expõem de seus territórios e desorganizam suas culturas, seja empurrando-os para as favelas das periferias urbanas, seja forçando-os a conviver com um cotidiano de envenenamento e degradação de seus ambientes de vida. Se tais populações não-urbanas enfrentam tal chegada do estranho, outras, nas cidades, habitam as zonas de sacrifício, próximas às indústrias poluentes e aos sítios de despejos químicos que, por serem sintéticos, não são metabolizados pela natureza e, portanto, se acumulam. (HERCULANO, 2008, p. 16).

Em suma, confere-se que as populações negras, geralmente, possuem menos recursos políticos, financeiros e informacionais que, no caso, poderiam ser utilizados como meio de proteção. Sabe-se que os negócios empreendedores que geram maiores impactos estão compreendidos nas regiões territoriais desses indivíduos; assim, eles permanecem em função de riscos prejudiciais à saúde e a maneira populacional de viver (MADEIROS; GRIGIO; PESSOA, 2018).

Diante deste contexto, pensar no impacto social das questões ambientais traz a lume todo um complexo sistema de reprodução de desigualdades e de exclusão social em que, como vimos, tanto os benefícios quanto os danos e riscos ambientais estão injustamente partilhados. No Brasil, a assunção de bandeiras de luta como a justiça ambiental e o combate ao racismo ambiental possibilita repensar a organização da sociedade, bem como fomenta a emergência e fortalecimento de movimentos sociais com este enfoque. (SILVA, 2012, p. 104).

Sendo assim, entende-se que, através dessa realidade, os ideais de justiça ambiental almejam um tratamento igualitário e justo, de modo que nenhum conjunto de indivíduos deverá atribuir-se de modo não proporcional com os resultados ambientalmente negativos de certa obra, política ou projeto. Além disso, defendem que se faz necessário um envolvimento de maneira efetiva em todas as fases processuais decisivas diante da acessibilidade e utilização dos recursos naturais.

CONCLUSÕES

Ao final da pesquisa, a certeza da relevância do tema é ainda maior, pois o racismo ambiental é uma vasta problemática não só para a população negra e periférica, mas para a nação brasileira, que sofrerá futuramente, as consequências do avanço do capitalismo em detrimento da justiça socioambiental.

Foi possível compreender que o capitalismo promove uma injustiça ambiental. Com isso, tem-se que os seres humanos mais favorecidos economicamente e politicamente são grandes produtores de lixo, os quais são destinados às regiões periféricas das cidades, locais onde são compreendidos os indivíduos em vulnerabilidade social e econômica.

Além disso, ficou destacado que há uma enorme diferença entre as regiões centrais onde a população branca habita e as periféricas, onde está a população negra. Viu-se que existe uma precariedade relacionada ao saneamento básico, há alagamentos constantes, falta de água potável e existe muita poluição.

Enfim, percebeu-se que essas desvantagens e irregularidades, relacionadas à raça e cor, estão compreendidas como formas de racismo ambiental. E, elas causam a injustiça ambiental, pois, como retratado anteriormente, quando há a desigualdade ambiental, há o racismo ambiental.

REFERÊNCIAS

HERCULANO, Selene. “O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental”. **Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**. v.3, n.1. 2008. Disponível em: <<http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/07/art-2-2008-6.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MADEIROS, Heleriany; GRIGIO, Alfredo; PESSOA, Zoraide. “Desigualdades e justiça ambiental: um desafio na construção de uma cidade resiliente”. *Revista de Geografia e Ordenamento do Território*. Porto. n. 13, p. 247-265, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-12672018000100012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 mar. 2021.

PORTO, Philippe Seyfarth de Souza; PORTO, Marcelo Firpo de Souza. “Desastres, crise e justiça ambiental: reflexões a partir do contexto brasileiro”. **O Social em Questão**. Rio de Janeiro. n. 33, p. 153-176, 2015. Disponível em: <http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_33_5_Porto_Porto.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2021.

SILVA, Lays Helena Paes e, “Ambiente e justiça: sobre a utilidade do conceito de racismo ambiental no contexto brasileiro”. **E-cadernos CES [Online]**. 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/eces/1123>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

STEINBRENNER, Rosane Maria Albino; BRITO, Rosaly de Seixas; CASTRO, Edna Ramos de. “Lixo, racismo e injustiça ambiental na Região Metropolitana de Belém”. *Cadernos Metrópole*. São Paulo. v. 22, n. 49, p. 935-961, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-99962020000300935&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 mar. 2021.

