

DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO I



IX
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

VIVIANNE RIGOLDI

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES

AMANDA QUERINO DOS SANTOS

©2019 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Vivianne Rigoldi, Arthur Ramos do Nascimento, Samia Saad Gallotti Bonavides & Amanda Querino dos Santos
(Orgs.)

Renato Bernardi
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do IX SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preusler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP – Ribeirão)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito Constitucional Contemporâneo I / Vivianne R, Arthur R do Nascimento, Samia Saad G Bonavides & Amanda Q dos Santos, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-85-2

1. Direito Constitucional Contemporâneo I / Vivianne R, Arthur R do Nascimento, Samia Saad G Bonavides & Amanda Q dos Santos

CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Novos Rumos do Processo Civil.
342.7

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A COMPOSIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A SOBERANIA POPULAR COMO FUNDAMENTO PARA A DEMOCRACIA.....	5
Renato BERNARDI Luiz Henrique de SOUZA JÚNIOR	
A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS DA AGÊNCIA E DA CAPTURA DO REGULADOR.....	20
Natavia Boigues Corbalan TEBAR Wellington Boigues Corbalan TEBAR	
DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À HONRA NAS REDES SOCIAIS.....	37
Jaime Domingues BRITO Mateus Tamura ARANHA	
ENTRE TEORIA E PRÁTICA: A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO ESTABILIZADOR DA CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA.....	54
Renan Cauê Miranda PUGLIESI	
EQUIPARAÇÃO FORMAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	74
Leonardo Bocchi COSTA	
O ENSINO DE ÉTICA E DE CIDADANIA NA SOCIEDADE DE CONTROLE: UM DIREITO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	94
Melissa Zani GIMENEZ Vitória Moinhos COELHO	
O ESTADO DEMOCRÁTICO, A GLOBALIZAÇÃO E A MÍDIA DISSÍDIA.....	111
Leonardo Paschoalini PAIVA Matheus Conde PIRES	
OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	126
Glaucia Cardoso Teixeira TORRES Luiz Gustavo TIROLI	
O TEMA DA HERANÇA DIGITAL FRENTE AO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	142
Marcos Rodrigo MAICHAKI	
O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: A APLICAÇÃO NOS PRECEDENTES JUDICIAIS E NA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	159
Rafaela Rabelo Daun	

Olivie Samuel Paião

PEC Nº 333/2017 E A EXTINÇÃO DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA CRIMES COMUNS: O IDEÁRIO DA IMPUNIDADE E A RESTRIÇÃO DO FORO ESPECIAL DO PELO STF.....173

Bruno Augusto Pasian CATOLINO

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL POR INICIATIVA POPULAR: NOVOS PARADIGMAS À REFORMA CONSTITUCIONAL.....187

Carla Nader GERVASONI

Ellãn Araújo SILVA

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O BPC.....203

João Victor Fernandes Martins de PONTES

Rubia Souza Pimenta de PADUA

REGULAMENTAÇÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA: CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REFORMA TRABALHISTA.....224

Jéssica Maiara de ALMEIDA

Lara Caxico Martins MIRANDA

REVOLUÇÃO DO DIREITO CONVENCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....243

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Sérgio Tibiriçá Amaral

TRABALHO ESCRAVO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA.....262

Maria Eduarda de Camargo YAROS

Vladimir BREGA FILHO

UMA REFORMA ADMINISTRATIVA PARA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIETAL276

Lucas Emanuel Ricci DANTAS

Renato BERNARDI

USO DE AGROTÓXICOS: NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL E ASPECTOS ECONÔMICOS.....289

João Pedro Quimenton Silva

Hellen Luana de Souza

A COMPOSIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A SOBERANIA POPULAR COMO FUNDAMENTO PARA A DEMOCRACIA

Renato BERNARDI¹
Luiz Henrique de SOUZA JÚNIOR²

RESUMO

O presente estudo objetiva compor e principiar uma breve reflexão acerca do tema democracia e sua aplicação no campo democrático. Analisando como a sua aplicação influencia na própria atuação dos governantes que conduzem administrativamente o Estado e o poder que a soberania popular detém frente aos instrumentos constitucionais que garantem essa participação. Ao estudarmos os mecanismos existentes a partir da democracia, passamos a tê-la como propiciadora e mantenedora de um sistema que requer obrigatoriamente a participação popular, sendo este um instrumento vital para a continuidade e ampliação do Estado Democrático de Direito. O estudo bibliográfico foi feito a partir das obras de constitucionalistas como José Afonso da Silva e Paulo Bonavides que possibilitou ter o entendimento sobre a essencialidade das garantias fundamentais como necessárias para a ampliação do debate, que inclusive estimula a proliferação desse espaço amplamente discutido por teóricos como Larry Diamond, Giovanni Sartori e Norberto Bobbio em suas obras acerca da democracia. Ao final do presente artigo, passamos a uma reflexão sobre a conjuntura da jovem democracia brasileira com base nos autores já citados.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Soberania Popular. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present study aims to compose and begin a brief reflection on the theme of democracy and its application in the Democratic field. Analyzing how its application influences the own performance of the rulers who administratively conduct the state and the power that the popular sovereignty holds in front of the constitutional instruments that guarantee this participation. As we study the existing mechanisms from democracy, we begin to have it as a procreator and mainer of a system that obligatorily requires popular participation, and this is a vital instrument for the continuity and expansion of the state Democratic law. The bibliographical study was made from the works of constitutionalists such as José Afonso da Silva and Paulo Bonavides that allowed to have an understanding about the essentiality of fundamental guarantees as necessary for the expansion of the debate, which even Stimulates the proliferation of this space widely discussed by theorists such as Larry Diamond, Giovanni Sartori and Norberto Bobbio in his works on democracy. At the end of this article, we began to reflect on the conjuncture of the young Brazilian democracy based on the authors cited above.

KEYWORDS: Democracy; Popular Sovereignty; Democratic State of Law.

1 Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) - PUC-SP. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado e Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, todos da Faculdade de Direito do CCSA - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador Pedagógico do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5938-5545>.

2 Graduação em andamento pela Universidade Estadual de Londrina, no curso de Direito. Pós Júnior da LEX - Empresa Júnior de Direito da UEL. Membro do Grupo de Estudos sobre Filosofia Jurídica e Política na UEL e do INTERVEPS - Intervenção do Estado na vida das pessoas na UENP.

INTRODUÇÃO

A democracia tem sido tema de diversos palcos políticos na atualidade, seja no âmbito nacional ou mesmo mundial. Em sessões parlamentares os componentes se amotinam nos microfones querendo fazer uso da palavra para expor seus pares e atacá-los como sendo “traidores da democracia”. Vemos que o uso da palavra e a forma como vem se desenvolvendo até os dias atuais remonta de séculos atrás e mesmo assim existem questionamentos de como seria melhor aproveitada esta ou aquela maneira de a conduzir.

Não seria possível em apenas um artigo extrair todo o conhecimento que o estudo do campo democrático e a atuação do seu principal detentor, o povo, gera. Entretanto, é rejuvenescida a esperança de ampliação da democracia cada vez que alguém se debruça a estudá-la e aplicá-la nas suas relações e no campo representativo que se está inserido. O simples olhar nos noticiários, tanto brasileiros como estrangeiros, nos fornecem uma dimensão de como o espaço de debate tem se esvaziado e muito em decorrência da falta de atuação de agentes capazes de compreender e estimular as manifestações democráticas ao invés de anulá-las ou inferiorizá-las por ignorância, talvez.

Neste artigo, se busca analisar a atuação democrática, desde sua formação conturbada em épocas de absolutistas, bem como a formação do Estado Democrático de direito culminando na mais importante esfera da democracia e que torna essencial a sua criação e continuidade, que é a participação popular. Ser ouvinte às demandas populares não torna nenhum governante melhor, mas sim um parlamentar que cumpre com a sua obrigação principal, que é de atender aos que o elegem e até mesmo aqueles que não o elevaram a tal condição na esfera política, mas dependem dele, porque também são componentes do Estado e seus principais detentores.

Neste estudo se buscou analisar as principais obras bibliográficas consagradas no que tange ao Direito Constitucional, bem como estudiosos da Democracia pelo mundo, trazendo até nossos dias atuais a necessidade do estudo sobre o campo democrático bem como as formas como ela tem sido aplicada e conduzido pelo Brasil e em alguns países do globo terrestre.

Ao fim é imperioso retomar uma reflexão de que a qualidade da democracia é medida pela participação popular e a qualidade do debate travado nos espaços reservados para tal. Existe democracia em opiniões de redes sociais, em plenárias de distritos, em diálogos com os vizinhos de prédio, porque a democracia compõe o diálogo e a ascensão da opinião pública no que tange a esfera distrital, municipal, estadual ou ainda em amplo alcance na federal. É indispensável o debate e a participação do povo para a construção e aprimoramento do campo democrático, logo a manutenção do Estado Democrático de Direito.

1. BREVE ANÁLISE DA DEMOCRACIA

Em discussões diversas acerca da política atual que o assunto do poder e da forma como ele se dissemina surge. Uma roda aqui ou outra e se formam as diversas opiniões que os cidadãos possuem a respeito da democracia. Seria ela uma forma de governo? Ou caberia a ela, ainda, distribuir funções dentro da esfera político-administrativa do país? Não existem teorias únicas sobre o tema, mas existem autores que lecionam e o fazem muito bem, correlacionando esse regime político com a forma que o direito se molda e se adapta de sociedade para sociedade.

O intenso debate sobre o assunto tornou inviável para os estudiosos brasileiros não refletirem as palavras do professor José Afonso da Silva, constitucionalista brasileiro aclamado, que a respeito do tema contribui:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (DA SILVA, José Afonso. 2005. Pg. 125-126)

Tem esse poder do povo a própria força de envolver os seus, em busca de melhorias e retomada de garantias e direitos tidos como fundamentais. É irrisório e medíocre afirmar que a incessante luta por mais igualdade e aplicação das normas constitucionais se faz de maneira individual, sendo necessário repensar o processo de aprimoramento democrático como formador de cidadãos com capacidade ativa de voz e, no caso brasileiro, voto, que são dois componentes primordiais em se tratando de construção desse campo político-social, oriundo da democracia.

A respeito disso, conforme Paulo Bonavides nos mostra: “O povo é a Constituição, a Constituição é o povo; os dois com o acréscimo da soberania compõem a santíssima trindade política do poder”. (BONAVIDES, 2003, p. 304)

Não cabe dizer que esse tipo de soberania popular é finalista, pois ela não coloca fim a nada, antes proporciona que se vigore o sistema político e que se aspire prosperidade, pelo menos no que toca ao campo das ideias e garantias individuais. Também não se pode dizer que existe uma classe sobreposta a outra nessa esfera democrática, pois se deve entender qualquer tipo de sobreposição oposta a essa ordem e não favorável a ela. Sobre isso, também debate José Afonso ao dizer que: “Uma visão elitista antepõe diversos tipos de pressupostos que julga necessários à existência e realização da democracia. Elitismo, governo de poucos, não é apenas uma posição distinta da democracia, governo do povo, mas é algo a ela oposto”. (DA SILVA, 2005, p. 126-127)

Também é necessário dizer que se reveste de forma e princípios, e, sobre tais, o autor nos ensina:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação. (DA SILVA, José Afonso. 2005. Pg. 131)

Não estão ali estampados esses princípios meramente por acaso, ou por genuína vontade de contribuir com a igualdade e sua disseminação na sociedade, tal como deve ser, mas, sim, porque tais tópicos incorporam a democracia, e se faz errônea uma interpretação sem a inclusão destes.

De um lado, temos o povo que participa do corpo político social, pois é deste também protagonista, e, do outro lado, temos valores que se contrastam dia após dia, fazendo com que em todo tempo dentro desse campo democrático exista um juízo de ponderação, e até questionamento, onde se pondera a necessidade desses valores e até que ponto é válido a manutenção em detrimento de algumas espécies de regalias. Em geral, essas regalias compõem o citado mais acima, que são os elitistas se fazendo impor sobre uma classe dominada, para que se atendam seus interesses e desapareçam as necessidades que são latentes no corpo populacional do país. Eis, aí, um motivo de se eleger representantes que atendam interesses diversos, afinal, as prioridades de um determinado indivíduo não são necessariamente as lacunas existentes em outros núcleos sociais.

Importante recorte se faz necessário trazer, quando em sua obra clássica, José Afonso menciona que: “Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é expressão mais importante”. (DA SILVA, 2005, p. 132).

É preciso, então, analisar a democracia como meio para a obtenção de direitos e para que sejam efetivados e reafirmados a todo tempo no corpo político-social em que estamos inseridos. Para que se atinjam determinados resultados é necessário que se recorra a métodos de luta constituída no âmbito da ideologia política, que se faz por meio da soberania popular, da reivindicação de que sejam oportunizados os mecanismos capazes de impulsionar pessoas e, por meio disso, estas consigam se engajar enquanto seres críticos da conjuntura social e desenvolvam políticas públicas de participação popular

Assevera o professor José Afonso: “O que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo. Toda democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte e exercício do poder, em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador”. (DA SILVA, 2005, p. 133)

A democracia é oposta a individualidades, ou mesmo rompantes de narcisismo social em

que vemos cotidianamente na mídia política do nosso país, onde para se parecer bem com o eleitorado o representante eleito usa de artifícios midiáticos para se auto promover e, muitas das vezes, passa despercebida a ausência de projetos, mas permanece a presença clara do “marketing” de obras e idealizações que, em alguns casos, não raros, pertencem a outros políticos, que pela inexperiência, ou mesmo pela conivência com os erros e transgressões do representante infrator, acabam por não coibir tais atitudes prejudiciais à nossa democracia e atentatórias ao Estado Democrático de Direito.

A verdade é que a política, no que tange a administração da vida pública, exige um preparo da classe eleita para tal fim. No Brasil, por exemplo, se percebe que não tem formado há alguns anos, uma classe que nos represente com afincos e valentia dignos de aplausos e elogios, outrossim, tem colocado em jogo nossa articulação política, e até mesmo, questionado a nossa soberania enquanto Nação e Estado independente. É nítida a percepção de que partilhamos de ideais contraditórios quando desejamos mudanças nas esferas do poder, mas elegemos representantes que não estão aptos a promover essas alterações necessárias, sendo alçados ao poder por sentimentos de amizade, afeto ou compaixão vazia. Deve-se entender a necessidade dos nossos políticos saberem administrar e conduzir as nossas relações nacionais e internacionais e a forma como nossa economia se molda frente as realidades político-internacionais. Qualquer fragilização que possamos ter nesse sistema faz com que a jovem democracia sofra as consequências e se deteriore cada vez mais.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em se tratando de relações internacionais e como nos comportamos frente as adversidades impostas a nós pelas variações externas, é preciso que se entenda como o campo político se constrói entre os próprios administrados, quais sejam, os cidadãos. Das variadas formas que conduzimos a democracia, a mais genuína é certamente o desaguar dessa fonte na participação e endosso popular. Entender que o povo é parte integrante e essencial dessa democracia é vital para entendermos o Estado Democrático.

É compreensível que, para alguns, seja um modelo utópico, mas se analisarmos toda luta que culminou em mudanças significativas em âmbito político e social, veremos que não foi por parte da classe burguesa que surgiram tais revoluções, mas com o grande ajuntamento das massas, das populações periféricas que almejavam uma transformação eficaz e que atendesse a todos.

O professor Paulo Bonavides sobre o assunto diz:

O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, no mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis. (BONAVIDES, Paulo,

O professor Bonavides, ao nos inserir dentro dessa visão, fornece uma riqueza de pensamento, pois o Estado só tem sentido em existir se há um povo que o compõe, ausente este último, qualquer discurso se torna vago e impreciso. O Estado surge a partir da figura desse componente vital que é o povo, que além de atuante é razão de existir, motivo de formação desse Ente com soberania. Quando falamos em formação de Estado e Povo, impossível não mencionar o que o professor, diz sobre o tema:

Povo é então o quadro humano sufragante, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral. O conceito de povo traduz por conseguinte uma formação histórica recente, sendo estranho ao direito público das realidades absolutas, que conheciam súditos e dinastias, mas não conheciam povos e nações. (BONAVIDES, Paulo, 2000, p. 89)

Continua ainda, o autor ao dizer que “A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo”. (BONAVIDES, 2000, PÁG. 93)

A ligação que passa a existir entre os habitantes e componentes desse Estado é então de contribuição, sendo cidadãos e atuantes na esfera pública e política e tendo a capacidade de dialogar com todos, composição extremamente necessária no espaço democrático, tanto mais na criação e manutenção do Estado Democrático de Direito. A mera existência de um Estado não é capaz de garantir e suprir as necessidades da população, mas é preciso ter a ciência de que deve existir um aprimoramento desse modelo qual conhecemos e sua evolução. Também nesse sentido, alude José Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. (DA SILVA, José Afonso, 2005, p. 119)

Desta feita, interessante análise se faz que as construções democráticas em âmbito nacional não são pertencentes às elites, como eram no exemplo da democracia grega, mas também a elas, pois todo o povo é convocado a participar e se familiarizar com o que está sendo proposto, com o que deve ser gerado, qual seja, um instrumento de garantias. Bonavides, em sua obra, é pontual ao afirmar que “Sem soberania e sem povo, coirmãos inseparáveis, a Constituição é farrapo de papel. Nada garante, nada protege, nada preserva”. (BONAVIDES, 2003, p. 69)

Entender como se inicia e se mantém esse Estado Democrático de Direito é fundamental para que possamos nos posicionar como garantistas e defensores das lutas populares que surgem em decorrência da sua existência, e não terminar por desmerecê-las ao passo que não compõem a análise de alguma demanda que temos no âmbito das nossas individualidades. A importância de nos

reconhecemos como propensos ao elitismo e à superestimação se valida ao passo que de tanto convivemos com a elite nos tornamos adeptos e criamos uma sensação falsa de que estamos inseridos naquele grupo e já não mais existem problemas individuais que precisam ser superados, que necessitam de uma revolução, ainda que micro. Esse cuidado em zelar pelo Estado Democrático de Direito e afirmá-lo em atitudes é tarefa diária, constante e de máxima importância.

3. ENTRE ESPADAS E LANÇAS: O ALVORECER DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Para que se possa compreender que hoje vivemos em um momento tido como estável politicamente e sob a égide de um Estado Democrático de Direito, é preciso recorrer a um passado que nos é caro, qual seja uma construção do campo democrático desde a formação de impérios e reis absolutistas. Em épocas passadas, a construção das potências imperiais e a manutenção dos reinados da idade média se faziam de maneiras vis e cruéis.

Constantemente eram colocadas em xeque as liberdades individuais e coletivas e se tinha o povo que ali residia como meros fantoches que garantiam economicamente a estabilidade político social desses governantes. Isso porque, em muitos aspectos, os habitantes mantinham nas costas o clero e a nobreza, fazendo com que a população em si padecesse de fome fora dos portões dos palácios, mas do lado de dentro os nobres jaziam em regalias e desperdícios exorbitantes com longas festas que atravessavam noites e mais noites em busca de luxúria e balbúrdias.

Ao discorrer sobre os luxos e exuberância de Maria Antonieta, Rainha da França à época, Carolina Weber nos diz:

Sendo a economia francesa ainda em grande parte agrária, as condições de vida do povo pioravam drasticamente após uma colheita má. E o inverno de 1774-75, severo e com muita neve, levou a uma das piores colheitas de que se tinha lembrança. Naquele mês de maio, a escassez de grãos e as reformas mal orientadas promovidas por Turgot, o controlador-geral de Luís XVI, impeliu pessoas famintas em toda a nação a promover tumultos conhecidos como as Revoltas da Farinha. Tendo sido informadas de que os membros da família real estavam escondendo grãos e pão, 500 pessoas investiram contra os portões de Versalhes. Para subjugar os amotinados, tanto próximos quanto distantes, Turgot ‘convocou 25 mil soldados e instituiu tribunais sumários e enforcamentos exemplares’, escreveu o historiador Simon Schama. A brutal reação do governo à crise deixou um sabor amargo nas bocas de muitos plebeus mesmo depois que a ordem foi restaurada. No Palais Royal, descontentes reuniram-se para expressar sua fúria diante do episódio, por vezes ao alcance dos ouvidos da cliente bem penteada de Bertin (WEBER, 2008, p.30).