DIREITOS SOCIAIS E O DEVER DO ESTADO PARA SUA EFETIVAÇÃO

*Diogo Vêras Hardy Madeira*¹⁷⁰

*Leandra Lima Silva*¹⁷¹

INTRODUÇÃO

Dentro do grande rol de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, encontram-se de forma expressa os direitos sociais. Oriundos da segunda dimensão de direitos, essa modalidade, ao contrário dos direitos individuais, tem por escopo primordial a igualdade, positivando direitos voltados para a coletividade de maneira geral. Contudo esses direitos ainda encontram empecilhos para sua efetivação. Nesse viés, é de grandiosa necessidade a discussão sobre formas de assegurar que esses direitos sejam efetivados.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Destarte, após a promulgação da Constituição Cidadã, políticas sociais fizeram parte de muitos governos, com programas como “Bolsa Família”, “Minha Casa Minha Vida”, a criação do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e Programa Universidade para Todos (PROUNI), entre outros que foram exemplos de políticas públicas voltadas a dar efetividade aos direitos sociais previstos.

170 Acadêmico de Direito da FAHESP/IESVAP.

171 Acadêmica de Direito da FAHESP/IESVAP.

No entanto, mesmo com essas medidas, o país volta a regredir no que tange a esses direitos; a situação de desemprego cresce a cada dia — 14,7% no primeiro trimestre de 2021 (IBGE, 2021), sendo o maior contingente registrado — e, com o advento da pandemia do covid-19 e as crises dos últimos anos, a população vem gradativamente carecendo em seus direitos básicos e existenciais, máxime em relação à saúde e educação.

O ordenamento jurídico brasileiro é recheado de direitos e alguns objetivos para o Estado, o que requer grande investimento e uma atenção maior do Legislativo. Uma vez superada a grande crise de saúde pública atual, o foco ulterior deverá ser principalmente nos direitos sociais do povo brasileiro, com uma atenção redobrada na saúde e educação, como mencionado anteriormente; pois, através destes, assegurar os demais se torna um papel menos árduo.

Para isso, é necessário enfrentar um grande entrave que perdura há anos, isto é, o pequeno ou quase inexistente investimento a longo prazo. Resultados em educação, por exemplo, não acontecem normalmente em um curto período, o que não traz muito interesse para os representantes do povo que privilegiam a perpetuação no poder mediante ações que possibilitem reconhecimento prévio.

Ademais, existem outras problemáticas que explicam o estado atual dos direitos sociais, como: a má administração da verba pública (uma vez que gastos exorbitantes atuais e futuros seriam aliviados com medidas públicas de anos atrás, como em relação entre nossa precária educação de base e a superlotação dos presídios que traz enormes gastos aos cofres públicos) (CALDEIRA, 2010); o grande desvio de verbas e a ainda existente negligência estatal em promover essas ações, muitas vezes amparadas pelo princípio da reserva do possível (KELBERT, 2009).

METODOLOGIA

A metodologia do presente resumo advém da pesquisa bibliográfica em livros relacionados aos direitos sociais e dados advindos de pesquisas quantitativas. Além disso, utilizou-se da técnica de analogias entre as leis vigentes e as anteriores, levando em conta as mudanças sociais que influenciam no campo jurídico.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Nesse viés, os direitos sociais foram implementados pela primeira vez no século passado, nas Constituições do México de 1917 e na Alemanha em 1919, chegando no Brasil na Constituição de 1934. Entretanto, sua força veio a ser consolidada nas constituições seguintes à Segunda Guerra Mundial, com diversos pactos visando impedir novas atrocidades à pessoa humana, os direitos humanos passaram a ser o cerne das Cartas Magnas mediante uma série de direitos e garantias voltados tanto para direitos individuais, como para direitos sociais (MARTINS, 2020).

Desse modo, presentes no artigo 6º da Constituição Federal: “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), esses direitos trazem um olhar estatal para o bem-estar da sociedade como um todo, sendo dever do Estado promover políticas públicas que assegurem os direitos que a coletividade possui.

CONCLUSÕES

Os direitos sociais figuram como fundamentais mecanismos da população, que deve sempre lutar para que eles sejam efetivados, e não deixados como segundo plano como frequentemente acontece. Diante desse cenário de sucessivas crises é dever das entidades públicas focar grande parte dos interesses no bem-estar social e coletivo, e reconduzir o país ao cenário de crescimento, começando pelo elevado número de desamparados que há muito tempo não dispõem do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

CALDEIRA, ANA PAULA CANOZA. Má governança como estorvo à realização das promessas da modernidade. *In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, p. 2044-2053, 2010.

IBGE. Desemprego. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>>. *In*: **IBGE**, 2021. Acesso em: 21/05/2021.

KELBERT, Fabiana Okchstein et al. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 2009.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional 4a ed.** Saraiva Jur: 2020.

DISCUSSÕES SOBRE VULNERABILIDADES E CRESCIMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA CRISE DO COVID-19

*Lorene Souza Vieira*¹⁷²

*Felipe Souza Vieira*¹⁷³

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher configura-se como um ato de agressão e um caso de saúde pública. De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), instituição vinculada à Organização Mundial da Saúde (OMS), uma em cada três mulheres em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros (OPAS, 2020).

Apesar dos avanços evidenciados na legislação brasileira — vide promulgação da lei nº11.340, de 2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha — o país ainda atinge dados preocupantes. O Atlas da Violência 2020, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revela que, no Brasil, uma mulher foi assassinada a cada duas horas

172 Jornalista graduada pela Universidade Federal de Sergipe. MBA em Marketing e Comunicação Organizacional pela Universidade Tiradentes. Acadêmica em Direito (FANESE).

173 Engenheiro Civil graduado pela Universidade Tiradentes. Graduando em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pelo Instituto Federal de Sergipe (IFS).

em 2018. O feminicídio, crime cometido contra a mulher em decorrência do seu gênero, pode ser considerado o ápice deste tipo de violência, pois acaba resultando no assassinato da vítima.

A crise sanitária do covid-19 contribuiu ainda mais para a perpetuação da violência de gênero. A condição de instabilidade social e econômica causada pela pandemia permitiu que as mulheres permanecessem mais tempo em seus ambientes familiares, expondo-se ao contexto de violência doméstica. Estas mulheres também tiveram de conviver com a perda do emprego, possibilitando maior risco de dependência financeira do parceiro, e com restrição ao acesso a serviços básicos de assistência e proteção à mulher (OPAS, 2020).

Diante desse panorama, este trabalho buscou analisar a temática da violência contra a mulher, que foi potencializada pela pandemia do covid-19, com delimitações ocasionadas pelas consequências sociais e econômicas da crise sanitária.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Na conjuntura mundial, a OPAS revela que as Nações Unidas definem a violência contra a mulher como qualquer ato de violência de gênero que possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, incluindo ameaças e privação de liberdade (OPAS, 2020). No Brasil, a Lei Maria da Penha, que versa sobre violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, corresponde a um mecanismo legislativo amplamente conhecido na sociedade. Em seu artigo 5º, a lei dispõe que a violência contra a mulher é “[...] qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão e sofrimentos de ordem física, sexual ou psicológica, além dos danos moral ou patrimonial.” (BRASIL, 2006).

Apesar da popularidade desta norma legal, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) publicou, em parceria com o Instituto Datafolha, em março de 2021, que os ambientes domésticos seguem como o espaço mais inseguro para a mulher. Na pesquisa, cerca de 48,8% das vítimas relataram que a violência mais grave vivenciada no último ano ocorreu dentro de casa. A rua aparece em segundo lugar, com 19,9% do quantitativo, e o ambiente de trabalho, com 9,4% (FBSP, 2021).

O comportamento agressivo contra as mulheres é um conceito que, infelizmente, se repete por séculos. A violência de gênero, seja ela cometida através da agressão, estupro e morte, configura-se como fatos registrados ao longo da história em quase todos os países que se intitulam civilizados e adotam diferentes regimes econômicos e políticos (BLAY, 2003). Na crise do covid-19, este cenário não seria diferente. Os riscos desse tipo de violência foram intensificados e alguns pontos são determinantes para o crescimento destas ameaças, como o isolamento social, que aumenta o tempo de convívio dentro de casa, ou as consequências da própria pandemia, como as perdas financeiras, como desemprego e precarização das condições de trabalho das mulheres que atuavam na informalidade (OPAS, 2020).

A diminuição da renda familiar foi maior entre as mulheres que sofreram violência no último ano, totalizando cerca de 61,8%. Já as mulheres que sofrem violência e perderam o emprego somam 46,7%, em contraponto à média das que não sofreram violência, que correspondeu a 29,5% (FBSP, 2021). Muitos autores de abusos, aproveitando-se das regras impostas pela pandemia, podem usar das ordens de isolamento social para exercer controle sobre as mulheres e parceiras. Limitação ao acesso a serviços de ajuda psicológica e a atendimentos em centros de assistência são alguns destes exemplos (OPAS, 2020).