Diante de tais cenários, tornava-se necessário que limites fossem impostos e que pudéssemos colocar todos em um patamar que possibilitasse, ao menos, manter, ou ainda mesmo, proporcionar a dignidade da pessoa humana. Não existiam liberdades individuais, nem princípios, só existiam interesses de uma parcela que governava de forma absoluta, razão pela qual a lamentação nos reinos e províncias eram constantes e inflamadas, pois, se de um lado, encontravam-se os desamparados por esses desmandos e individualismos exacerbados perecendo de

fome, frio e descaso, do outro existiam os nobres com suas regalias exacerbadas.

Toda essa ausência de regras previamente estabelecidas e limites que pudessem de alguma forma conter esses governantes foi gerando no povo um sentimento de revolta, de indignação de abrangência tal, que se iniciou em alguns países a caça a reis e nobres, para que estes, de alguma forma, compensassem os séculos de sofrimento, tamanho era o desrespeito que existia destes para com os camponeses que os carregavam nas costas.

Os freios encontrados para que, de alguma forma, pudessem conter ordens absurdas dos principados para seus comandados foi a inserção de leis e constituições que pudessem dar poder, mas prever formas de restringí-lo também, fazendo com que existisse uma guarita aos habitantes que compunham o povo daquele local. A inserção da população nesses debates, sendo ativos e resistentes ao impor suas formas de pensamento e a maneira como deixariam ser comandados, inaugurou uma nova era, trouxe outra visão de mundo e constituição de Estado para dentro desses lugares, trazendo voz e oportunidade de fala a esses atores da democracia ali constituída, antes invisíveis aos olhos dos governantes.

Robert Moss nos traz importante reflexão sobre esse assunto:

Porém, como observou Sir Henry Maine, a concepção de que a legitimidade política emana da própria soberania popular – que propagou-se pela Europa depois que Jean Jacques Rousseau sentou-se e chorou na praia do lago de Genebra – tem implicações revolucionárias de longo alcance. “Daí surgiu a subordinação dos governos, não apenas para com os eleitorados, mas para com uma multidão vagamente definida, estranha a eles, e para com o domínio, ainda mais vago, da opinião flutuante. E assim começou a limitação da legitimidade de governo para governos que se aproximam da democracia ... (MOSS, Robert, 1978, p. 124)

A aproximação que antes não existia entre o monarca e seu súdito, passou a ser necessária, visto que a população morria em nome desses em campos de batalha sem ao menos entender o motivo da luta armada. É bem verdade que, ao final pelo uso de espadas e lanças, foram conquistados territórios, todavia, em determinado momento se passou a refletir a conquista como algo muito individual, sendo que essa conquista de novos territórios agradavam os reis e a nobreza que se beneficiariam com mais títulos, mas o povo em si precisava de resguardo, de direitos, de formas que assegurassem a manutenção de algumas “regalias” que passaram a ter. Veja-se bem que regalias, aqui, não no sentido de que era um desperdício investir em melhorias aos cidadãos, mas, sim, no sentido de que para os padrões daquela época os vassalos eram considerados objetos e o tratamento era dado como tal para se evitar qualquer tipo de mordomia para as fontes do dinheiro inesgotável, mantenedores dos banquetes fartos e das festividades sem fim, era isso que a população representava, exemplo disso era a França durante a época monarca.

A necessidade do povo frente aos reis era, agora, constituir seus direitos de forma que pudessem reivindicá-los e não mais suplicar por eles, mas, sim, exigí-los. A criação da Constituição

não mais para ser mero pedaço de papel, mas um documento que ainda que se queime produz efeitos e tem assegurada as suas normas para todos aqueles que se encontrem amparados por ela. O sofrimento da guerra em se ter que empunhar a espada para salvar a própria vida em razão de um mero capricho do monarca já não tinha mais sentido, o que deveria existir era a segurança constitucional ao povo, e foram nesses embates que lutas camponesas populares deram surgimento a direitos e aos movimentos sociais.

3.1. A democracia como garantidora dos direitos das camadas

O início desses direitos por meio de revoluções, e aqui importante destaque para a Revolução Francesa (1789), que inspirou e deu ensejo a busca pela Constitucionalização de direitos e garantias que antes ou não existiam ou não eram aplicadas, fez com que o povo retomasse o papel que lhe é de direito, a soberania. O povo é soberano do Estado-Nação e deve repousar livremente pelas garantias e direitos que lhe são inerentes, conforme exposto pelos professores José Afonso da Silva (2005) e Paulo Bonavides (2003).

Atualmente, a troca de experiências e informações que é estimulada pela globalização que vivemos, faz com que seja nítida a forma como a democracia se molda em outros países, ou mesmo deixa de existir em alguns. Com ela, o povo consegue conter e impor seus ideais. Entretanto, a ameaça que a democracia traz aos narcisistas é vislumbre para que alguns se recusem a acatá-la e passem a perseguir todos aqueles que defendem a ideia de um governo em que o povo seja o protagonista e não exista mais apenas a figura central do governante.

O professor Paulo Bonavides, em sua obra “Democracia Participativa”, destaca importante reflexão acerca dos protagonistas dessa esfera democrática:

A democracia nasceu com a participação dos governados no exercício do poder público, associada à categoria tradicional e clássica dos chamados direitos fundamentais da primeira geração. Percorreu, a seguir, o caminho da subjetividade, concretizando-se em esferas, individualistas como direito de dimensão subjetiva, onde permanece, tendo por titular ou sujeito o indivíduo, a saber, o cidadão, o ente político. (BONAVIDES, Paulo, 2003, p. 189)

Para que se incentive a proliferação da democracia dentro do Estado e se aperfeiçoe-a, faz com que seja necessário um corpo político ouvinte e atento às demandas sociais geradas justamente pelo debate democrático, que deve ser constante e estimulado a ser cada vez mais profundo, crescendo em criticidade e autonomia. A necessidade de se pautar políticas públicas que atendam as maiorias não é em geral uma dificuldade tremenda, mas instaurar aquelas que atendam às minorias políticas, isso sim se torna um caos, mesmo convivendo nessa forma de governo, em tese tão plural, que estamos aqui tratando.

Na obra “O que é Democracia”, Giovanni Sartori menciona:

Para os constitucionalistas americanos, para Tocqueville e para John Stuart Mill, o problema da democracia não era a minoria, mas a maioria: era o problema da “tirania da maioria”. A noção parece intuitiva, mas não é. A problemática da tirania da maioria varia de contexto a contexto. (SARTORI, Giovanni, 2017, p. 102)

Para se atender e saber ouvir as minorias não é simplesmente chamar para o debate, mas é questão também de convivência e participação na realidade em que estes estão inseridos, eis aí motivo justo para que se tenha cada vez mais representantes das camadas da população inseridos nos espaços políticos, para que se insira o debate popular voltado também aos que estão representados em menor quantidade, e isso no campo da representatividade política, mas em expansão populacional são sempre a maioria. Torna-se um dilema atender uma minoria no ponto de vista de representação, mas que representa muito se for levado em consideração que estes são a maioria enquanto povo, ou atender a maiorias em representatividade, mas com números irrisórios se formos contabilizar quantos de fato são atendidos por essa representação.

Outro importante recorte de Bonavides, faz-se necessário quando diz: “Nenhuma sociedade livre se governa, que não seja justa. E a justiça constitucional, de que não se pode prescindir na era da diversidade, das heterogeneidades, do pluralismo e das complexidades sociais é a justiça dos homens livres, dos poderes legítimos, dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, 2003, p. 335)

Os moldes democráticos até então criados vão mostrando que ajustes precisos e profundos são necessários. Na democracia que entendemos haver a colaboração dos mais variados segmentos da sociedade, não se pode existir ideias anuladas ou demandas sem expectativa de atendimento, deve-se prover a igualdade entre os protagonistas desse campo, possibilitando que tenham as oportunidades iguais, mesmo estando em condições diferentes, porque assim o deve ser.

Oportuniza o aprendizado, José Afonso, ao nos mostrar que:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único). (DA SILVA, José Afonso, 2005, p. 119)

Esclarecendo desta forma que a democracia pode ter suas variadas formas de aplicação, mas em nenhuma delas faz sentido retirar o povo da discussão política e retirar deles o direito de exercê-la, pois sem o povo não há democracia que se mantenha, ou pelo menos não é este o nome que dá a este tipo de governo, mas sim ditadura, que é tão temida tendo em vista os acontecimentos históricos.

4. A JOVEM DEMOCRACIA E SEUS DILEMAS: PERCEPÇÕES

A democracia consagrada na história dos povos, tal como é, deve ser entendida como

maneira de atender as diversas demandas existentes e ainda criar um meio de pacificar as camadas, sendo mecanismo capaz de unir, assim como desunir as nações em âmbito nacional e até mesmo internacional. Na democracia, onde os cidadãos são participantes e construtores, podem e devem existir desavenças, discordâncias e peculiaridades, desde que sejam resolvidas no âmbito da própria democracia, e não recorrendo a métodos alternativos que ensejam a destruição e fim da fonte democrática.

O professor de Ciência Política de Stanford, Larry Diamond tem importante contribuição ao dizer:

Em uma democracia vibrante, as pessoas podem ter convicções e preferências fortes, mas então eles vão ter fortes discordâncias que devem de alguma forma serem resolvidas. A democracia é um sistema de conflito permanente entre interesses e ambições concorrentes, mas ela só pode sobreviver se resolve esses conflitos pacificamente e legalmente. (DIAMOND, Larry. 2015. p. 187)

No mesmo sentido, nos ensina Norberto Bobbio:

O pluralismo enfim nos permite apreender uma característica fundamental da democracia dos modernos em comparação com a democracia dos antigos: a liberdade — melhor: a liceidade — do dissenso. Esta característica fundamental da democracia dos modernos baseia-se no princípio segundo o qual o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites (estabelecidos pelas denominadas regras do jogo), não é destruidor da sociedade mas solicitador, e uma sociedade em que o dissenso não seja admitido é uma sociedade morta ou destinada a morrer. (BOBBIO, Norberto. 1997. p. 59)

Ressaltando em concordância a esse pensamento que a unanimidade preocupa e esmorece a democracia à medida que vai acomodando e silenciando os personagens desse enredo, fazendo com que se sintam plenamente realizados com as decisões e rumos tomados. Em sua obra, Giovanni Sartori diz:

Desde então começou-se a pensar o contrário, a olhar com suspeita a unanimidade e a apreciar o dissent, a variedade. Foi sobre essa inversão revolucionária de perspectiva que se construíram, aos poucos, as civilizações liberais, e é através desses trâmites que se chega às democracias atuais. A autocracia, os despotismos, as velhas e novas ditaduras, são o mundo todo de uma cor, a democracia é um mundo multicolorido [...] Fomos nós e não os gregos que descobrimos como construir uma ordem política por meio dos múltiplos e das diferenças. (SARTORI, Giovanni, 2017, p. 164)

A multiculturalidade que é apresentada por meio do debate sadio e democrático enseja a busca pelo atendimento das demandas amplamente explanadas nesse artigo. É preciso que se conheça o outro, que se entenda as perspectivas que ele traz para que também sejam solucionados os problemas advindos dessa busca com o devido cuidado de abarcar a todos mesmo sabendo que poderão existir falhas, mas eis aí um espaço de contribuição social onde os atores do campo democrático não deverão medir esforços para preencher todos os espaços vazios e levar a solução dos conflitos e necessidades latentes até os que necessitarem. Ainda nesse sentido, ao discorrer sobre a democracia, José Afonso nos mostra de maneira acertada e pontual:

A democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações

de base no processo político e na ação governamental. Nela, as restrições a essa participação não de limitar-se tão só às situações de possível influência antidemocrática, como as irreelegibilidades e inelegibilidades por exercício de funções, empregos ou cargos, ou de atividades econômicas, que possam impedir a liberdade do voto, a normalidade e a legitimidade das eleições (art. 14, §§ 5º a 9º). (DA SILVA, José Afonso, 2005, p. 136-137)

Desta forma, e seguindo tais correntes de pensamento, torna-se inconcebível que na mesma fonte que jorra a democracia, também seja possível a produção de intolerantes e incompreensivos com a forma de se exercer o governo. Entretanto, o que se verifica pela existência do campo democrático e a entrega significativa de direitos que ele traz é justamente a crescente ascensão de autoritaristas revoltosos com o emprego de recursos públicos para atendimento de necessidades que, segundo alguns, são para priorizar as minorias, e não as majorias, que, conforme estes, devem ser o alvo específico e principal dessas políticas públicas e investimentos.

Eis que estamos diante de um problema da democracia moderna, onde estes que se auto proclamam maioria se tornaram ignorantes com a trajetória do tempo e com a sua inserção do debate político, colocando o individualismo acima do coletivismo. Aparentemente, o que verdadeiramente importa é atender apenas o interesse individualista e narcisista dessa camada pobre de empatia que é em regra incapaz de enxergar o outro como carente desses direitos e garantias que tão arduamente foram conquistados e tem resguardo destes, sendo que a conquista das garantias fundamentais se estende a todos.

Se voltarmos os olhos rapidamente a um passado recente, que nos é caro, é possível observar que as discussões do individualismo em detrimento do coletivo eram recheadas de diversificadas pérolas de apoiadores que desejavam fazer com que prevalecesse a raça e o indivíduo enquanto iluminado e único, dando origem a termos como arianismo, empregado por Hitler em suas jornadas em busca da expansão alemã, que acabou ampliando o preconceito enraizado e não apenas o poderio e, supostamente, a grandeza que os alemães possuíam. Muito embora a observação do passado esteja superada no sentido de que evoluímos enquanto sociedade, infelizmente, existem aqueles que clamam ainda pelos mesmos ideais nazistas da década de 20 e seguintes.

Ao trazermos um recorte da representatividade no Brasil, Bonavides assinala: “Enquanto isto, a democracia do sistema constitucional brasileiro se mostra na essência o reverso, em virtude da execução que se lhe tem dado por obra do bloqueio representativo quase total, que obscurece, usurpa e invalida o teor de democracia direta constante dos artigos 1º e 14 da Carta Magna de 1988”. (BONAVIDES, 2003, p. 60)

A democracia participativa é muito mais inclusiva do que a colocada nos moldes brasileiros, onde, conforme assinalado por Bonavides, perdeu-se a essência real, e parece ter colocado o povo de protagonista a meros figurantes, o que em verdade seria totalmente o inverso,

asseverado pelo professor é oportuno mencionar que “não há democracia sem povo”. (BONAVIDES, 2003, p. 48).

Larry Diamond, no livro “O Espírito da Democracia” nos orienta:

Dizer que o governo legítimo depende do consentimento do governado é dizer que o povo (um termo que para Locke significa não apenas a multidão em oposição aos nobres, mas todos que pertencem à sociedade) é soberano em última instância. O povo é o fundador da sociedade política; é ele quem decide onde investir o poder de criar leis; ele tem “o direito de reivindicar sua liberdade original” e de selecionar um novo poder legislativo se o atual trair sua confiança. (DIAMOND, Larry. 2017. p. 112)

Isso porque, o verdadeiro dono do poder soberano é o povo, são os governados. Os poderes nada mais fazem do que gerenciar a máquina pública em benefício do próprio contribuinte, trabalhando em prol deste e para os interesses dele. Não há o que se falar em poder estar retido em alguma das três esferas do poder (Executivo, Judiciário e Legislativo), mas sim contido no individual de cada cidadão e cidadã que compõe o Estado, independente da origem social, raça, sexo ou religião, o poder é e deve ser partilhado entre todos e a estes compete racionalizar o “cetro” da democracia.

CONCLUSÃO

A história mundial é contada e recontada diariamente em diversos Colégios e Universidades tanto no Brasil como no mundo sendo que em alguns a grade permite aprofundar em determinados momentos memoráveis. Imaginemos como deve ser fértil a imaginação de uma criança de aproximadamente oito ou nove anos ao escutar pela primeira vez sobre a revolução francesa, ou ainda como deve ser um momento ímpar encontrar um jovem entendendo a formação da Organização das Nações Unidas – ONU, depois da Segunda Guerra Mundial, e a maneira como ela atua até os dias atuais.

Os diálogos, guerras, embates nos campos filosófico e jurídico sejam eles gravados ou apenas reproduzidos como memórias são importante contributo para a nossa identidade enquanto seres humanos. A composição da nossa cultura passou por inúmeros momentos, mas em todos eles foi necessária a atuação do povo, para que algo avançasse ou retrocedesse, onde dificilmente ouvimos uma construção na história em que tudo tenha se realizado de maneira individual ou ainda sem que existissem manifestações contra ou favoráveis àquilo que estava sendo discutido ou realizado naquele momento da história.

A voz, importante meio de comunicação dos seres humanos sempre se mostrou ferramenta de aliança ou desavença entre os povos, de maneira tal que a palavra de um homem já assegurou ou mesmo destruiu reinados consolidados, mas que acabaram por não ter o apoio popular justamente pelo apoio ou desaprovação que a palavra dada detinha. Embora nem todos possam falar, e por isso

em uma concepção mais atualizada poderíamos entender que a manifestação é um importante meio de se expressar de forma a concordar ou desaprovar alguma ação ou reação, todos podemos interagir com o sistema que nos cerca. Seja esse sistema político, religioso, acadêmico ou familiar.

Entre vozes que se fazem expressivas ou aquelas que apenas ressoam com os demais, é nítida a presença do Estado Democrático de direito assegurando o livre curso destas e incentivando que se proliferem ainda mais em quantidade e mesmo em qualidade. A medição de um espaço democrático pode ser feita por essa qualidade do debate político travado e é nesse sentido que tal artigo não busca esgotar as reflexões que a democracia e suas vozes nos proporcionam, mas sim interagir com elas e da melhor forma possível aprimorá-la através do debate, da ampliação desse local e a inserção dos que estão do lado de fora para que entrem e se tornem soberanos de um direito que sempre lhes foi precioso.

A jovem democracia enfrenta dificuldades para se estabelecer porque em vários momentos os atores que deveriam dar protagonismo a ela estão enclausurados em seus próprios dilemas e vivências pessoais e se esquecem da realidade político-social que os cerca. A atualidade é cruel ao nos trazer cenas de um capítulo que costumamos esquecer e nos lembrar que logo que a página da memória foi virada também é possível que ela retorne ao holofote principal. A história não nos omite as suas verdades, sendo que os acomodados muito embora não fizessem esforço para mudar o cenário em que estavam sendo inseridos, tiveram de agir conforme a introdução da peça teatral retratada. O problema é quando o teatro passa da hora em que deveria terminar e se torna um cárcere privado ao invés da alegria que lhe seria mais apropriada.

A democracia é portanto o enredo da trama que este artigo buscou retratar, o povo é o seu narrador e também seu personagem principal, o texto a ser lido e interpretado busca garantir a ascensão e aprimoramento de direitos fundamentais e a ampliação deles para que cada cidadão que pisa sob o solo desse Estado Democrático possa desfrutar e reivindicá-los no momento oportuno e necessário. Os poderes da República, quais sejam, Executivo, Judiciário e Legislativo nada mais são do que vestes de luxo que abrilhantam a peça como um todo, mas eles não são atores principais, pelo menos não deveriam ser, o principal como já afirmado, é o povo e dele todo poder é emanado. Diariamente cada habitante do país é convidado a se sentar na Ágora que atualmente pode ser encontrada nas esferas municipal, estadual e federal e participar das discussões políticas compondo sua voz para exigir mudanças, aprimoramento do Estado como um todo e sendo possuidor do espaço que é seu por direito ao ter seu espaço de fala preservado e elevado à medida que se impõe e usufrui dele.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo.** Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: Por um direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

DIAMOND, Larry. **O Espírito da Democracia.** Traduzido por Marcelo Oliveira da Silva. 1ª edição. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

DIAMOND, Larry. **Para entender a Democracia.** Tradução Vitor Adriano Liebel ... [et al]. 1ª edição. Curitiba: Instituto Atuação, 2017.

MOSS, Robert. **O Colapso da Democracia.** Trad. Wilma Freitas Ronald de Carvalho. Rio de Janeiro: Editorial Nórdica Ltda., 1978.

SARTORI, Giovanni. **O que é Democracia?** Trad. Georgia de Souza Cagneti. 1ª Edição. Curitiba: Instituto Atuação, 2017.

WEBER, Caroline. **Rainha da Moda: Como Maria Antonieta se vestiu para a Revolução.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS TEORIAS DA AGÊNCIA E DA CAPTURA DO REGULADOR

Natavia Boigues Corbalan **TEBAR**¹
Wellington Boigues Corbalan **TEBAR**²

RESUMO

É cada vez mais frequente a constatação de que os representantes eleitos do povo, no exercício do mandato político, acabam por se afastar dos interesses da coletividade (nomeadamente o interesse público) para perseguirem interesses próprios. Este cenário disfuncional é característica marcante do modelo de democracia representativa e é objeto de estudo das Teorias da Agência e da Captura do Regulador, ambas analisadas no presente estudo científico. Tais teorias explicam os desvios de comportamento dos representantes eleitos no exercício do mandato político, principalmente no que tange ao aspecto da regulação (seja legislativa, seja administrativa), que subvertem a própria democracia. Ao invés de se pregar o fim da democracia, soluções como o monitoramento dos mandatários por parte da população, bem como a penalização dos agentes políticos que praticam desvios no exercício do mandato, são abordadas como soluções viáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia Representativa. Desvios no Exercício do Mandato Político. Teorias da Agência e da Captura do Regulador.

ABSTRACT

There is a growing awareness that elected representatives of the people, in the exercise of their parliamentary mandate, are moving away from the interests of society (in particular the public interest) to pursue their own interests. This dysfunctional scenario is a striking feature of representative democracy and is the subject of study of Theory of the Firm and Theory of Regulatory Capture, both analyzed in the present scientific study. Such theories explain the deviations in elected representatives behavior in the exercise of the political mandate, mainly regarding the aspect of regulation (be it legislative or administrative) that subvert democracy itself. Instead of preaching the end of democracy, solutions such as the monitoring of political agents by the population, as well as the penalization of political agents who practice deviations in the exercise of the mandate, are addressed as viable solutions.

KEYWORDS: Representative Democracy. Deviations in the Exercise of Political Mandate. Theories of Firm and Regulatory Capture.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto de estudo os reflexos negativos que o desvirtuamento do exercício do mandato político, por parte dos representantes eleitos do povo, gera no processo de regulação (seja legislativo, seja administrativo), bem como quais seriam as melhores soluções para

1 Discente do 8º termo de Direito no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. E-mail: nataviatebar@hotmail.com.

2 Mestre em ciências jurídico-ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador no Centro de Estudos em Direito do Mar "Vicente Marotta Rangel" - CEDMAR-USP. E-mail: wellingtontebar@hotmail.com.

se evitar tal deturpação do ideal democrático de representação.

Estruturou-se, então, o trabalho em três partes. Em primeiro lugar, buscou-se definir o instituto da democracia, de modo a demonstrar que este regime político, na maior parte dos Estados, está intimamente ligado com a ideia da representação. Em segundo lugar, analisaram-se as características e feições da própria representatividade política, de modo a investigar se se trata de um meio apto a promover verdadeiramente a democracia.

Em terceiro lugar, abordaram-se as teorias (da agência e da captura do regulador) que explicam os desvios de comportamento dos representantes eleitos no exercício do mandato político, que subvertem o processo regulatório, para, ao final, proporem-se soluções para se evitar tais comportamentos antidemocráticos.

Por fim, para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo, pois se partiu de premissas gerais para a construção dos fundamentos a serem utilizados como parâmetros de validade do raciocínio exposto, conjuntamente com o dialético, na medida em que se tentou buscar sínteses de soluções baseadas em situações juridicamente conflitantes.

2 DEMOCRACIA

Neste tópico, definir-se-á o que é democracia. Na verdade, o que a democracia busca ser, pois a democracia é uma luta constante de garantia de direitos. Sendo assim, ela se modifica a cada momento da história, não havendo, então, uma definição estanque do que seria democracia.

Primeiramente, deve-se mencionar que democracia é uma forma de governo, na qual o povo é quem tem o poder. Nas palavras de Bobbio:

Da idade clássica a hoje o termo “democracia” foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo³.

Após governos autocráticos, pelos quais o povo não tinha poder sobre as decisões tomadas, a democracia vem para quebrar a perpetuação de governos de uma pessoa só. Não há, então, na democracia somente uma pessoa que detém todo o poder para si, na verdade o detentor do poder, como já dito anteriormente, é o próprio povo.

Nas palavras de Paupério:

Como oposta aos sistemas autocráticos, a democracia caracteriza-se como negação do poder pessoal, como sistema político em que ninguém pode proclamar-se, por sua única voz, governante, e em que ninguém pode igual ou irrevogavelmente continuar a manter, em seu próprio nome, o poder⁴.

3 BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 135.

4 PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Estado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 72-73.

Em uma tentativa de definir o que a democracia é, Lincoln diz que “a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”⁵. Analisar-se-á, então, de forma específica estas três afirmações contidas na definição de Lincoln.

O governo do povo, como já foi dito anteriormente, quer dizer que o povo é o titular do poder. Com efeito, “governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático”⁶.

Dizer que na democracia o governo é feito pelo povo tem a finalidade de mostrar que, nesta forma de governo, as decisões tomadas devem ter o consentimento popular e a forma de tentar se buscar isso é por meio da representação. Nas palavras de Silva:

Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo)⁷.

Já o governo para o povo, “há de ser aquele que procure liberar povo de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar”⁸. Pode-se observar, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, a afirmação de Lincoln, quando ele diz que o governo é pelo povo, pois a nossa Constituição Federal prevê categoricamente a figura da representação política,

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

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

A representação ocorre por meio de eleições, meio pelo qual serão escolhidas as pessoas que terão legitimidade temporária para representar o povo. Nas palavras de Alves:

A técnica democrática e o princípio da maioria, nas democracias representativas, impõem a agregação temporária das vontades individuais, em eleições periódicas, com o objetivo de converter votos em mandatos, nas quais são constituídos representantes, que terão legitimidade, durante determinado período de tempo, para decidir em nome do povo⁹.

Kelsen defende que a liberdade e igualdade são as razões da ideia democrática e que o controle sobre o povo deve somente ser feito pelo próprio povo. Conforme aduz o referido autor:

Quando temos que ser controlado, nós queremos somente ser controlados por nós mesmos. A política é livre quando ninguém faz seus próprios desejos. Nesse sentido, encontramos o

5 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo** – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 134-135.

6 SILVA, op. cit, 135.

7 SILVA, op. cit, 135.

8 SILVA, op. cit, 135.

9 ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental** – Curitiba: Juruá, 2013, p. 147.

pensamento, que liberdade e igualdade são razões para a ideia democrática¹⁰.

A representatividade é uma forma de participação política da população, mas a democracia não tem como finalidade somente a participação do povo no poder político, ela tem também como finalidade a igualdade entre as pessoas no âmbito econômico. Segundo Paupério:

O povo não deve participar apenas do poder político mas igualmente do poder econômico. Por isso, é da essência de democracia a distribuição mais equitativa dos bens temporais, através de uma política econômica que vise, por exemplo, à participação nos lucros, na gestão e na propriedade da empresa¹¹.

Analisando-se especificamente o Brasil, mais precisamente a forma que a democracia se apresenta aqui, pode-se dizer que se está bem longe do ideal do que a democracia deveria buscar. Os anos de ditadura, que são extremamente recentes, ajudaram para que o Brasil se distanciasse do verdadeiro governo democrático.

Segundo Streck:

A América Latina, em especial, não tem sido pródiga em exemplos de democracia. Com efeito, mergulhada até há pouco tempo em ditaduras militares, as sequelas ainda se mostram bem visíveis, mormente se examinarmos a equação distribuição de renda versus participação democrática da população¹².

A democracia, como dito no início deste tópico, é uma luta constante, pela qual se busca sempre assegurar o máximo de direitos possíveis. No Brasil, ainda se tem muito para evoluir neste quesito.

3 REPRESENTATIVIDADE

Por agora, ver-se-á a representatividade de forma específica, conceituando-a, analisando-se neste e nos tópicos seguintes se no Brasil ela consegue atingir a sua verdadeira finalidade.

Como apresentado no tópico anterior, a representatividade é uma forma de participação política exercida pelo povo, pela qual este escolhe quem os irá representar por meio do voto. A participação é então indireta, pois o povo escolherá quem irá tomar as decisões que forem necessárias.

Segundo ensina Silva:

Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais¹³.

10 KELSEN, Hans. **Von Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920, p. 5.

11 PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Estado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 79.

12 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 112.

13 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo** – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 137-138.

A participação direta do povo em todas as decisões tomadas pelo governo não é algo viável quando se analisa a complexidade dos Estados e da vida na sociedade moderna. Por isto, na maioria dos Estados (e também no Brasil) optou-se por haver a participação indireta da população. Nas palavras de Bobbio:

É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível¹⁴.

Ocorre então uma ficção, sob o ponto de vista da finalidade da democracia, pela qual o povo comanda o próprio povo. Com efeito, “como não haja hoje, todavia, praticamente, possibilidade de democracia direta, a representação tornou-se a única possibilidade de realizar-se, embora por ficção, o chamando governo do povo pelo povo”¹⁵.

Ao se eleger um cidadão para representar toda a sociedade, tem-se em mente que o interesse da coletividade será defendido quando preciso, mas este conceito de efetiva representação acabou se perdendo com o tempo. De fato, “o conceito de representação está hoje em declínio, tendo praticamente perdido o conteúdo específico, para confundir-se com o conceito de ofício e de função pública, ou seja, de atividade exercida em proveito público”¹⁶.

No Brasil, a representatividade é extremamente desproporcional, pois para alguns setores da sociedade não há o mínimo de representação. Ao se analisar os integrantes do Congresso Nacional, vê-se que o perfil de quem aqueles representam se distancia muito da maior parte da população brasileira, que é de baixa renda. Nas palavras de Streck:

A consolidação do caráter lockeano (representativo) da democracia enfrenta enormes dificuldades em nosso país, a começar por aquilo que se denomina de “déficit de representatividade”, constatável a partir da própria composição do Congresso Nacional. Isso fica claro no que tange aos segmentos sociais ali representados – as camadas médio-inferiores estão praticamente ausentes¹⁷.

Pode-se, então, concluir que os verdadeiramente representados, os que têm os seus direitos assegurados e defendidos, por exemplo, na formação de leis, é a parte da população que detêm o poder econômico. Conforme demonstra Paupério, “na grande maioria dos casos, os governos eleitos não representam a vontade popular e sim o poder econômico. Elege-se quem tem dinheiro. Não se disputam, via de regra, na eleição preferências. Os governos tornam-se, assim, ilegítimos”¹⁸.

Não seria, então, absurdo dizer que os mesmos que detêm o poder econômico, detêm

14 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira- São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 54.

15 PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Estado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 73.

16 PAUPÉRIO, op. cit., 73.

17 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 124.

18 PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Estado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 83.

também o poder político. Com efeito, “se em nosso sistema político vigente, pertence a soberania in abstracto ao povo, de fato pertence aos economicamente fortes, que dispõem, a seu talante, na prática, da vontade popular”¹⁹.

A democracia e representatividade no Brasil, da forma que é aplicada, de nada é fiel à real finalidade dos dois conceitos já apresentados. O mandato representativo é, muitas vezes, uma mera ilusão, pois não há uma real representação do povo, mas sim somente de quem é abastado financeiramente.

Nas palavras de Silva:

Há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não há representação, de tal sorte que a designação de mandatário não passa de simples técnica de formação de órgãos governamentais. E só a isso se reduziria o princípio da participação popular, o princípio do governo pelo povo na democracia representativa. E, em verdade, não será um governo de expressão da vontade popular, desde que os atos de governo se realizem com base na vontade autônoma do representante²⁰.

A única verdadeira participação do povo como um todo é no voto, na escolha do representante. Representantes estes que, em sua maioria, são de classe média ou alta. Desta forma, pode-se afirmar nem mesmo no momento da escolha há uma maneira de se buscar a representação verdadeira.

Além da falta de representatividade real de todos os setores da sociedade, os representantes eleitos, na maioria das vezes, passam a perseguir seus próprios interesses no exercício do mandato político, afastando-se dos interesses da coletividade, fim último da representação política, o que reflete negativamente, por exemplo, no momento da regulação, deturpando-se o ideal democrático, conforme se verá nos tópicos seguintes.

4 OS DESVIOS NO EXERCÍCIO DO MANDATO POLÍTICO

O agir de modo a perseguir interesses particulares, seja por motivos egoísticos, seja porque seduzidos por promessas de ganho, é explicado pelas modernas teorias da agência e da captura do regulador, respectivamente. Embora possuam traços peculiares distintivos, o fato é que ambas revelam os prejuízos que a subversão do mandato eleitoral pode causar ao regime democrático.

Dessa forma, nos próximos tópicos, apresentar-se-á os principais fundamentos da teoria da agência e da captura do regulador, demonstrando-se as consequências nefastas que os desvios de mandato podem causar à sociedade democrática. Além disso, tentar-se-á apresentar algumas propostas de solução para evitar tais desvios.

19 PAUPÉRIO, op. cit., 73.

20 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo** – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p.

4.1 Breves Considerações sobre a Teoria da agência

Primeiramente, é importante ressaltar que a teoria da agência, inicialmente, surgiu no campo empresarial, para explicar a relação entre dois (ou mais) agentes econômicos. Com efeito, a relação de agência é definida por um contrato pelo qual uma ou mais pessoas (a parte principal) “contratam” outra pessoa (o agente) para prestarem algum serviço em nome daquelas, implicando, portanto, em delegação do poder de tomar decisões ao agente²¹.

O problema da relação de agência é que se as partes que a compõem buscam uma máxima utilidade ou proveito econômico, há grandes razões para se crer que o agente nem sempre irá agir no melhor interesse da parte principal que lhe delegou poderes de decisão²².

Em outras palavras, para maximizar seus ganhos, há um grande risco de que o agente possa agir de acordo com seus próprios interesses, em detrimento da parte principal. É por isso que, no domínio empresarial, uma das formas de se evitar os problemas de divergência de interesses é a realização de contratos, com incentivos econômicos ao agente, bem como garantias ao principal²³.

É neste cenário de estudos comportamentais das partes envolvidas numa relação empresarial de representação que surge a teoria da agência. Esta teoria “tenta identificar os incentivos que levam o agente a servir melhor os interesses do principal” e a “entender por que certas soluções são eficazes”²⁴.

De certa forma, todo esse quadro pode ser transposto para o direito, notadamente no que tange ao exercício do poder soberano. Adaptando-se as nomenclaturas, os governantes seriam os “agentes” e o povo a parte principal. Com efeito, “quem tem um mandato, seja de natureza pública ou privada, age por conta, ou a mando, de outrem”²⁵.

Acontece que, não raras vezes, os governantes, notadamente os legisladores, acabam por se desviar do interesse público no exercício do mandato, ocasionando uma quebra de confiança entre o povo e seus representantes eleitos. Ao perseguir interesses meramente pessoais, desvirtua-se completamente a noção de representação democrática e exercício responsável do poder soberano.

É neste cenário que a teoria da agência, embora de origem no domínio econômico, vem sendo transposta ao direito, isto é, trata-se de uma ferramenta utilizada para explicar os motivos que

21 JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure**. In: *Journal of Financial Economics*, Vol.3, Issue 4, 1976, p 308.

22 JENSEN; MECKLING, 1976, loc. cit.

23 SATO, Fabio Ricardo Loureiro. **A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil**. In: *RAP*, 2007, p. 52

24 MONSMA, Karl. **Repensando a Escolha Racional e a Teoria da Agência: fazendeiros de gado e capatazes no século XIX**. In: *RBCS*, Vol.15, nº43, 2000, p. 84.

25 CUNHA, Pedro Ary Ferreira da. **Divórcio entre Soberania e Poder: Contributos da Teoria da Agência Aplicados à Relação entre Governados e Governantes**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VIII, 2011, p. 373.

levam os governantes a desviarem-se do interesse público no exercício do mandato e, mais importante, buscar soluções para essa tão aguda crise democrática.

4.2 Breves Considerações sobre a Teoria da Captura do Regulador

Primeiramente, é importante ressaltar que a teoria da captura do regulador, se comparada com a teoria da agência, é mais familiar à ciência jurídica. O termo “regulador” se refere a aquele que detém o poder de regulamentar determinada norma, de modo que abarca tanto a figura do legislador, quanto a do administrador (e este entendido, inclusive, em sentido amplo, pois também abrange as agências reguladoras).

Por outro lado, o termo captura se refere ao resultado ou processo pelo qual a regulação (a qual abrange tanto a elaboração da lei, quanto sua aplicação) é, ainda que parcialmente, por ação voluntária do ator regulado, constantemente e repetidamente, afastada do interesse público, para se aproximar dos interesses privados daquele²⁶.

Basicamente, pela teoria da captura do regulador, o agente regulado acaba por utilizar o poder público coercitivo do Estado para estabelecer ou impor regras para o fim de obter vantagens privadas²⁷. Dessa forma, o termo “captura” significa a relação de proximidade entre o regulador e o ator (econômico ou não) cujo interesse aquele deve regular.

Segundo Reiss:

A literatura usa uma variedade de definições para explicar os resultados ou características da captura. Uma definição sugere que em uma situação de captura, membros do setor econômico regulado “convencem os reguladores a alterar as regras ou serem lenientes no que tange à aplicação daquelas regras”. Um outro tipo de definição enfatiza as consequências, sugerindo que as agências regulatórias capturadas estão “constantemente servindo aos interesses das indústrias reguladas para negligenciar ou prejudicar o interesse público. Isso implica uma influência excessiva desses atores regulados em relação a aqueles que os devem regular²⁸.

A doutrina aponta que o grau de captura pode ser forte ou fraco. Se o grau de captura é forte, então há uma violação intensa do interesse público, de tal modo que seria melhor que não houvesse qualquer regulação da atividade em questão, porque os benefícios da regulação são superados pelos custos da captura²⁹.

Por outro lado, se o grau da captura é fraco, a influência de um interesse particular compromete apenas a capacidade da regulação de ampliar o interesse público. Em outras palavras,

26 CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing Regulatory Capture. Special Interest Influence and How to Limit It**. New York: Cambridge University Express, 2014, p. 13.

27 BOEHM, Frédéric. **Regulatory Capture Revisited – Lessons from Economics of Corruption**. In: Internet Center for Corruption Research (ICGG), 2007, p. 04.

28 REISS, Dorit Rubinstein. **The Benefits of Capture. Legal Studies Research Papers Series**. In: Wake Forest Law Review, 2012, p. 578.

29 CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing Regulatory Capture. Special Interest Influence and How to Limit It**. New York: Cambridge University Express, 2014, p. 11.

como a influência do interesse particular não foi capaz de tornar a regulação prejudicial ao interesse público, este ainda se mantém assegurado pela regulação (ainda que não em sua plenitude). Dessa forma, quando o grau de captura é fraco, os benefícios sociais da regulação são diminuídos como resultado da influência de interesses particulares, mas mantem-se positivos de uma maneira geral³⁰.

A título de arremate desse tópico, já se pode perceber que a captura distancia a regulação do interesse público e a aproxima do interesse privado. Por esta razão, alguns autores defendem que a existência de captura é motivo suficiente para rejeitar a teoria da prevalência do interesse público na regulação³¹. Outros são até mais radicais, a ponto de defenderem a extinção da democracia.