Complementando estas alterações nos ambientes familiares, a cartilha *Saúde Mental e Atenção Psicossocial: Violência Doméstica e Familiar na Covid-19*, desenvolvida pela Fundação Oswaldo Cruz (2020), relata que o isolamento também pode ocasionar o crescimento no consumo de álcool e outras drogas dentro de casa, possibilitando aumento da probabilidade de cenas de violência doméstica (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2020).

METODOLOGIA

Para este estudo foram utilizados levantamentos de dados sobre as temáticas sobre feminicídio e violência de gênero, e os efeitos da pandemia do covid-19 e suas consequências sociais e econômicas. Foram realizadas análises de pesquisas quantitativas e qualitativas, que serviram de base para a confecção do trabalho e auxiliaram na compreensão dos temas.

Somado a esta metodologia, foi realizada uma pesquisa teórica e bibliográfica, além de análises de materiais científicos e obras sobre as temáticas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A sociedade atual ainda reflete o modelo patriarcal, o qual influencia diretamente na perpetuação da violência contra a mulher. Por muitas décadas, as mulheres desempenharam a função doméstica como o seu lugar na sociedade, sem participar ativamente das decisões familiares. Nestes espaços, cabia-lhe apenas a obediência ao marido, regra esta que, antes do matrimônio, era direcionada ao pai ou ao irmão mais velho, consolidando assim, a ideia cíclica da manutenção das regras do patriarcado.

A luta pela emancipação da mulher teve destaque no século XX, através das alterações sociais a favor do voto feminino, da consolidação de movimentos feministas e pela inserção da mulher no mercado de trabalho. A este último podemos relacioná-la à autonomia financeira, que é apresentada como um dos instrumentos que auxiliam a vítima a quebrar o ciclo da violência. Apesar destes avanços, o ideal patriarcal permaneceu na sociedade brasileira como instrumento de dominação sobre o gênero feminino (CHAUI, 1985) e se estende até os dias de hoje, como demonstrado nos números das pesquisas citadas.

CONCLUSÕES

Para observar a discussão geral sobre a violência de gênero, é necessário perceber o local desta mulher perante a sociedade. As discriminações ainda são visíveis e carregam um rastro de secundarização da mulher no espaço social, revelada por vários tipos de violência e silenciamento, que fazem parte das raízes estruturais típicas de uma sociedade patriarcal.

Os avanços que protegem os direitos das mulheres são significativos, mas ainda estão aquém de uma sociedade igualitária entre os gêneros, como dispõe a Constituição brasileira, de 1988. As diversas formas de violência contra a mulher, que muitas vezes passam despercebidas, comprometem a saúde mental das vítimas e de toda estrutura familiar. E neste

caso, em especial, não são tangíveis. Com a pandemia, estas violências tornaram-se ainda mais evidentes.

Apesar da lista de recomendações preparada pela ONU, para enfrentamento da violência contra a mulher durante a pandemia do covid-19. Investimentos em serviços de atendimento online e de alertas de emergência em farmácias e supermercados, além da criação de abrigos temporários para vítimas de violência de gênero foram algumas dessas recomendações apresentadas pelo órgão internacional, mas que, para muitas nações, estas medidas não foram seguidas ou implementadas (FBSP, 2020).

REFERÊNCIAS

BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas**. In: Revista Estudos Avançados. [online]. v,17, n.49, p. 87-98. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000300006>. Acesso em: 2 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.104. 2006**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: CHAUÍ, Marilena; CARDOSO, Ruth; PAOLI, Maria Celia (Org.). **Perspectivas antropológicas da mulher: sobre mulher e violência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil**. 3ª edição. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Saúde Mental e Atenção Psicossocial: Violência Doméstica e Familiar na Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/documento/saude-mental-e-atencao-psicossocial-violencia-domestica-e-familiar-na-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 1 jul. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da Violência. 2020.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36488&Itemid=432. Acesso em: 30 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DA SAÚDE. **COVID-19 e a violência contra a mulher. O que o setor/sistema de saúde pode fazer.** 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52016/OPASBRACOV1920042_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 jun. 2021.

DEBATES SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL

Arthur Bezerra de Souza Junior, Clarissa Bottega,
Mariana Gomes de Oliveira, Mauricio Pires Guedes(orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Novembro de 2021