4.3 Pressuposto Comum: a Violação do Interesse Público

A teoria da captura do regulador nada mais é que uma teoria que revela uma distorção privada do propósito público³². Aplicada ao campo da ciência jurídica, a teoria da agência segue pelo mesmo caminho, pois demonstra que o representante eleito do povo se desvia do interesse público para perseguir propósitos particulares egoísticos. Dessa forma, ambas possuem um pressuposto comum: a violação do interesse público pelos governantes no exercício (disfuncional) do mandato público.

Segundo Boehm:

O governo não é uma máquina e os seres humanos que o constituem, burocratas e políticos, são agentes econômicos que estão também perseguindo seus próprios interesses privados, tais como prestígio e riqueza, e estão, então, propensos a conflitos de interesses entre estes objetivos privados e a sua função pública. Isso pode levar a um abuso de sua posição no sentido de promover seus próprios interesses, ou aqueles interesses capazes de lhes dar o que querem, ao invés de servir à ideia de interesse público³³.

Na maioria dos países que adota a democracia como regime político de poder soberano, os anais históricos e estatísticos de estudos legislativos são cheios de evidências em como os interesses econômicos e outros interesses privatísticos usam os seus recursos, tais como blocos votantes, contribuintes de campanha, trabalhadores voluntários, “networks”, promessas (implícitas ou explícitas) de futuros empregos, dentre outras ferramentas, para induzir os políticos a se desviarem do interesse público³⁴.

Dentre as formas de captura, a pior delas, sem dúvida, é a captura legislativa, pois gera a pior das formas de corrupção³⁵. Segundo Christensen:

30 CARPENTER; MOSS, op. cit., p. 12.

31 CARPENTER; MOSS, op. cit., p. 13.

32 BAXTER, Lawrence G. **Understanding Regulatory Capture: An Academic Perspective from the United States**. In: *The Making of Good Financial Regulation*, 2012, pp.31-39, p. 32.

33 BOEHM, Frédéric. **Regulatory Capture Revisited – Lessons from Economics of Corruption**. In: *Internet Center for Corruption Research (ICGG)*, 2007, p. 03.

34 CARPENTER; MOSS, 2014, loc. cit.

35 BOEHM, op. cit., p. 13.

Na política democrática, os legisladores interpretam o interesse público. Quando eles tomam suas decisões, frequentemente na forma de regras genéricas e abstratas, eles agem, supostamente, no exercício do mandato conferido por seus eleitores. Numa perspectiva de representação, estas decisões são o mais próximo do interesse público, já que os legisladores são responsáveis perante seus eleitores³⁶.

Dessa forma, quando os legisladores se desviam das regras democráticas, no sentido de se perfilharem a interesses privados, subverte-se à própria ideia de democracia, enquanto instituto de representação política daqueles que detêm o poder soberano. Por conta desta subversão dos próprios fundamentos democráticos da representação é que a captura é frequentemente equiparada à corrupção, influência e fracasso regulatório³⁷.

De fato, a literatura ressalta os vários resultados negativos da captura: aplicação pouco rigorosa da lei, regulamentos fracos e benefícios ilícitos auferidos pela iniciativa econômica³⁸. É por esta razão que se torna imperiosa a busca por soluções que vedem tal atentado à democracia.

4.4 Propostas de Solução

O objetivo por trás da regulação governamental é a possibilidade de se proteger o interesse público contra interesses privados, especialmente econômicos. Entretanto, é possível que os legisladores cedam aos interesses privados e façam políticas regulatórias como escudos, protegendo-os contra a livre concorrência e os consumidores³⁹.

Segundo Christensen:

A teoria da captura repousa no argumento de que interesses particulares veem a regulação governamental como um escudo protetivo. Mas não é só isso. Desenvolveu-se uma série de proposições que questionam a neutralidade da regulação administrativa. Para a teoria da captura, a regulação administrativa opera como uma extensão consciente da busca pelo lucro econômico⁴⁰.

Se a captura é entendida como indesejável quando o grau de influência que uma parte legítima do processo regulatório exerce sobre a outra se tornou desequilibrado, então evitar ou reduzir distorções criadas pela captura se torna essencialmente uma questão de promover princípios para se manter a transparência e responsabilidade dos governantes⁴¹.

Os problemas derivados da agência e da captura do regulador são, geralmente, no campo do direito, resolvidos (satisfatoriamente) de duas maneiras: pelo monitoramento e pela penalização.

36 CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. **Public Interest Regulation Reconsidered: from Capture to Credible Commitment**. In: Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2010, p. 04.

37 CARPENTER; MOSS, 2014, loc. Cit.

38 REISS, Dorit Rubinstein. **The Benefits of Capture**. *Legal Studies Research Papers Series*. In: Wake Forest Law Review, 2012, p. 569.

39 CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. **Public Interest Regulation Reconsidered: from Capture to Credible Commitment**. In: Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2010, p. 03.

40 CHRISTENSEN, op. cit., p. 05.

41 BAXTER, Lawrence G. **Understanding Regulatory Capture: An Academic Perspective from the United States**. In: The Making of Good Financial Regulation, 2012, p. 34.

Enquanto “o monitoramento envolve a observação da performance dos agentes, e a penalização é a punição por um comportamento não desejado dos agentes”⁴².

Dentre as duas soluções apontadas, o monitoramento é a mais democrática, pois exercida pelos próprios representados, isto é, os reais detentores do poder soberano. O monitoramento, enquanto solução para a indesejável captura do regulador, pode ser visto em dois aspectos.

Num primeiro aspecto, o monitoramento se revela como um importante mecanismo de participação no processo decisório. Com efeito, o ideal seria, então, buscar-se uma adequada inserção de todas as partes interessadas no processo legislativo (e administrativo) regulatório. Com efeito, “democracia participativa também implica num acesso significativo ao processo de regulação por todas as partes legitimamente interessadas”⁴³.

Considerando que os representados serão afetados, direta ou indiretamente, pela regulação, a eles deve ser dada oportunidade para influenciar a política regulatória, notadamente nas questões de maior importância. Neste sentido, a participação pública é a chave para legitimar o processo de tomada de decisões⁴⁴, já que isto fortalece os valores democráticos⁴⁵. Poder-se-ia afirmar, inclusive, que a participação pública é condição de validade do processo regulatório⁴⁶.

Esta participação pública poderia ser garantida, por exemplo, por meio de audiências públicas, nas quais representantes de vários grupos interessados na regulação participariam das discussões legislativas. Neste sentido, o Estado deveria garantir à sociedade civil total acesso à informação, prezando o diálogo dentro das casas legislativas, para o fim de se tentar formular uma decisão democraticamente responsável pelo consenso⁴⁷. Assim, o processo regulatório se tornaria mais democrático e transparente.

Analisando a questão do ponto de vista da Administração Pública, Christensen pondera que:

Ao invés da ideia pouco realista de que a administração persegue um claro e definido interesse público, o foco mudou para procedimentos que assegurem uma ampla inclusão dos interesses regulados. No caso, os interesses de terceiros são tomados em consideração

42 SATO, Fabio Ricardo Loureiro. **A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil**. In: RAP, 2007, p. 52.

43 BAXTER, Lawrence G. **Understanding Regulatory Capture: An Academic Perspective from the United States**. In: *The Making of Good Financial Regulation*, 2012, p. 36.

44 KANNEN, A et al. **Renewable Energy and Marine Spatial Planning: Scientific and Legal Implications**. In: *The regulation of continental shelf development: rethinking international standards* (Edited by Myron H. Nordquist, John Norton Moore, Aldo Chircop, and Ronán Long). Center for Oceans Law and Policy. MartinusNijhoff Publishers, Leiden, 2013, p. 162.

45 PRIEUR, M. **La Convention d’Aarhus: instrument universel de la démocratie environnementale**. In: *Revue juridique de l’environnement*, Limoges, n.spécial, la Convention d’Aarhus, 1999, p. 09.

46 É importante ressaltar que considerar a participação pública como condição de validade do processo regulatório não significa que o legislador (ou administrador) está totalmente vinculado a apenas um dos interesses envolvidos. Na verdade, significa que a todos os legítimos interessados devem ser garantidos meios de participação pública.

47 CHRISTENSEN, JørgenGrønnegaard. **Public Interest Regulation Reconsidered: from Capture to Credible Commitment**. In: *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, 2010, p. 24

como informação disponível em procedimentos participativos, bem como assegurados pela possibilidade de se desafiar tais decisões finais por outras autoridades administrativas e eventualmente cortes judiciais⁴⁸.

Por outro lado, num segundo aspecto, como decorrência da participação e fiscalização direta dos representados no processo decisório, o monitoramento se revela como um importante mecanismo de controle, considerando a natureza temporária dos mandatos eletivos. Ora, considerando-se que os representados fiscalizam (ou deveriam fiscalizar) cada ato praticado pelo representante regulador, este se mostra compelido a deixar de lado suas próprias convicções ideológicas, advindas de interesses particulares, “sempre tendo em mente que eles terão de prestar contas ao seu eleitorado em um futuro não tão distante”⁴⁹.

Nas palavras de Majone:

Governos com períodos de tempo (mandatos) definidos são uma característica essencial e definidora da governança democrática. O limite de tempo inerente às eleições, em intervalos regulares, é uma poderosa arma de restrição do uso arbitrário, pelos vencedores do pleito eleitoral, dos poderes garantindo a eles pelo eleitorado⁵⁰.

Sendo assim, considerando que os representantes correm o risco de não serem eleitos no próximo pleito caso não correspondam aos anseios de seus eleitores, isso implica num motivo plausível para que se mantenham fiel ao interesse público durante todo o processo regulatório.

Por fim, a segunda solução apontada pela doutrina, para se solucionar os problemas derivados da agência e da captura do regulador, é a penalização do representante regulador (por um órgão autônomo e independente). Entretanto, do ponto de vista da ciência política, a penalização do representante (mais especificamente os legisladores) por desvios do mandato, em razão de ter sido capturado por determinado agente regulado, pelo menos nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, é deveras complicada, por várias razões.

Dentre elas, pode-se citar o fato de que os deputados federais e os senadores, representantes do povo brasileiro na elaboração de leis de caráter nacional, não podem ser penalizados por crimes de responsabilidade, infrações político-administrativas nas quais se poderia preferencialmente amoldar, com um maior rigor técnico, os desvios de mandato por captura.

Assim, inclusive, já julgou o STF:

Ementa: Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/1992. Natureza Jurídica. Crime De Responsabilidade. Prefeito Posteriormente Eleito Deputado Federal. Impossibilidade. Prerrogativa De Foro. Inexistência. Processo Em Fase De Execução. Incompetência Do Supremo Tribunal Federal. Remessa Dos Autos Ao Juízo De Origem [...] Crime de responsabilidade ou *impeachment*, desde os seus primórdios, que coincidem com o início de consolidação das atuais instituições políticas britânicas na passagem dos

48 CHRISTENSEN, JørgenGrønnegaard. **Public Interest Regulation Reconsidered: from Capture to Credible Commitment**. In: JerusalemPapers in Regulation&Governance, 2010, p. 28.

49 CHRISTENSEN, op. cit., p. 04.

50 MAJONE, Giandomenico. **Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions**. In: European University Institute, Working Paper RSC No 96/57, 1996, p. 01.

séculos XVII e XVIII, passando pela sua implantação e consolidação na América, na Constituição dos EUA de 1787, é instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes. Não se concebe a hipótese de *impeachment* exercido em detrimento de membro do Poder Legislativo. Trata-se de *contraditio in terminis*. Aliás, a Constituição de 1988 é clara nesse sentido, ao prever um juízo censório próprio e específico para os membros do Parlamento, que é o previsto em seu artigo 55. Noutras palavras, não há falar em crime de responsabilidade de parlamentar (Tribunal Pleno, Pet. 3923 QO, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 13/06/2007, DJe-182 25/08/2008, publicado em 26/09/2008)⁵¹.

De fato, pelas regras do ordenamento jurídico brasileiro, os parlamentares somente poderiam ser julgados por crimes comuns, pelo Supremo Tribunal Federal (art.102, I, “b”, CF), ou por quebra de decoro parlamentar, pela própria Casa Legislativa (art.55, II, §2º, CF). Nenhuma das regras parece ser satisfatória, pois dificilmente o desvio de mandato por captura preencheria as elementares de algum crime comum já tipificado, além de que, mesmo que o desvio de mandato pudesse ser considerado motivo de quebra de decoro parlamentar, a penalização poderia ser obstada por corporativismo dos pares do parlamentar (que, muito provavelmente, poderiam inclusive estar na mesma situação, não tendo interesse na punição).

Uma outra forma de penalização, que poderia se revelar eficaz, é a possibilidade de revogação antecipada do mandato. No ordenamento jurídico americano, trata-se do instituto conhecido como “recall”, nomenclatura essa que foi internalizada em vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

O recall foi definido, já em 1912, pela Liga Municipal Nacional Americana como “o direito que os eleitores de qualquer estado-membro ou município tem de tornar extinto, por meio do voto destituente, o mandato de qualquer agente eleito, antes mesmo de se expirar o período para o qual foi eleito”⁵². Portanto, o “recall” trata da possibilidade de revogação antecipada de mandato eletivo, tanto de cargos do executivo, quanto do legislativo, quanto do judiciário (nos países nos quais os juízes são eleitos), por meio da realização de uma nova eleição⁵³.

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro tampouco prevê o instituto do recall para a revogação antecipada de mandatos eletivos. Muito embora, é verdade, na fase de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a formulação de uma proposta de texto a ser inserida na Carta Magna⁵⁴, mas que foi expressamente recusada pela maioria dos

51 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, Pet. 3923 QO, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 13/06/2007, DJe-182 25/08/2008, publicado em 26/09/2008.

52 FARMER, Rod. **Power To The People: The Progressive Movement for the Recall, 1890s-1920**. In: The New England Journal of History Winter, 2001, Vol. 57, No. 2, p. 02-03.

53 A realização de uma nova eleição para o fim de retirar o mandato do agente político eleito é a principal característica que difere o “recall” do “impeachment”. Com efeito, “a única diferença entre o recall e o impeachment é que no impeachment o julgamento se dá perante um órgão colegiado, enquanto o recall coloca a decisão nas mãos do povo” (FARMER, Rod. **Power To The People: The Progressive Movement for the Recall, 1890s-1920**. In: The New England Journal of History Winter, 2001, Vol. 57, No. 2, p.17-18).

54 Emenda ES29809-7. Plenário. Fase legislativa: 'B' Autor: Lysâneas Maciel Partido: PDT Data: 04.09.1987 Emenda

constituintes⁵⁵.

Além disso, também é verdade que haja alguns projetos de emenda constitucional (tais como a PEC nº 80/2003, bem como a PEC nº 73/2005) que versam sobre a matéria, porém ambos já se encontram arquivados, o que significa dizer que dificilmente tal assunto terá uma análise e prosseguimento satisfatório no Congresso Nacional brasileiro.

A instituição do “recall” poderia contribuir para que os parlamentares se tornassem mais responsáveis no exercício do seu mandato, principalmente no que tange a se manter fiel aos interesses dos seus mandantes quando do processo regulatório. Entretanto, falta vontade política aos congressistas em levar esta pauta adiante.

Por fim, é de se ressaltar que a doutrina aponta outras soluções para os problemas ocasionados pela teoria da agência e da captura do regulador, tal como a delegação de autoridade reguladora a um órgão independente⁵⁶, que, inclusive, poderia ter caráter supranacional, a exemplo da Comissão, no direito comunitário europeu⁵⁷.

Entretanto, tais soluções não serão aqui analisadas, pois não podem ser adequadas, satisfatoriamente, ao campo do direito. Com efeito, a atividade reguladora, seja legislativa, ou executiva, é indelegável (a um órgão externo independente), pois diz respeito à própria soberania do Estado. Além disso, o nosso modelo de Estado Federativo impede a atribuição de tal função soberana a um órgão supranacional.

5 CONCLUSÃO

A democracia é um regime político pelo qual os cidadãos governam a si mesmos, de forma

aditiva. Acrescente, onde couber Art. Os detentores de mandatos eletivos tem o dever de prestar contas de suas atividades aos eleitores. Parágrafo único. A qualquer tempo, no curso do mandato parlamentar, poderão ser oferecidas impugnações à Justiça Eleitoral com fundamento em abuso do poder econômico, corrupção e fraude, transgressões eleitorais esses puníveis com perda de mandato. Art. Os eleitores poderão revogar, por voto destituente, o mandato concedido a seus representantes no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores, na forma regulamentada em lei complementar. Justificativa - O voto destituente pode ser definido, em sentido amplo, como a medida que confere ao eleitorado o poder de, em determinadas condições, substituir um ocupante de cargo público antes ao término normal de seu período. Trata-se de uma revogação de mandato, uma verdadeira suspensão de confiança ou uma conseqüente anulação de nomeação ou escolha anterior. O voto destituente, que se pretende estabelecer no texto constitucional, refere-se exclusivamente aos detentores de mandatos eletivos, e por iniciativa exclusiva dos eleitores. 49 A revogação proposta fundamenta-se na teoria da soberania fracionada, que fica com cada um dos membros do povo. Se o mandato eletivo é uma delegação de representação popular, deveria competir ao eleitor revogar a qualquer momento tal delegação. O RECALL E O VOTO DESTITUENTE A instituição deste novo direito é especialmente importante para nosso País, onde os abusos, a corrupção e a impunidade ameaçam a própria credibilidade do sistema democrático. Constituirá ainda, poderoso instrumento de controle dos representantes, pelo eleitorado: a mera presença desse dispositivo na Lei Maior poderá coibir certos abusos e irresponsabilidades.

55 AIETA, Vânia Siciliano. **O Recall e o Voto Destituente**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.10, n. 40, 2002, p. 164.

56 CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. **Public Interest Regulation Reconsidered: from Capture to Credible Commitment**. In: Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2010, p. 27.

57 MAJONE, Giandomenico. **Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions**. In: European University Institute, Working Paper RSC No 96/57, 1996, p. 05.

direta ou indireta. Atualmente, na quase totalidade dos Estados que adotam a democracia como regime de governo, elegem-se representantes do povo, que exercerão o poder em nome deste. Sendo assim, a representação é peça chave do jogo democrático, pois os ocupantes dos mandatos políticos têm o dever de agir de acordo com os interesses da coletividade, isto é, o interesse público.

Acontece que, ultimamente, constatou-se que a representação, característica marcante, talvez se poderia até dizer legitimadora, do regime democrático, passa por uma crise muito acentuada, na medida em que os representantes do real detentor do poder soberano (o povo) não agem em benefício deste, subvertendo a lógica do mandato.

O agir de modo a perseguir interesses particulares, seja por motivos egoísticos, seja porque seduzidos por promessas de ganho, é explicado pelas modernas teorias da agência e da captura do regulador, respectivamente. Embora possuam traços peculiares distintivos, o fato é que ambas revelam os prejuízos que a subversão do mandato eleitoral pode causar ao regime democrático: violação do interesse público, corrupção, ausência ou deficiência na elaboração (e aplicação) de leis (ou regramentos administrativos) reguladores de atividades essenciais da vida em sociedade, dentre outros.

Pelo estudo desenvolvido no presente trabalho, os problemas derivados da agência e da captura do regulador poderiam ser resolvidos de duas maneiras: pelo monitoramento e pela penalização. A princípio, no Brasil, nenhuma das soluções resolveria o problema de forma satisfatória.

Com efeito, o monitoramento, que tem a ver com a fiscalização do mandato político por parte do povo, praticamente não existe. É fato notório que vários congressistas, mesmo investigados, acusados e, eventualmente, condenados, por vários crimes, continuam a ser (re)eleitos por várias e várias vezes.

Além disso, a penalização, que tem a ver com a punição a ser aplicada por um órgão independente é insipiente, pois além do fato de as hipóteses de responsabilização de deputados federais e senadores serem bem limitadas, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a possibilidade de revogação antecipada do mandato político.

Portanto, para que o combate aos desvios de mandato seja efetivo, é necessário que a população desenvolva uma consciência cidadã, de modo a efetivamente fiscalizar o exercício do mandato de seus representantes, seja por meio de acompanhamento das sessões legislativas, seja evitando-se a reeleição daquele que se afasta dos interesses da coletividade. Além disso, é necessária também a criação de mecanismos de punição destes parlamentares que agem de acordo com seus próprios interesses, evitando-se a derrocada da democracia representativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. **O Recall e o Voto Destituente**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.10, n. 40, 2002, pp.157-170.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

BAXTER, Lawrence G. **Understanding Regulatory Capture**: An Academic Perspective from the United States. In: The Making of Good Financial Regulation, 2012, pp.31-39.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOEHM, Frédéric. **Regulatory Capture Revisited** – Lessons from Economics of Corruption. In: Internet Center for Corruption Research (ICGG), 2007, pp.01-29.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, Pet. 3923 QO, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 13/06/2007, DJe-182 25/08/2008, publicado em 26/09/2008.

CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. **Preventing Regulatory Capture**. Special Interest Influence and How to Limit It. New York: Cambridge University Express, 2014.

CHRISTENSEN, Jørgen Grønnegaard. **Public Interest Regulation Reconsidered**: from Capture to Credible Commitment. In: Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2010, pp.1-33.

CUNHA, Pedro Ary Ferreira da. **Divórcio entre Soberania e Poder**: Contributos da Teoria da Agência Aplicados à Relação entre Governados e Governantes. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VIII, 2011, pp.363-395.

FARMER, Rod. **Power To The People**: The Progressive Movement for the Recall, 1890s-1920. In: The New England Journal of History Winter, 2001, Vol. 57, No. 2, pp.59-83.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **Theory of the Firm**: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: Journal of Financial Economic, Vol.3, Issue 4, 1976, pp.305-360.

KANNEN, A et al. **Renewable Energy and Marine Spatial Planning**: Scientific and Legal Implications. In: The regulation of continental shelf development: rethinking international standards (Edited by Myron H. Nordquist, John Norton Moore, Aldo Chircop, and Ronán Long). Center for Oceans Law and Policy. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, pp.153-178.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Von Wesen und Wert der Demokratie**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920.

MAJONE, Giandomenico. **Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions**. *In: European University Institute, Working Paper RSC No 96/57, 1996, pp.1-16.*

MONSMA, Karl. **Repensando a Escolha Racional e a Teoria da Agência: fazendeiros de gado e capatazes no século XIX**. *In: RBCS, Vol.15, nº43, 2000, pp.83-113.*

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria Democrática do Estado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

PRIEUR, M. **La Convention d'Aarhus: instrument universel de la démocratie environnementale**. *In: Revue juridique de l'environnement, Limoges, n.spécial, la Convention d'Aarhus, 1999, pp.09-29.*

REISS, Dorit Rubinstein. **The Benefits of Capture. Legal Studies Research Papers Series**. *In: Wake Forest Law Review, 2012, pp.569-610.*

SATO, Fabio Ricardo Loureiro. **A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil**. *In: RAP, 2007, pp.49-62.*

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

DA INVIOLABILIDADE DO DIREITO À HONRA NAS REDES SOCIAIS

Jaime Domingues BRITO¹
Mateus Tamura ARANHA²

RESUMO

A comunicação entre as pessoas experimentou profunda modificação nos últimos anos, com exponencial aumento da troca de informações pelas redes sociais, meio que atinge um enorme número de internautas. Com isso, diante da grande quantidade de divulgação das conversas e imagens pela *internet*, favorece-se o surgimento de potenciais conflitos advindos dessas publicações, sobretudo pela permanência dessas postagens no meio virtual pela posteridade. No entanto, a honra, como espécie de direito da personalidade, goza de todos os seus predicados, notadamente para fins de salvaguarda de ofensas. Denota-se, dessa forma, que há a imposição da inviolabilidade da honra, imagem e reputação para se tutelar efetivamente a dignidade da pessoa humana, princípio-mor do ordenamento jurídico, ainda que presente na Constituição Federal previsões que assegurem a liberdade de manifestação, expressão e comunicação. Para analisar as eventuais violações dos direitos à honra, adota-se, neste trabalho, o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à honra; Direito da personalidade; Dignidade da pessoa humana; Redes sociais.

ABSTRACT

Communication between people has undergone a profound change in recent years, with an exponential increase in the exchange of information through social networks, which affects a large number of internet users. With this, in view of the great amount of publicity of the conversations and images through the internet, the potential conflicts arising from these publications are favored, especially by the permanence of these postings in the virtual environment by posterity. However, honor, as a kind of personality right, enjoys all its predicates, notably for the purpose of safeguarding offenses. In this way, there is the imposition of the inviolability of honor, image and reputation in order to effectively protect the dignity of the human person, the principal principle of the legal system, even if present in the Federal Constitution forecasts that guarantee freedom of expression, manifestation and communication. In order to analyse the question of possible violations of the rights to honor, it is adopted, in this work, the deductive method.

KEYWORDS: Right to honor; Right of personality; Dignity of human person; Social networks.

- 1 Professor titular, desde 1987, dos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na qual milita na Graduação, Mestrado e Doutorado. Leciona também no Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Além de dedicar-se ao estudo do Direito Civil, investiga, também, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Tem sido objeto de seus estudos e reflexões, em linhas gerais, assuntos ligados aos seguintes temas: os defeitos dos negócios jurídicos; a prescrição e a decadência; a reparação do dano material e imaterial; o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Tem também investigado assuntos ligados à Bioética e Biodireito, bem como métodos para a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Coordena, junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o Grupo de Pesquisa intitulado "Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista no Brasil?". É advogado militante.
- 2 Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná), possui MBA (Master of Business Administration) em Direto Empresarial pela GVlaw (Fundação Getúlio Vargas) - 2014 e Especialização em Direito Civil pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo/SP) - 2008. Conclusão de cursos de Extensão Universitária pela Rede de Ensino LFG - 2006, Marcato Cursos Jurídicos - 2005 e Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus - 2003. Professor Universitário, Assessor Jurídico concursado na Câmara Municipal de Bocaina/SP, Advogado, Contador e Coordenador Regional do Exame de Ordem em Jaú/SP da OAB - Seção de São Paulo.

INTRODUÇÃO

O relacionamento humano, com o decorrer dos tempos, vai se alterando e acompanha as tendências de cada época. A comunicação, como forma de interação entre as pessoas, também suporta os consectários dessas mudanças. Por isso, constata-se que há algumas décadas essa modificação vem ocorrendo, porém nos últimos anos isso se intensificou, notadamente pela maior utilização de diversas redes sociais.

Aliás, com o maior acesso à *internet* pelos aparelhos celulares, a permanência das pessoas *online* aumentou significativamente, pois normalmente são levados por elas para onde vão. Com isso, verifica-se um incremento nas conversas realizadas pelos aplicativos instalados nesses instrumentos eletrônicos. Portanto, contatos que anteriormente eram efetuadas por correspondências, ligações telefônicas, correio eletrônico (*e-mail*), e até conversas pessoais, passaram a ser concretizadas por meio dos sistemas *WhatsApp*, *Telegram*, *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *LinkedIn*, *Messenger*, *Snapchat*, dentre outros.

Sabe-se que nessas redes sociais é possível manter uma conversa privada, ou então, uma exposição pública de fotografias, mensagens, áudios e vídeos. Desse modo, com essa nova forma de se interagir as informações passaram a ser acessadas por um número quase incontrolável de pessoas. Assim, potencializou-se a divulgação de dados e informações que décadas atrás permaneceriam somente entre o emissor e o receptor da mensagem, ou, então, restrito a um pequeno grupo.

Ocorre que, muitas dessas informações disponibilizadas pelas referidas redes sociais acabam sendo nocivas, pois podem conter ofensas graves à reputação e à honra de outrem. Ou seja, enquanto anteriormente esses enteveros permaneciam circunscritos a poucas pessoas que os presenciaram, na atualidade tornam-se público, tomando grandes proporções. Ademais, importante salientar que as publicações nas redes sociais ficam registradas para eternidade, salvo se excluídas por seus autores. Logo, as pessoas vítimas de ofensas por esses meios de comunicação não conseguem minimizar os danos que suportam, eis que estarão expostas constantemente e, pior, para a posteridade, caso não sejam removidas por quem as publicou.

Diante disso, busca-se a reflexão sobre as consequências jurídicas dessas condutas, apurando as sanções decorrentes desses atos ilícitos (civis, criminais, dentre outras) por meio das redes sociais. Além disso, procurar-se-á problematizar, neste trabalho, qual dos direitos deve prevalecer nesses casos: o direito à honra, como espécie de direito da personalidade, ou o direito à liberdade de expressão, o direito à informação e o direito de manifestação. Deste modo, uma vez

dado acento ao problema, é de se seguir adiante em busca das hipóteses de solução da questão ora levantada. Esse é o objetivo do presente trabalho.

Cabe justificar ainda o interesse pelo tema, tendo em vista a repercussão de diversos casos ocorridos nessa seara, mormente os infortúnios causados às vítimas. Adentrando-se aos aspectos metodológicos, destaque-se que se adota o método dedutivo, eis que serão tomadas as premissas, aplicando-as para a obtenção da conclusão do presente trabalho. Já em relação à abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa, tendo a natureza aplicada, pois pretende a resolução de problemas específicos, com a respectiva aplicação prática. E em relação à sua natureza, a pesquisa em tela é exploratória e explicativa, almejando aprofundar o conhecimento sobre o tema. E quanto à fonte de dados, adota-se a pesquisa bibliográfica, consultando-se a doutrina pertinente à temática, bem como artigos, dissertações e teses, bem como apreciando precedentes judiciais ligados à matéria.

DO CONTEXTO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos fundamentais, até que fossem expressamente reconhecidos, foram a motivação para várias lutas e revoluções históricas. Foram conquistas alcançadas com muito sacrifício e esforço, levando séculos para serem declarados como direitos inatos ao ser humano, como decorrência lógica de sua condição humana. Na sequência, de forma sintética, será explanado como se deu esse desenvolvimento durante o transcurso de longos anos.

Para tanto, vale salientar que, num primeiro momento, são obtidos os direitos ligados à liberdade e à igualdade, denominados de liberdades negativas, por estarem relacionados à não interferência estatal na condução da vida privada de cada pessoa, sobretudo quanto aos direitos civis e políticos. São chamados também de direitos de primeira dimensão. Já numa segunda etapa, são conquistados os direitos sociais, econômicos e culturais, aqueles que necessitam de uma atuação estatal, denominados, por isso, de liberdades positivas. São os direitos de segunda dimensão. E, por sua vez, tem-se os direitos de terceira dimensão que são atrelados à coletividade e fraternidade, vinculados ao direito ao meio-ambiente, à paz, patrimônio comum. São os direitos difusos e coletivos (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 54-61). Há quem ainda cite os direitos de quarta, quinta e sexta dimensões, porém para o presente trabalho não haverá menção a essa classificação ante à ausência de consenso dos autores nesse ponto.

Quanto aos fatos mais relevantes, observando-se sob o enfoque histórico, pode-se esclarecer que um marco importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais frente à monarquia absolutista foi a denominada *Magna Charta* do Rei João Sem Terra, de 1215, oriunda da Inglaterra. Mas também há outros documentos ingleses de destaque que são hábeis a reconhecerem os direitos dos cidadãos: *Petition of Right*, 1628; *Habeas Corpus Act*, 1679; *Bill of Rights*, 1689.

Vale registrar, por oportuno, que na Inglaterra não há uma Constituição escrita em que se compile o reconhecimento dos interesses dos cidadãos frente ao Estado e entre os particulares. E dessa situação é que se extrai, portanto, a importância desses documentos em que se reconhecem expressamente importantes direitos, garantias e remédios aptos a salvaguardarem o bem-estar da população. No entanto, todas as conquistas que culminaram na edição desses atos normativos são essenciais para compreender a alteração de visão dos direitos fundamentais no decorrer dos tempos, influenciando os demais países na outorga explícita desses significativos valores.

Em contrapartida, essas medidas foram de suma importância para se obter uma nova forma de se pensar o Estado, sobretudo quanto ao respeito aos direitos dos cidadãos pela não-intervenção estatal, com a previsão desses direitos num único documento denominado de Constituição. Dessa forma, impende destacar que nos Estados Unidos da América houve a publicação da Declaração de Virgínia em 12 de junho de 1776, sendo que em 04 de julho de 1776 ocorre a sua Independência, sendo que a promulgação da Constituição estadunidense ocorre em 1787. Por sua vez, na Europa se deflagrava a Revolução Francesa em 1789, com o mote da liberdade, igualdade e fraternidade, gerando a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, com a consequente promulgação da sua Constituição em 1791. Estes são fatos de relevância e que influenciam sobremaneira as demais nações pelo mundo nas décadas posteriores.

No que tange aos direitos sociais, por sua vez, passam a ter expressamente *status* constitucional com a Constituição mexicana de 1917, seguindo-se com a Constituição soviética de 1918 e se consolidando com a Constituição alemã de 1919 (Weimar). Necessário frisar que também são balizas de destaque para o reconhecimento expressos desses importantes direitos.

Já em relação aos direitos humanos, a preocupação com a sua tutela aumentou exponencialmente após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo depois das atrocidades perpetradas nesse período. Com isso, houve a criação da Organização das Nações Unidas em 1945, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Pois bem. Conquanto as menções acima tenham sido efetuadas às diversas formas dos direitos (fundamentais, civis, políticos, sociais, humanos) necessário consignar que, de certo, todos eles se confundem com as conquistas em relação aos direitos da personalidade, por serem extremamente próximos. Portanto, convém notar que advêm da noção do jusnaturalismo, isto é, são inerentes à sua condição humana, preexistentes ao reconhecimento pelo Estado quanto à sua existência.

Nesse contexto, pode-se destacar a concepção de direito da personalidade, salientando que deve ser observado na relação entre pessoa-Estado, mas também entre pessoa-pessoa:

Afirmava-se, nessa direção, que os direitos da personalidade eram absolutos,

imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, características ainda hoje repetidas na legislação pátria e estrangeira. A categoria abrangia um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem. Domado o Leviatã, o direito se propunha agora a enfrentar o lobo. A luta, contudo, não foi fácil (SCHREIBER, 2014, p. 5).

Assim sendo, o direito da personalidade pode ser definido do seguinte modo:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2015, p. 29).

Ademais, convém salientar que o fundamento para tais direitos é a dignidade da pessoa humana:

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana, pelo simples fato de 'ser' humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais. Deve-se, nesse último caso, distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito. Se o próprio criminoso deve ser tratado com respeito, quanto mais vida inocente (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 109).

Neste momento, superada essa explanação sobre a origem, evolução e contextualização, oportuno se mostra efetuar a diferenciação entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade, notadamente por serem temas correlatos, embora cada qual guarde as suas especificidades, conforme sintetizado por Schreiber (2014, p. 13):

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar "direitos positivados numa constituição de um determinado Estado". É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Verifica-se, assim, que a diferenciação dessas espécies de direitos decorre apenas do local de sua aplicabilidade. Todavia, resta nítido que todos eles são fruto de todas as conquistas oriundas das revoluções ocorridas no decorrer dos tempos, de acordo com a explanação efetuada anteriormente. Insta salientar ainda que, embora haja consenso quanto à sua existência, verificou-se a importância de serem positivados para demonstrar expressamente a sua existência, assegurando a sua aplicabilidade, bem como a sua proteção:

O direito de ser é o direito de livremente agir conforme sua personalidade, ou seja, o conjunto organizado de suas particularidades naturais, sua realidade biopsicossocial. Esses

componentes da natureza humana dos quais resulta a personalidade passam a ser bens da pessoa humana, aliás bem máximos (vida, liberdade, corpo, honra, integridade psíquica, criações artísticas, intelectivas, etc.), sem os quais as pessoas não existiriam como tal. Bens que são jurídicos, uma vez que são tutelados pelo Direito (PRUDENTE, 1996, p. 7).

Dessa forma, denota-se que os direitos da personalidade são aqueles intrinsecamente vinculados à noção de dignidade da pessoa humana, ligados sobretudo ao direito à vida, integridade (física, psicológica), liberdade, sociabilidade, honra, privacidade, autoria, imagem, dentre outros. E, em regra, são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, universais e imprescritíveis não podendo o seu exercício sofrer limitação ou restrição. Portanto, não há dúvida que são direitos que devem ser respeitados pelo Estado e pelas demais pessoas, podendo ser tutelados em juízo, com sanções cíveis e criminais.

Vale destacar ainda que a previsão constitucional desses direitos faz com que seja imposta a obrigatoriedade de serem respeitados, tendo em vista que as normas contidas na Constituição são dotadas de carga normativa:

A Constituição configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as formas sociais e políticas (HESSE, 1991, p. 3).

Isso por que, conforme salientado por Lassalle (1933, p. 13): “[...] no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. Portanto, revela-se indispensável que sejam observados os preceitos constitucionais, almejando-se sempre dar-lhe a maior aplicabilidade possível.

DO DIREITO À HONRA

O homem, por viver em sociedade, possui atributos que são levados em consideração para a sadia convivência com as demais pessoas, dentro da concepção de membro de um círculo social. Além disso, diante da sua autoconsciência e do amor-próprio também se preocupa com a sua imagem de modo introspectivo. Assim sendo, esse direito pode ser definido como integrante dos denominados direitos morais da personalidade. O bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana (BITTAR, 2015, p. 201)

Por isso, pode ser descrito da maneira a seguir:

O *direito à honra* faz parte do rol dos direitos da personalidade e está intimamente relacionado à integridade e identidade moral da pessoa. É um direito constitucionalmente assegurado pelo artigo 5º, da CRFB/88. É um bem jurídico imaterial que está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana. Em algumas hipóteses este direito encontra-se amparado e nominado como direito ao bom nome e à reputação da pessoa. [...] Como dito acima, a honra é um direito da personalidade e um bem fora do comércio, sendo impossível de ser avaliado economicamente (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 311).

A honra ainda pode ser classificada de acordo com o enfoque dado em relação à pessoa, isto é, levando-se em conta o ponto de vista de onde se observa a reputação de alguém. Com isso, vale citar o conceito dado por Craveiro (2012, p. 10) no que tange à honra objetiva: “consiste na respeitabilidade de alguém em seu meio social”, por sua vez quanto à honra subjetiva: “consiste na auto-imagem que cada um tem de si próprio”.

Necessário destacar que no ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal preconiza em seu art. 5º que a honra é inviolável, sendo passível de indenização por dano material ou moral quando violada:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Importante observar que a honra deve ser compreendida também como a dignidade, pois são conceitos intrinsecamente relacionados:

Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público (PESSOA, 2011, p. 50).

Não se olvida, por isso, o fato de o art. 1º, inc. III, da Constituição Federal vigente, insculpir, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, intimamente ligado aos direitos da personalidade e que inclui, por óbvio, o direito à honra. Dessa forma, esse princípio deve ser levado em consideração para fins de melhor interpretação das normas constitucionais e legais, cuja aplicabilidade deve se pautar por esse viés, qual seja, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, irradiando efeitos em todo ordenamento jurídico:

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana não constitui o único valor guia da ordem jurídico-constitucional, mas é o principal valor a ser seguido quando da aplicação e interpretação, não apenas da Constituição Federal, mas também de todo o ordenamento jurídico brasileiro (PESSOA, 2011, p. 54).

Ademais, importante consignar que no âmbito internacional também há a preocupação em se tutelar a honra das pessoas, bem como a sua dignidade. Para tanto, convém destacar a previsão do art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade;
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação;
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Já em relação ao direito da personalidade no aspecto interno, cabe salientar:

No Brasil, o primeiro jurista a tratar do tema dos Direitos da Personalidade foi Augusto

Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis. Concebia o autor como direitos absolutos a liberdade, a segurança e a propriedade, só entrando na legislação civil o último deles por dizer respeito aos Direitos Reais. Os outros dois entrariam na seara do Direito Público (legislação criminal) (CRAVEIRO, 2012, p. 72)

Por sua vez, na esfera infraconstitucional há a normatização do tema no Código Civil de 2002, ainda que de um modo um pouco tímido, traz em seu bojo normas referentes aos direitos da personalidade, a partir de seu art. 11 e se encerrando no art. 21:

Quanto ao Código Civil atualmente em vigor, a tramitação do projeto encabeçado por Miguel Reale não introduziu alterações significativas nessa parte. Assim, dispõe o Código em 11 artigos sobre a matéria, enunciando caracteres dos direitos de personalidade (irrenunciabilidade, intransmissibilidade e impossibilidade de limitação voluntária), possibilidade de tutela preventiva e de danos, extensão dos direitos de personalidade aos mortos, disposição do corpo, submissão a tratamento médico, direito ao nome, direito de imagem, e direito à intimidade (LIXINSKI, 2006, p. 206).

Vale destacar, contudo, que a personalidade civil se distingue dos direitos da personalidade. Assim, aquela está atrelada à noção de ser sujeito de direitos e obrigações. Já o direito da personalidade é uma das disciplinas do direito civil (NERY, 2015, p. 473). Portanto, cabe salientar o texto legal referente à personalidade civil:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim sendo, em regra, o direito à honra, para ser tutelado, deve ser exercido por quem detenha personalidade civil. Com isso, necessário salientar que entre o nascimento com vida (art. 2º, Código Civil) até a morte cerebral (critério adotado pela Lei nº 9.434/97) de alguém, não há dúvida que essa pessoa será detentora de direitos e obrigações, por possuir personalidade civil.

Destarte, toda pessoa que detém personalidade civil é titular de direitos da personalidade, por ser algo ínsito ao ser humano. No entanto, podem surgir outras situações, como será apresentado na sequência.

DO DIREITO À HONRA DO NASCITURO

O conceito de nascituro pode ser estabelecido como aquela vida já gerada, mas que ainda se encontra no ventre materno. Portanto, ainda não ocorreu o nascimento com vida. No entanto, é sabido que desde a concepção seus direitos são reconhecidos, conforme reza o art. 2º do Código Civil.

Com isso, resta saber se o nascituro, caso venha a sofrer ofensa à sua honra, se poderia pleitear em juízo, em nome próprio, que se interrompesse esse dano, bem como as consequentes indenizações.

Interessante observar o entendimento quanto ao tema:

Em resumo, e diante do exposto, é possível que se entenda que a personalidade civil é

reconhecida, mas se encontra suspensa até o nascimento com vida. Contudo, sendo o nascimento uma condição suspensiva de direitos, possível que o nascituro figure como parte em processo, desde que demonstrada a viabilidade do seu nascimento, praticando atos que visem a conservar seus futuros direitos da personalidade (BERTONCINI; SANTOS, 2015, p. 28).

E, com o objetivo de elucidar ainda mais essa situação, insta mencionar que houve um caso que gerou uma certa repercussão na época em que ocorreu. Em 19 de setembro de 2011, o humorista conhecido como Rafinha Bastos, integrante do programa televisivo Custe o que Custar (CQC), exibido então na Rede Bandeirantes, proferiu as seguintes palavras ao ser exposta a imagem da cantora Wanessa Camargo, que estava grávida, numa matéria jornalística: “Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!”.

Da narrativa desse fato, cabe indagar quem teria tido a honra atingida. Pois bem. Fora proposta uma ação judicial pedindo a reparação dos danos suportados por Wanessa Godoi Camargo Buaiz, seu marido Marcus Buaiz e o nascituro de ambos em face de Rafael Bastos Hocsman, que tramitou perante a 18ª vara cível do foro central da comarca de São Paulo, por intermédio dos autos do processo nº 0201838-05.2011.8.26.0100. Em primeira instância, o magistrado afastou a preliminar de falta de capacidade ativa do nascituro, alegada pelo réu, reconhecendo-o como pessoa, logo estaria apta a figurar no polo ativo. E na sequência condenou o réu no pagamento de danos morais fixado em dez salários mínimos a cada um dos autores.

E, por discordar da citada sentença, o réu interpôs recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado que contém a seguinte ementa:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA - NASCITURO ILEGITIMIDADE ATIVA - Inocorrência - Inteligência do art. 2º, do CC - Capacidade ativa, de ser parte; estar em juízo - Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial.
DIREITO DE EXPRESSÃO - ABUSO - Configuração - Uso deste que deve se dar com responsabilidade - Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor - Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada.
SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Comprometimento - Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos - Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão - Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inc. I, todos da CR.
DANO MORAL - Ocorrência – Indenização - Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências.
Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. (TJSP; Apelação Cível 0201838-05.2011.8.26.0100; Relator (a): João Batista Vilhena; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 18ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2012; Data de Registro: 27/11/2012)

Verifica-se que o humorista recorreu, sendo que a Corte Paulista, por sua 10ª Câmara de Direito Privado, também rejeitou a preliminar de falta de capacidade ativa do nascituro, reconhecendo a sua titularidade quanto ao direito à honra e à imagem. O voto vencedor do relator designado desembargador João Batista Vilhena menciona que:

Tendo por base estas premissas, chega-se à conclusão de que o princípio da dignidade da pessoa humana tem precedência sobre o princípio da liberdade de expressão, e, apesar da relevância e extrema importância desta liberdade, quando atrita com a dignidade da pessoa humana, deve ceder, na medida em que este último princípio está relacionado intrinsecamente com direitos fundamentais da pessoa, no quanto aqui nos interessa, pertinentes à sua intimidade e honra, enfim, à sua personalidade.

E no que tange à condenação na reparação dos danos morais, o Tribunal de Justiça majorou o valor, estabelecendo-o em R\$ 50.000,00 para cada autor. Contudo, chama a atenção o que fora consignado pelo desembargador Roberto Maia, na declaração de voto vencido. Sendo certo, contudo, que houve consenso ao se negar a preliminar, tendo havido votação unânime quanto a esse tópico, pois a divergência surgiu quanto à ofensa e seus consectários. Assim, impende observar o que fora exposto pelo relator originário quanto à capacidade do nascituro, referindo-se ao art. 2º do Código Civil, concluindo ser necessário o reconhecimento da capacidade do nascituro no referido julgamento, que restou unânime:

Até aqui, podemos afirmar que a legislação dotou o nascituro, no mínimo, de capacidade de direito, que é a aptidão para ser sujeito de relações jurídicas de cunho patrimonial. Nessa toada, ele seria, pelo menos, um ente despersonalizado, como o condomínio e o espólio. Por conseguinte, teria capacidade de ser parte em processos.

Indo um pouco mais longe, dentro do que a ocasião permite, entendo que seria incoerente a lei considerar um ser humano ainda não nascido a um conjunto de bens como a herança jacente, deixando-o em situação mais desvantajosa do que as pessoas jurídicas, que gozam de direito da personalidade compatíveis com a falta de estrutura biopsicológica (artigo 52 do CC). Nessa senda e levando-se em conta a Súmula nº 227/STJ, questiono: uma pessoa jurídica pode sofrer dano moral, mas um nascituro não?

Diante disso e pelo fato de o humorista Rafinha Bastos discordar da condenação, houve a interposição de Recurso Especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTECEDENTE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPOSTOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DO RÉU.

Hipótese: A controvérsia cinge-se a aferir a existência ou não de dano moral indenizável em razão do conteúdo de frase pronunciada em programa humorístico veiculado na televisão aberta.

1. Revela-se inviável o pleito de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial, ante a inadequação da via eleita, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal pedido deve ser formulado de forma apartada, ou seja, mediante ação cautelar (artigo 288 do RISTJ), não se admitindo sua inserção nas razões do apelo extremo. Precedentes.

2. Quanto à apontada violação do art. 535, inciso II, do CPC, aplicável à hipótese o óbice da súmula 284/STF, porquanto das razões recursais não é possível extrair qual o objeto de irresignação do recorrente, uma vez que apenas alegou, genericamente, a ocorrência de omissão no julgado quanto aos dispositivos apontados, sem especificação das teses que supostamente deveriam ter sido analisadas pelo acórdão recorrido.

3. Inaplicável, ao caso, o óbice sumular nº 7/STJ, porquanto incontroverso o teor do

comentário tecido pelo recorrente e, estando a controvérsia afeta exclusivamente à ponderação/valoração jurídica acerca da potencialidade ofensiva dos fatos tidos como certos e inquestionáveis, expressamente delineados pelas instâncias ordinárias, descabida a incidência do referido enunciado sumular. Precedentes.

4. Quanto à tese de responsabilização civil do réu pelo comentário tecido, aplicável o óbice da súmula 320 desta Corte Superior, pois o fato de o voto vencido ter apreciado a questão à luz dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para satisfazer o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ.

5. Apesar de em dados e específicos momentos ter o Tribunal a quo, implicitamente se referido a questões existentes no ordenamento legal infraconstitucional, é certa a índole eminentemente constitucional dos fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, não tendo o recorrente interposto o regular recurso extraordinário, a atrair o óbice da súmula 126 desta Corte Superior. Precedentes.

6. No que tange ao pedido subsidiário de redução do quantum indenizatório fixado pela Corte local em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, totalizando a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ponto sobre o qual, implicitamente, houve o prequestionamento de dispositivo de lei federal, haja vista que nos termos do artigo 944 do Código Civil "a indenização mede-se pela extensão do dano" - não merece acolhida a irresignação ante a aplicação do óbice da súmula 7/STJ. O Tribunal local analisou detidamente a conduta do ofensor, as consequências do seu comentário, a carga ofensiva do discurso, o abalo moral sofrido pelos autores e, de forma proporcional e razoável, o valor da indenização a ser custeada pelo réu para aplacar o sofrimento, a angústia e a comoção imposta aos ofendidos. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o quantum indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ).

7. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido. (REsp 1487089/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 28/10/2015)

Denota-se, assim, a manutenção da condenação imposta, notadamente o valor majorado em sede de Apelação. Portanto, restou hígida a reparação dos danos morais em R\$ 150.000,00 à grávida, seu marido e ao nascituro.

Verifica-se, pois, que o caso analisado reconhece indubitavelmente a capacidade de o nascituro estar em juízo, em nome próprio, não havendo qualquer divergência quanto a esse posicionamento em relação aos magistrados que foram instados a julgar o supracitado processo. Maior dúvida não há, outrossim, em relação aos direitos da personalidade do nascituro o que inclui, por óbvio, o direito à honra, que deverá ser reparado quando for atingido.

DO DIREITO À HONRA DO MORTO

Conforme exposto anteriormente, a personalidade civil se encerra com a morte cerebral, por força do que dispõe a Lei nº 9.434/97, especialmente o seu art. 3º. Ou seja, diversamente do que ocorre com o início da personalidade, que possui divergência entre as teorias concepcionista, natalista e personalidade condicional, em relação à morte não há dúvida de que no ordenamento jurídico optou-se pelo critério da morte cerebral.

Entretanto, o direito à honra do falecido é um tema que força uma reflexão, tendo em vista as suas peculiaridades, a saber:

No direito à honra *post mortem*, o bem jurídico protegido de uma forma mais direta pode

variado de acordo com a hipótese em que ocorra sua violação. Entretanto, à parte de alguns casos mais excepcionais, o direito à honra *post mortem*, ao contrário do que se pensa mais comumente, não protege diretamente a honra do morto.

O morto, não sendo mais sujeito de direito, não mais pode possuir direitos e obrigações. É sabido que a personalidade jurídica se extingue com a morte, e, tendo sido extinta, não tem mais o condão de produzir quaisquer efeitos. [...]

No caso do direito à honra *post mortem*, quando o morto é ofendido, na prática, protege-se em primeiro lugar a honra atribuída da família, e, também, a honra assumida por alguns de seus membros. Após isso, e com um efeito reflexo, protege-se a honra do morto, pragmaticamente falando (CRAVEIRO, 2012, p. 117-118).

Do exposto, verifica-se que o direito à honra do morto difere do direito à honra do nascituro, pois aquele já não possui mais personalidade civil, enquanto este a possui, seguindo-se entendimento da teoria concepcionista. E como consecutório, a honra do morto está ligada à honra de sua família, por isso a esta é autorizada a sua tutela, mas em relação ao nascituro, este está habilitado a defender a sua honra, em nome próprio, embora representado processualmente por outra pessoa no processo.

DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO, EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

O constituinte, cioso do que havia ocorrido durante a ditadura militar e pela importância que o tema possui nas democracias, reconheceu como direito fundamental a livre manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato (art. 5º, inc. IV, CF). Além disso, há a previsão de liberdade de expressão de liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (art. 5º, inc. IX, CF).

Ademais, a Constituição de 1988 tratou especificamente da comunicação social a partir de seu art. 220, inserindo neste artigo expressa regra de que não poderá haver embaraço à plena liberdade de informação jornalística (§ 1º), bem como não será permitida qualquer forma de censura de natureza política, ideológica ou artística (§ 2º), além de assegurar que a imprensa escrita independe de autorização (§ 6º).

Sendo assim, surge um potencial conflito de normas, tendo em vista a previsão constitucional da inviolabilidade do direito à honra e da liberdade de expressão, manifestação e comunicação:

[..] Se existe, de fato, no direito brasileiro uma indefinição, uma falta de previsibilidade e segurança jurídica quanto aos limites da liberdade de expressão/imprensa e do direito à honra, onde a roleta judicial pode favorecer um ou outro direito sem qualquer compromisso com casos futuros, a condenação do ofensor limitada ao direito de resposta do ofendido não penaliza demasiadamente aquele que se manifesta em boa-fé, é dizer, aquele que, diante da enorme zona cinzenta deixada pela doutrina e pela jurisprudência quanto aos limites da liberdade de expressão, presume que estaria exercendo legitimamente aquele direito. De certo modo, a aplicação exclusiva do direito de resposta nesses casos seria a medida mais adequada justamente em função de um problema criado pelo próprio direito brasileiro. Afinal, se o direito brasileiro fosse minimamente mais claro quanto ao que é ilícito nesse tema, mais fácil seria aceitar a condenação daquele que pratica o ato ilícito (LEITE, 2018,

É certo, assim, que em diversas ocasiões se mostra difícil a ponderação desses direitos, pois se faz necessário aferir, no caso concreto, se houve um abuso na liberdade de expressão ao se referir a alguém. Contudo, mostra-se imperiosa a ponderação para se constatar se houve efetivamente esse abuso ou se apenas existiu a menção a um fato verídico ocorrido. Em contrapartida, sabe-se que pode acontecer de alguém realmente ofender a honra de outrem por meio de sua manifestação.

Por isso, não se desconhece a celeuma quanto ao tema, mas que será melhor abordado na conclusão do presente trabalho.

DA TUTELA DO DIREITO À HONRA

O direito à honra é um caro preceito inserto no arcabouço jurídico, sendo decorrência lógica das conquistas da humanidade ao longo do tempo consubstanciado no expreso reconhecimento dos direitos fundamentais, direitos humanos e direitos da personalidade.

Todavia, as relações humanas constantemente são fonte de desavenças, o que não deixa de ser uma realidade em relação ao direito à honra. Aliás e como já destacado alhures neste trabalho, com o incremento do uso das tecnologias de informação esses conflitos se intensificaram, tendo em vista o assombroso aumento da comunicação realizada por meio das redes sociais, com a maior permanência das pessoas *online*, em seus celulares.

Diante disso, ao dar prosseguimento à análise que ora se desenvolve, pretende-se destacar que as referidas novas tecnologias podem - se não forem bem utilizadas - atingir a honra das pessoas, mediante devassa de suas intimidades, de suas privacidades.

Portanto, o que antes permanecia restrito a um pequeno grupo de pessoas, que muitas vezes logo se esqueciam do que havia acontecido, atualmente os danos causados à honra dos indivíduos ficam registrados e documentados para a posteridade. Inclusive há uma importante reflexão quanto à importância do direito ao esquecimento, pois uma mácula não pode marcar alguém eternamente. Assim, aproveitando-se desse exemplo, deve-se pensar seriamente como salvaguardar a honra de quem fora alvo de insultos capazes de atingir a sua moral, imagem, honradez e mais atributos inerentes à sua condição de pessoa humana.

Partindo-se dessa constatação percebe-se que tem sido comum pessoas serem vítimas de *cyberstalking*, *cyberbullying* e *fake news*. Ou seja, as perseguições (verbo *to stalk*) que se davam por meios físicos, hoje acontecem virtualmente, por meios cibernéticos. O mesmo se diga em relação ao *bullying*, relacionado à opressão, ameaça e constrangimento, deixando de ser físico e passando a ser

virtual. Além disso, diante da comunicação em massa as notícias rapidamente chegam a um enorme número de pessoas, mas essa informação pode ser falsa, fazendo com que, até que seja desmentida, causem enormes danos, quiçá irreparáveis.

Pois bem. Esse é o panorama atual em relação aos meios de comunicação da população e os danos causados à honra de quem é vítimas das condutas ilícitas perpetradas pelas mídias sociais. Diante disso, o intuito do trabalho é verificar como se proteger a honra das pessoas diante das postagens em redes sociais, sobretudo em relação ao direito a preponderar: a honra ou a liberdade de expressão, manifestação e comunicação.

Atendo-se ao aspecto criminal, importante destacar que o Código Penal, norma geral utilizada para a maior das infrações penais trata dos crimes contra a honra a partir do art. 138 ao art. 145, inicia tipificando os delitos, passando depois a se referir às disposições comuns, exclusão do crime e retratação.

E, conquanto seja uma norma de 1940, ainda se revela capaz de disciplinar o tema de modo adequado. Ou seja, diferencia as punições quando for praticada calúnia, difamação ou injúria, havendo, inclusive a causa de aumento de pena (um terço) para quem pratica o crime na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação do crime (art. 141, inc. III). Além disso, em seu parágrafo único, esse dispositivo estabelece pena em dobro se alguém perpetrada esses delitos mediante pagamento ou promessa de recompensa.

Sob essa ótica, mas sem entrar no mérito se a pena cominada é suficiente, verifica-se que o Código Penal tipifica as condutas que, em regra, são perpetradas pelas redes sociais, capazes de ofender a honra de outrem.

Já quanto à esfera cível, o art. 186 e art. 187 estabelecem o que seriam os atos ilícitos, prevendo as consequências desses atos a partir do art. 927, sobretudo em relação ao dever de reparar os danos causados. No entanto, não efetua a tarifação, tampouco insere balizas em relação aos limites para fins de fixação dos danos morais. Esse fato gera críticas de alguns, pois entendem que permanece muito aberto ao juiz a faculdade de realizar o arbitramento da quantificação do valor dos danos morais. Em contrapartida, outros entendem que o legislador foi sábio ao não travar a atuação judicial, eis que compete ao magistrado verificar no caso concreto qual o valor a ser arbitrado a fim de efetivamente indenizar os prejuízos suportados.

Após se dar acento ao que o sistema penal e o sistema civil trazem de amparo para reparar danos que atinjam a honra das pessoas em decorrência de atos praticados pelas mídias sociais, pode-se dizer que é sabido, de outra banda, que no âmbito do direito eleitoral há a tipificação do crime para quem contrata alguém para fins de ofender a honra ou denegrir a imagem dos adversários políticos, delito previsto na Lei nº 9.504/97:

Art. 57-H, §1º. Constitui crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na *internet* para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação, punível com detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ademais, o Código Eleitoral possui outra tipificação para quem divulga fatos sabidamente inverídicos para influenciar o resultado das urnas:

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado. Detenção 2 meses a 1 ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Outra norma extremamente relevante para regulamentar o tema é o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) que trata, a partir de seu art. 18, da responsabilidade do provedor de *internet*:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ora colocando fecho a este tópico, o que se constata é que todas essas previsões infraconstitucionais dão efetividade ao disposto no art. 5º, inc. X, CF, ao se tutelar o direito à honra.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi constatar qual a previsão constitucional que melhor serve para a adequada interpretação de seu texto, no caso de postagens em redes sociais que venham a se referir à honra, imagem e reputação de outrem. Vale lembrar que nenhum direito é absoluto, mesmo os dispostos na Constituição, devendo haver a devida ponderação para se verificar qual deve prevalecer em casos de eventual conflito.

Com isso, no caso em tela está a se apurar qual norma constitucional deve preponderar nos casos de publicações divulgadas em redes sociais: o direito à honra (art. 5º, inc. X) ou o direito à

liberdade de manifestação (art. 5º, IV), expressão (art. 5º, IX) e comunicação (art. 220).

Desse modo, faz-se necessário o conhecimento do contexto dos direitos envolvidos, bem como a sua fundamentação. Assim sendo, chega-se à conclusão de que nessas situações, embora se perceba o conflito nos posicionamentos, se entende que o direito à honra, por ser espécie do direito da personalidade, sendo ambos decorrência do princípio-mor da dignidade da pessoa humana, é o que deve, em regra, prevalecer.

Mas, por óbvio, deverá haver grande cautela ao se analisar cada situação, sob pena de se cometer equívocos. Porém, essa a é maneira mais consentânea com a Constituição ao se efetuar a interpretação das postagens realizadas na *internet*. Ou seja, o enfoque primordial será em relação ao direito à honra, por integrar os direitos da personalidade, dando-se guarida e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Carla. SANTOS, Felipe. A personalidade civil dos nascituros e os seus reflexos jurídico-processuais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23. p. 15-32, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.487.089**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2019.

- CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. **O Direito à Honra *Post Mortem* e sua Tutela.** Dissertação (Mestrado) em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/>. Acesso em 12. maio 2019
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é constituição?** Trad. Walter Stonner. eBooksBrasil.com. 1933
- LEITE, Fábio Carvalho. **Por uma posição preferencial do direito de resposta nos conflitos entre liberdade de imprensa e direito à honra.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/por-uma-posicao-preferencial/>. Acesso em 14 jul. 2019.
- LIXINSKI, Lucas; **Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro.** Revista de Direito Privado (São Paulo), São Paulo, v. 7, n. 27, p. 201-222, 2006.
- MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Distinção entre "personalidade" e "direito geral de personalidade" uma disciplina própria.** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8, p. 473-478, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica).** Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 maio 2019.
- PESSOA, Laura Scalldaferri. **Pensar o final e honrar a vida: direito à morte digna.** Dissertação (Mestrado) em Direito. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/>. Acesso em 13 jul. 19.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Direito à Personalidade Integral – Cidadania Plena.** Tese (Doutorado) em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em 26 mar. 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Ordinária nº 0201838-05.2011.8.26.0100.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 maio 2019.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 0201838-05.2011.8.26.0100.** Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 maio 2019.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ENTRE TEORIA E PRÁTICA: A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO ESTABILIZADOR DA CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

Renan Cauê Miranda PUGLIESI¹

RESUMO

O presente trabalho consiste na realização de estudo crítico acerca da democracia, mais especificamente acerca do Poder Judiciário como base de sustentação para o sistema democrático brasileiro. Dentro da problemática levantada, busca-se entender o que é a democracia, principalmente no âmbito da sociedade brasileira, com base em conceitos substanciais calcados em Goyard-Fabre e Liphart, bem como conceitos procedimentais, baseados em Habermas e Bobbio, com o fim de decifrar a importância que o Poder Judiciário possui para a manutenção e sustentação desse sistema. Objetiva-se, também, demonstrar como a função judicante pode não somente ajudar a concretizar tais ideais democráticos, como também pode, através de uma atuação política e contrária ao Estado Democrático de Direito, contribuir para a instauração de verdadeira crise democrática. Para isso, torna-se imprescindível o estudo das várias facetas da democracia e o papel do Judiciário em cada uma delas, apontando, entretanto, como a função judicante tem atuado no Brasil, para associar a teoria à realidade nacional. Para atingir esta finalidade, o trabalho está delimitado seguindo-se o método dedutivo e o método dialético, além da técnica de pesquisa bibliográfica indireta, bem como da análise de dados.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Poder Judiciário. Função estabilizadora. Crise democrática.

ABSTRACT

This work consists of making a critical study about democracy, more specifically about the Judiciary as support base for the Brazilian democratic system. Within the raised problems, seeks to understand what is democracy, especially in the context of Brazilian society, based on substantial concepts, grounded on Goyard-Fabre and Liphart, and procedural concepts, based on Habermas and Bobbio, in order to decipher the importance that the Judiciary has to maintain and support this system. The purpose is also to demonstrate how the judging function can not only help achieve such democratic ideals, but also can, through political action and contrary to the democratic rule of law, contribute to the establishment of true democratic crisis. For this, it is essential to study the various facets of democracy and the role of the judiciary in each of them, pointing, however, as the judging function has been active in Brazil, to associate the theory to the national reality. To achieve this purpose, the work is delimited followed by dialectic and deductive method in addition to the indirect technical literature, as well as the analysis of data.

KEYWORDS: Democracy. Judiciary. Stabilizing function. Democratic crisis.

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou a democracia e a importância do Poder Judiciário para as diferentes concepções de democracia apresentadas. O tema restou delimitado no contexto do sistema jurídico e democrático brasileiro.

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas à

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2014). Atualmente é mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

busca por uma melhor compreensão acerca do papel essencial a ser realizado pela função judicante como forma de concretizar a democracia brasileira e, conseqüentemente, os direitos mais essenciais à vida humana, principalmente diante do panorama atualmente vivenciado, de omissão das instituições políticas que deveriam representar o povo e seus anseios, mas também marcado pelo início de uma desconfiança crescente em relação à atuação do Poder Judiciário.

Desta forma, a problematização central levantada se encontra no seguinte apontamento: qual a importância do Poder Judiciário frente às diversas concepções de democracia e quais impactos podem ser causados a depender da forma da sua atuação?

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco foi apontar que o Judiciário poder ser decisivo para que o sistema democrático permaneça equilibrado, seja num viés substancial, funcionando como verdadeiro fator de estabilidade entre os poderes, coibindo abusos, bem como funcionando como garantidor para que os demais elementos necessários para a formação de uma democracia sejam concretizados; seja num viés procedimental, em que o procedimento de formação das decisões e do direito, inclusivo e participativo, concretizaria a própria democracia.

Para que fosse possível compreender o problema levantado, foi preciso passar por diversos conceitos de democracia, fossem substanciais, no esteio de Goyard-Fabre e Liphart, fossem formais, de acordo com as lições de Habermas e Bobbio, assim como pela forma de atuação do Poder Judiciário no Brasil, por diversas vezes predominantemente política, a fim de, no capítulo final, relacionar as lições até então trazidas com o fito de comprovar a grande relevância do Judiciário, evidenciando-o como verdadeiro divisor de águas entre a concretização da democracia e sua crise, situação que impossibilita a concretização dos direitos fundamentais.

Para solucionar o questionamento acima proposto, foi utilizado como método principal de abordagem o método dedutivo, uma vez que se partiu de diversos conceitos de democracia para alcançar a solução final. Ainda, fez-se uso do método dialético para confrontar o papel que o Poder Judiciário pode adotar frente às diversas facetas da democracia com a atuação que atualmente vem exercendo. Como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados, foi utilizada a técnica da pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, artigos científicos e de demais publicações científicas), bem como realizada a análise de dados.

1 DEMOCRACIA E SUAS DIVERSAS CONCEITUAÇÕES

Para que se possa melhor compreender o papel do Judiciário na manutenção dos regimes democráticos pelo mundo, necessário que se faça uma análise detida acerca de alguns conceitos de democracia, tendo em vista que não há – nem nunca houve – qualquer acordo na doutrina acerca da sua determinação conceitual.

Baseando-se num conceito mais básico, tem-se que o então Presidente dos Estados Unidos, Abraham Lincoln, proclamou a democracia como “o governo do povo, pelo povo e para o povo”. Já Pinto Ferreira (1989 *apud* ALMEIDA, 2015, p. 84) entendia democracia como “o regime político baseado na vontade popular, expressa nas urnas, com uma técnica de liberdade e igualdade, variável segunda a história, assegurando o respeito às minorias”.

Este último conceito, embora simples, traz consigo diversos elementos passíveis de análise. Primeiramente, é de se notar que se tem uma retomada da noção simplista de democracia, com a prevalência do pressuposto da legitimidade ativa como essencial para a sua existência. Entretanto, os elementos acrescentados a esse pressuposto denotam uma preocupação, primeiro, com a legitimidade do voto, que deve ser igual para todos e respeitando-se a liberdade de escolha – tal qual prevê a Constituição Federal, principalmente nos artigos 14 e 60, §4º; e, segundo, a preocupação com as minorias.

A associação da democracia à ideia de escolha pela maioria, por muito tempo, causou a submissão das minorias. Tal conceito – inclinado a ideais utilitários – é ensinado às pessoas desde as mais tenras idades e prevalece como ideal de justiça, pressupondo que, se a maioria escolheu, a decisão está apta a obter o melhor resultado possível. Com isso, as minorias, já excluídas e desrespeitadas em seus direitos, acabam sendo ainda mais violentadas pelo sistema.

Decerto que tal leitura não se coaduna com os ideais de justiça que se espera nas sociedades atuais, que buscam reconhecer virtudes na pluralidade e nas diferenças, havendo que se observar, da melhor forma possível, os direitos das minorias, garantindo a ampla participação social.

Embora não se deva perder de vista a importância do princípio majoritário para grande parte das decisões relevantes tomadas dentro do convívio social, é preciso não olvidar que alguns princípios e os direitos fundamentais são imprescindíveis para a manutenção dos Estados de Direito da atualidade, notadamente na proteção e garantia da dignidade da pessoa humana, não podendo ser omitidos nem pela maioria. Nesse sentido:

A idéia [*sic*] de entrincheiramento constitucional de direitos fundamentais, por exemplo, baseia-se na concepção de que há direitos tão importantes que não podem ser deixados ao sabor da vontade das majorias nem na dependência de meros cálculos de utilidade social. A proteção constitucional destes direitos, ao impor limites para as majorias, não é incompatível com a democracia, mas antes garante os pressupostos necessários para o seu bom funcionamento. Não é por acaso que as democracias mais estáveis são também aquelas em que os direitos fundamentais de todos, inclusive das minorias, são mais respeitados (SARMENTO, 2009, p. 225).

Não é possível, nos dias de hoje, ignorar os direitos humanos e fundamentais de pequenos grupos ou das individualidades, em nome de uma maioria, numa demonstração de pensamento utilitário. Não se está a buscar uma “felicidade da maioria”, mas a convivência razoável e pacífica

de todos, com o mínimo de respeito que se pode dispensar a um ser humano. A ideia de um Estado democrático passa pela ideia de proteção das minorias e seus direitos mais essenciais.

Há ligação intrínseca entre a democracia, a necessidade de respeito às minorias e os ideais de igualdade, em sua acepção substancial ou material, que podem ser representados pela famigerada máxima: “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade”, corroborando com os predicados da definição acima exposta.

Não obstante tais considerações, Edinilson Donisete Machado (2011, p. 60), busca explicações etimológicas e históricas para traçar seu conceito, ao afirmar que:

A origem da palavra democracia designa o poder do povo, sendo senso comum que surgiu na Grécia, e é em seus fundamentos que a doutrina buscou subsídios para as modernas teorias democráticas, diferenciando-se as democracias antigas da moderna pelo fato de as primeiras serem diretas, e, a segunda, representativa, basicamente.

Embora seja possível, em termos mais simplistas, evidenciar a separação entre democracia na Grécia antiga e as democracias modernas, Goyard-Fabre (2003, p. 03-04) adverte que não existe ponto de ruptura entre o modelo democrático antigo e a ideia moderna de democracia. Mais ou menos nítidos, mais ou menos imperiosos, os parâmetros se assemelham, vez que as mesmas bases institucionais e exigências existenciais fazem parte de ambos, presente e passado.

Assim, tanto nas estruturas jurídico-políticas, como na mentalidade do mundo atual, estão presentes sinais das instituições originárias dos povos da Antiguidade. Ainda que nos tempos atuais o “povo” tenha ascendido à condição de principal fonte de legitimação do poder, as democracias atuais conservam as mesmas ambivalências. Nas palavras do mencionado autor, “traduzem as mesmas esperanças eternamente alimentadas e dão lugar às mesmas ilusões sempre repetidas”; e conclui, afirmando que “as diferenças entre elas são uma questão de intensidade ou de perspectivação; mas nas democracias de todos os tempos encontramos as mesmas virtudes e as mesmas vertigens”.

Norberto Bobbio (1986, p. 9-10) traz perspectiva diferente, contrapondo-se ao acima exposto, pois afirma que:

Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo. Os escritores democráticos do fim do Setecentos contrapunham a democracia moderna (representativa) à democracia dos antigos (direta). Mas não teriam hesitado em considerar o despotismo do seu tempo igual àquele do qual os escritores antigos tinham dado as primeiras descrições: pense-se em Montesquieu e em Hegel, bem como na categoria do despotismo ocidental. Existe inclusive quem empregou, com ou sem razão, o conceito de despotismo oriental para explicar a situação da União Soviética. Hoje, quando falamos de democracia ocidental referimo-nos a regimes surgidos há não mais de duzentos anos, após as revoluções americana francesa. Apesar disso, um autor muito lido inclusive na Itália, C. B. Macpherson, acredita ser possível distinguir ao menos quatro fases de desenvolvimento da democracia moderna, das origens oitocentistas aos dias de hoje.

Goyard-Fabre (2003, p. 04), no entanto, leciona que, apesar da variação que pode haver em

decorrência dos fatores tempo-espaço, na essência, a ideia permanece mais próxima da antiguidade do que se supõe. Ainda há uma constante busca pela maior participação da população, a ser regida por governantes que realmente estejam comprometidos com os anseios daquela.

Apesar das inúmeras denominações que podem ser encontradas na doutrina, sendo cada concepção variada em seu conteúdo, é interessante algum direcionamento, sem o qual não será possível analisar a democracia brasileira. Para tal, a sistematização de Arend Lijphart (2003) demonstra certa completude e, diante dos fins deste trabalho, requer um estudo aprofundado. Nesse diapasão, o autor divide a democracia em dois modelos: o modelo de Westminster e o modelo consensual.

O modelo de Westminster, também conhecido como democracia majoritária, é um modelo genérico de democracia. Adotado no Reino Unido – onde surgiu –, Nova Zelândia e Barbados, possui as seguintes características: 1) Concentração do Poder executivo em gabinetes unipartidários e de maioria mínima; 2) Gabinete dominante em relação à legislatura; 3) Sistema bipartidário; 4) Sistema de eleições majoritário e desproporcional ; 5) Pluralismo de grupos de interesse; 6) Governo unitário e centralizado; 7) Concentração do Poder Legislativo em uma legislatura unicameral; 8) Flexibilidade constitucional; 9) Ausência de revisão judicial e 10) Banco Central controlado pelo Poder Executivo (LIJPHART, 2003, p. 27-47).

Já o modelo consensual, adotado por Suíça, Bélgica e União Europeia, apresenta as seguintes características: 1) Partilha do Poder Executivo por meio de gabinetes de ampla coalizão; 2) Equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo; 3) Sistema multipartidário; 4) Representação proporcional; 5) Corporativismo dos grupos de interesse; 6) Governo federal e descentralizado; 7) Forte bicameralismo; 8) Rigidez constitucional; 9) Revisão judicial e 10) Independência do Banco Central (LIJPHART, 2003, p. 50-47).

Da exposição desses modelos e da análise dos escritos de Lijphart, é possível perceber que o primeiro sistema é muito mais voltado para a vontade da maioria, se assemelhando aos “modelos antigos” de democracia direta. Já no segundo, há maior divisão do poder, algo mais voltado ao equilíbrio das funções estatais, além de haver, em tese, vários grupos de interesses participando da tomada de decisões.

É de se notar que o sistema majoritário pode parecer pernicioso, uma vez que o governo da maioria poderia limitar os direitos de participação da minoria, limitando esta ao simples enquadramento de “oposição”. Contudo, a alternância no poder entre os dois partidos adotados, nos moldes do sistema bipartidário, e a homogeneidade da população podem assegurar a participação democrática – como se dá na Grã-Bretanha, Nova Zelândia e Barbados (LIJPHART, 2003, p. 51-52).

Ressalve-se, por outro lado, que:

Em especial nas sociedades pluralistas – sociedades intensamente compartimentadas quanto a diferenças religiosas, ideológicas, linguísticas, culturais, étnicas ou raciais, originando subgrupos sociais quase separados, com seus próprios partidos políticos, grupos de interesse e meios de comunicação -, provavelmente estará ausente a flexibilidade necessária para a democracia de modelo majoritário. Sob tais condições, a prevalência da regra da maioria não será apenas antidemocrática, mas também perigosa, uma vez que as minorias que têm seu acesso ao poder sistematicamente negado irão sentir-se excluídas e discriminadas, podendo perder o senso de lealdade ao regime (LIJPHART, 2003, p 52).

Assim, é possível inferir, não só pelas características de modelo apresentadas, mas pela própria formação plural da sociedade, que o Brasil adotou – e não teria como ser diferente – o modelo consensual.

É preciso não olvidar – a despeito das considerações acima que buscam definir o conceito e os elementos da democracia sob um viés substancial ou material – que existem correntes que vislumbram na democracia uma natureza formal ou procedimental, cujo estudo não pode ser dispensado para efeitos de compreensão e conclusão do presente trabalho.

De fato, ao tratar de uma política deliberativa pautada num conceito procedimental de democracia, Habermas (1997, p. 9) se preocupa com a gênese e a legitimação do direito, principalmente no que tange à política legislativa, descrevendo-a como um processo que se baseia em negociações e formas de argumentação. Tal criação legítima do direito depende de algumas condições, derivadas de pressupostos e processos comunicativos, pautada na razão, assumindo um viés procedimental.

Assim, “[...] o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem consequências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais” (HABERMAS, 1997, p. 18). Ou seja, o processo deliberativo integra a própria essência de democracia, de forma que esta última define a forma como o Estado se organiza e como interfere na vida dos membros da sociedade. Em última análise, o processo deliberativo enquanto pressuposto democrático torna-se essencial para a própria compreensão da estrutura social.

A análise habermasiana volta-se para os modelos de democracia que apresentam um conteúdo normativo, para ver se a tensão entre facticidade e validade, que não foi evitada pela concepção empirista, pode ser afastada nesses casos. Ele analisa a perspectiva liberal e a republicana para ver se essa tensão pode efetivamente ser arrostada e de que forma isso pode ocorrer (BOTELHO, 2008, p. 146).

Com isso, as duas perspectivas informadas por Habermas trazem pressupostos essenciais para a compreensão do seu conceito de democracia, que, para além da substância, converge para pensamento sobre legitimação da produção do Direito. É da tensão entre facticidade e validade, integradas por um processo dialético, é que se pode vislumbrar a produção de conteúdos normativos

enquanto democráticos.

Ademais, cabe analisar as perspectivas apresentadas pelo autor, a dizer, a liberal e a republicana. “A perspectiva liberal apresenta o processo democrático realizando-se pela forma de compromissos de interesses” (BOTELHO, 2008, p. 146). Nas palavras de Habermas (1997, p. 19):

[...] as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais.

Diante disso, a concepção liberal trabalha com os direitos fundamentais de primeira dimensão, chamados pela doutrina de direitos de cunho *negativo*, tendo em vista que exigem do Estado uma abstenção, e não uma conduta positiva (SARLET, 2012, 47). São destinados, assim, a garantir aos cidadãos o *status negativus* ou *status libertatis* (TAVARES, 2015, p. 346), impedindo a ingerência estatal em suas vidas, assegurando ao máximo a liberdade com o mínimo de organização social.

Segunda Vladimir Brega Filho (2002, p. 22), são exemplos de tais direitos – também chamados de *liberdades públicas* -, os direitos à igualdade, intimidade, honra, vida e propriedade, todos relativos ao indivíduo; as liberdades de expressão, imprensa, associação, manifestação e reunião; e, finalmente, os direitos de participação política. O foco está na liberdade sob o ponto de vista de integração da personalidade e identidade do indivíduo enquanto único, portador de direitos fundamentais e de propriedade.

Já na perspectiva republicana, “assenta-se a idéia [*sic*] de que os direitos políticos de participação têm o condão de descartar todos os obstáculos que possam se opor à realização da igualdade social” (Böckenförde, 2000 *apud* BOTELHO, 2008, p. 147). Ou seja, a igualdade de condições na esfera da participação é se torna primordial, pois atua como pressuposto e objetivo a ser almejado, uma via de mão dupla inafastável.

Ainda, segundo Habermas (1997, p. 19):

[...] a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento [*sic*] ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa apreensão [*sic*] socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república.

Assim, através da delimitação das duas perspectivas apontadas, liberal e republicana, Habermas (1997, p. 19) entende que “a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão”. Integrar liberdade e igualdade é essencial para que o discurso se torne legítimo, essencial para a prática de produção do Direito. Não há igualdade se todos os participante desta relação dialética não forem, todos, livres, da mesma forma que não há liberdade se todos os participante do processo de

deliberação não estiverem em igualdade de condições, ou esta for ignorada no processo de tomada de decisão. A ausência de liberdade de alguns suprime qualquer pressuposto de igualdade.

O autor conclui afirmando que:

[...] a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 19).

Assim, necessária uma maior abertura à participação social, através da prática discursiva legitimadora. O conceito procedimental de democracia de Habermas encaminha-se nesse sentido, uma vez que a construção do entendimento implica no abandono de um determinado compartilhamento ético-cultural em vista de algo mais amplo e inclusivo, como a cidadania (BOTELHO, 2008, p. 207).

Concluindo, Botelho (2008, p. 207-208) dispõe que:

[...] a democracia procedimental de Habermas fornece o caminho para atingir essa situação, pois, sendo procedimental, não fornece conteúdos substanciais adrede estabelecidos, mas tão-somente conteúdos procedimentais que poderão conduzir um processo aberto, livre e democrático de construção das decisões, possibilitando a participação de todos os afetados.

Ou seja, diferentemente de uma perspectiva material, em que seus pressupostos já são previamente estabelecidos, ou seja, uma espécie de necessidade de manifestação concreta de atos e fatos enquanto elementos necessários para que se possa falar em uma democracia, nesse viés procedimental, há uma relação de interdependência entre democracia, seus pressupostos e a atuação da população interessada, de modo que só haverá concretização destes pressupostos democráticos se houver a integração livre, no discurso, de todos aqueles que são interessados na produção de determinado ato normativo. A qualificação surge justamente desta inclusão no processo de tomada de decisão, e não a priori, a partir da concretização de qualquer ato;

Norberto Bobbio (1986, p. 12), salvo algumas peculiaridades teóricas, parece trilhar no mesmo sentido, inclinando-se para considerar a democracia um procedimento:

[...] chamei de definição mínima de democracia, segundo a qual o regime democrático entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados. Sei bem que tal definição procedimental, ou formal, ou, em sentido pejorativo, formalística, parece muito pobre para os movimentos que se proclama de esquerda. Porém, a verdade é que não existe outra definição igualmente clara e esta é a única capaz de nos oferecer um critério infalível para introduzir uma primeira grande distinção (indistintamente de qualquer juízo de valor) entre dois tipos ideais opostos de formas de governo.

Ao final, o referido autor, ao mencionar que sua definição é o único critério seguro para diferenciar as duas formas de governo opostas, está se referindo ao modelo democrático e ao que chama, no transcorrer de sua obra, de estado despótico ou modelo autocrático.

Assim, Bobbio (1986, p. 18-19, grifo do autor) menciona 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. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.

Dessa forma, tal qual preleciona Habermas, para que determinada decisão seja considerada legítima, é preciso que se estabeleça quais sujeitos devem participar do processo decisório – como a formulação de uma lei ou a participação numa decisão judicial -, e através de quais procedimentos que isso deve se dar.

Ademais, Bobbio (1986, p. 20) reforça que para que seu ideal de democracia se concretize, há a necessidade de que aqueles que são chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e em condição de escolher da forma como bem entender, sendo necessário, para tanto, que os direitos de liberdade sejam garantidos, tais quais o direito à opinião, expressão, reunião, associação etc. – o que, novamente, se coaduna com Habermas, quando este pugna pela prática discursiva livre de influências internas e externas.

A democracia como procedimento implica, assim, na ampla participação, no processo decisório, daqueles que serão afetados pelo ato em discussão, devendo estes atuar de forma livre. A busca pela argumentação e consenso viabilizariam a busca, através da razão prática, de uma lógica do discurso aplicável de forma válida e eficaz.

Além disso, na teoria habermasiana da argumentação, pensa-se na ampla participação popular como parte do procedimento, chamado de democracia, capaz de culminar na formação legítima do Direito, sendo pressuposto inafastável. Na mesma linha de pensamento, Bobbio (1986, p. 13) traz a ideia de regime democrático sob a guarida do chamado “governo das leis”, baseada em leis fundamentais que impõem limites aos próprios legisladores, havendo a necessidade de controle daqueles que exercem o poder, em todos os níveis, por aqueles que, em última instância, possuem de forma originária o poder fundamental: os indivíduos singulares.

Essa percepção recepciona a distinção acima mencionada, entre governo democrático e despótico, de sorte que, pensando-se na relação intrínseca entre direito e poder – vez que só o poder cria direito e só o direito limita o poder -, o estado despótico adota a face da moeda vinculada ao poder, ao passo que o governo democrático adota a face ligada ao direito (BOBBIO, 1986, p. 13), o que, mais uma vez, evidencia a essencial ligação entre direito e democracia.

Em última análise, sob o viés procedimental, não só há ligação entre direito e democracia, senão uma relação consequencial, em que a formação legítima do direito depende do procedimento inclusivo e discursivo chamado de democracia, uma relação intrínseca e inafastável.

2 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUA ATUAÇÃO: ASPETOS CRÍTICOS

A partir dessas considerações acerca da democracia, é possível – e necessário – que se analise como o Poder Judiciário se encaixa dentro das concepções de democracia adotadas, a fim de vislumbrar a importância do seu papel e os reflexos que a função judicante exerce acerca do que se tem tratado por *crise da democracia*.

A função judiciária é detentora de importante papel para a estabilidade do sistema que se consolidou com Montesquieu, na conhecida *Tripartição dos Poderes do Estado*, ao lado das funções executiva e legislativa. Embora Montesquieu (2002, p. 165-166) fale no “poder executivo daquelas [coisas] que dependem do direito civil”, atribui verdadeira função judicante a essa função, prevendo que este “pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos”, chamando-o de *poder de julgar*.

A teoria como pensada pelo mencionado filósofo sofreu mutações com o tempo. Quando a concepção tripartite passou a sofrer influências da noção de Estado Democrático, passou por consideráveis transformações, passando a abarcar, também, a *teoria dos freios e contrapesos* (*checks and balances*) (DALLARI, 2013, p. 218), abrigando, como principal finalidade, o desiderato de atribuir a cada um dos “Poderes” a prerrogativa de interferir nas ações dos outros, prevenindo e impedindo abusos (TAVARES, 2011, p. 63), tendo como justificativa a noção de que todos compartilham do mesmo poder, uno e indivisível.

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requer deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos (DALLARI, 2013, p. 220).

Nesta linha, o que se nota é a superação da tripartição pura e o remodelamento da participação da função judicante na sociedade. O Poder Judiciário tem ganhado importância, diante da forma como tem não só exercido suas funções típicas, como também aquelas de controle dos outros Poderes. A população deposita suas esperanças na função julgadora, encarando-a como aquela que garantirá seus direitos. Tais fatos estão relacionados não só à constante busca pela justiça, como também à crise de legitimidade em que se encontram os representantes do povo no poder.

De fato, não é exagero falar em crise de representatividade quando os partidos políticos não passam confiança e os representantes do povo não realizam sua função primordial:

“representar”. São vários os escândalos que se tem notícia, principalmente envolvendo corrupção, dentre muitas outras questões, que levam os Poderes Executivo e Legislativo a ficarem desacreditados, ocasionando a supervalorização do Judiciário, não sendo incomum, diante disso, que a figura de certos magistrados, em casos mais emblemáticos, se torne ícone e até bandeira de movimentos populares – inclusive com conotação política.

Por outro lado, é de se notar que o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal – que exerce a função de Tribunal Constitucional -, deveria ser, antes de mais nada, guardião da democracia e dos mandamentos constitucionais. Contudo, muitos são os fatores que influenciam e impulsionam o agir daqueles que detêm essa parcela do poder.

Quando o Judiciário invalida atos dos outros Poderes, como na declaração de inconstitucionalidade, ou quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, através da construção jurídica ou mutação constitucional, abre espaço para discussões acerca do ativismo judicial, autocontenção, dificuldade contramajoritária, soberania popular, dentre outros (BARROSO, 2011, p. 306). E tal situação de interferência não é incomum.

Aliás, já faz algum tempo que o Judiciário tem se posicionado de forma mais proativa em face das omissões dos outros Poderes. Questões envolvendo políticas públicas, principalmente saúde e concessão de medicamentos, têm sido marcadas por atuação judicial que supre as omissões executivas e legislativas. Assim, fala-se em ativismo judicial.

Marco Aurélio Romagnoli Tavares (2011, p. 105) traz um conceito de ativismo mais pautado no atual cenário democrático brasileiro, marcado pela já apontada confiança depositada no Judiciário:

Dentro das relações de poder, intrínsecas ao Estado, surge a figura proeminente do Judiciário, hoje o poder em voga no Brasil, já que está em curso uma gradativa execução de uma forma de ativismo judicial, capitaneado pelo STF, ou seja, diante da clara impossibilidade da existência de vácuo de poder, decorrente diretamente de um legislativo inoperante, dominado por escândalos de corrupção, bem como de um executivo anabolizado, que busca dominar politicamente todas as esferas de poder. Surge a figura protagonista dos tribunais e de magistrados que aos poucos buscam limitar os excessos praticados pelas administrações, assim como suprir a ausência de definições legislativas que deveriam acompanhar os avanços econômicos, sociais e científicos.

Assim, o cenário é propício. Um rol extremamente amplo de direitos e garantias fundamentais, associado à atribuição de jurisdição constitucional a um corpo de julgadores amparados por garantias institucionais, dá substrato suficiente à judicialização mais intensa da política, o que dá margem à atuação proativa (VALLE, 2009, p. 26).

A grande questão, em verdade, gira em torno desse acúmulo de funções e a confusão entre elas, como se ocorresse a fusão em uma só. Quando o Poder Judiciário passa a decidir com fundamentos muito mais políticos que jurídicos, não só abre espaço para atritos entre os Poderes,

gerando as muitas discussões sobre competência, esfera de atuação, usurpação de função, entre outras, como também levanta questionamentos acerca dos motivos, fundamentos e legitimidade para esse tipo de interferência. Afinal, deve-se lembrar que a atual estrutura do sistema democrático brasileiro depende da saúde e harmonia entre as funções estatais. Com o enfraquecimento desse sistema, é estabelecida a instabilidade orgânica no Brasil.

Assim, a doutrina expressa sua preocupação:

Se a outorga de direitos aos tribunais frustrarem uma decisão política do governo ou parlamento, armazena um perigo de que, bem a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de Direito –, ou bem a decisão política do governo seja substituído por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato político de pessoas que não têm nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função (LOEWENSTEIN, 1986 *apud* MACHADO, 2011, p. 125).

Dito isso, é preciso diferenciar determinadas situações. Quando o Judiciário excepcionalmente age na omissão dos outros Poderes, ou interfere na atuação desses, visando resguardar os direitos das minorias e, assim, manter o sistema saudável, nada faz além do que está incumbido de fazer, diante de seu papel democrático representado no sistema consensual. Contudo, quando a exceção se torna regra e as atuações começam a se tornar demasiadamente expansivas, o Judiciário, aproveitando-se das situações de vácuo de poder e da confiança que detém, acaba por abalar o equilíbrio de toda a organização estatal.

E a questão se torna ainda mais complexa quando se vê que esse não apenas possui atuações proativas, como também, por vezes, se retrai, sendo o caso da autocontenção judicial. Essa, segundo a doutrina, é o oposto de ativismo judicial, e pode ser definida como a:

[...] conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis a atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2011, p. 308).

Se, por um lado, muitas críticas são levantadas quando o Judiciário age de forma proativa, muitas outras são apontadas quando ele deixa de agir. Afinal, o Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade difuso (aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal, diante de um caso concreto), deve agir com fins a garantir a eficácia da Constituição em todos os seus termos, defendendo seus princípios e instituições essenciais.

Quando ele se omite, diante de outras omissões, cria-se um vácuo de poder e a população fica à própria sorte; quando se omite diante de um caso de inconstitucionalidade, deixa de dar vida à Constituição, fragilizando mais ainda o Estado Democrático de Direito. É o que acontece quando enfrenta casos polêmicos, de grande comoção nacional ou com direitos de minorias, envolvendo, por exemplo, temas atinentes à religião, aborto e relações homoafetivas.

Ainda, conforme lembra a doutrina, o Judiciário não pode ficar à mercê da opinião pública, pois muitas vezes a decisão correta e justa não é aquela aceita pela maioria da população. O populismo judicial não pode prevalecer num Estado democrático, devendo sempre ser considerada a possibilidade de se proferir decisão contramajoritária. A decisão deve ser compreendida, respeitada e acatada pela população, mas não deve ficar adstrita aos interesses de uma maioria (BARROSO, 2011, p. 440-441).

Além do já tratado, é válido mencionar que os fatores de influência que incidem sobre o Judiciário, principalmente o STF, são numerosos, havendo que se observar que:

Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural. Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Dentre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, Ministério Público, os Estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais. E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual a sua atuação repercute. Diante disso, o papel e as motivações da Corte sofrem a influência de fatores como, por exemplo: a preservação e, por vezes, a expansão de seu próprio poder. A interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as conseqüências [sic] práticas de seus julgados, inclusive e notadamente a perspectiva de seu efetivo cumprimento (BARROSO, 2011, p. 431).

É de se notar, de fato que as pressões políticas são incessantes, a repercussão de seus julgados é sem precedentes, os interesses em conflito são poderosos; até mesmo as convicções pessoais, culturais, formação, origem, todas essas questões de ordem subjetiva podem ter influxo sobre o julgador. Como ser humano que é, apesar de se basear nas normas da Constituição e demais regras, o ato de julgar passa por “interpretar”, o que acarreta uma valoração que não deixa de ser reflexo do seu ser, ainda que de forma inconsciente.

Diante de todos esses fatores, é possível imaginar que a decisão possa ter caráter mais próximo à política que ao Direito. É justamente nesse ponto que surge a atuação política do Judiciário, o que coloca em cheque o último das funções estatais que carregava alguma dose de confiança, além da esperança da população por melhores perspectivas, possibilitando que se fale em verdadeira crise democrática.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A SUA VITALIDADE PARA A DEMOCRACIA

Diante das definições e elementos de democracia apresentados, bem como da análise crítica quanto a atuação do Poder Judiciário no Brasil, é preciso, nesse momento, sedimentar as bases da relação entre os temas, a fim de avaliar não só a participação da função judicante para a concretização da democracia, assim como as conseqüências do panorama apresentado como substrato a justificar uma possível crise da democracia.

Primeiramente, é preciso fazer um importante destaque acerca das teorias apresentadas. Isso porque, embora tenham, para além das diferenças metodológicas e classificatórias própria de cada autor, matrizes diferentes, por vezes até opostas, é justamente este o ponto crucial do presente trabalho. A ideia de dialogar com mais de uma linha ou referencial teórico tem por objetivo evidenciar concepções distintas de democracia e a importância do judiciário para todas elas. Independentemente de qual caminho seguir, em termos de concretização da democracia, o Judiciário assume um papel indispensável em todas.

Para melhor desenvolver estas premissas levantadas, parte-se para a análise das teorias e sua relação com o Judiciário. Como antes visto, tendo como base os elementos trazidos por Liphart – não necessariamente assumindo esta teoria da democracia enquanto correta -, o Brasil se enquadra num modelo consensual de democracia, uma vez que o modelo majoritário não poderia prevalecer num país tão grande, marcado por regionalidades, culturas distintas, enfim, pela pluralidade.

O modelo consensual, no tocante à participação das três funções estatais, prevê certo equilíbrio entre elas, não havendo prevalência de uma sobre as outras – como ocorre no modelo majoritário, de prevalência do executivo sobre a legislatura. Assim, eles se apresentam como os três pilares de sustentação para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Além disso, este modelo possibilita a intervenção do Judiciário, que se pauta na Constituição, atuando não somente para evitar abusos das outras funções estatais, como para garantir a participação dessa diversidade cultural e pluralidade de grupos no governo, na sociedade e na defesa de seus direitos e interesses.

Assim, o Judiciário se mostra, frente ao modelo consensual, como um estabilizador do sistema democrático. Diante da diversificação encontrada no Brasil, com muitas minorias que, de fato, não teriam voz frente às majorias, é o Judiciário que abre as portas para que estas sejam ouvidas. Com base na melhor interpretação do “espírito da Constituição”, a função julgadora poderia até mesmo desafiar os mandamentos da lei (ativismo judicial) e os anseios da maioria (decisões contramajoritárias), desde que de forma razoável, a fim de garantir os direitos fundamentais e os direitos das minorias, além de outros valores essenciais.

Diante do distanciamento das outras funções estatais para com os ideais democráticos e a plena eficácia dos direitos fundamentais mínimos – constantemente ignorados e desrespeitados -, culminado na exclusão social, pobreza e num estado de coisas que beira ao colapso do sistema, o Judiciário surge numa posição de destaque e de inestimável posição de equilíbrio, dando sustentação à estrutura democrática como um todo. De fato, é difícil imaginar, atualmente, uma equação em que a função judicante não ocupe papel central nas relações entre poder e sociedade, com função de controle e estabilização, sem que, com isso, o resultado seja a decadência do próprio

sistema.

Contudo, é tanto essencial quanto temerosa a inflação de responsabilidade em tornar-se o sustentáculo do Estado Democrático de Direito brasileiro. Isso porque, como visto, os fatores de influência que são exercidos sobre o Judiciário são inúmeros e quase incontroláveis, havendo clara dificuldade prática em se delimitar a atuação dessa “fração do Poder”, que não pode ser ilimitado. Também, difícil verificar quando a atuação se dá de forma Jurídica ou Política, seja ela proativa, contenciosa ou contramajoritária.

Marcos Cesar Botelho (2016, s.p.), participando como componente de banca examinadora em Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação, expôs sua preocupação com a atuação do Judiciário, uma vez que, em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal, embora se posicionando pela concessão de direitos, nem sempre o fez através de argumentos jurídicos consistente e, por vezes, extrapolou a própria letra da Constituição, sob argumentos de interpretação e mutação constitucional, por exemplo, quando seriam necessárias alterações através de emendas constitucionais.

O problema, segundo o ilustre professor, reside em que, não obstante à própria violação do ordenamento, com criação de direitos através do Judiciário - indo muito além do que se espera, mesmo em vista do ativismo judicial -, atrai preocupação a imprevisibilidade da atuação jurisdicional, não havendo qualquer margem de certeza que a atuação, hoje, criando e garantindo direitos à população ou a um grupo, não será, no amanhã, uma atuação restritiva e prejudicial a todo o sistema, violando direitos fundamentais.

Referida crítica é pertinente, uma vez que, quando as decisões assumem um viés político, o fazem abrigando todos os elementos constantes das decisões envolvendo os Poderes Executivo e Legislativo, obedecendo a critérios discricionários e a certa liberdade de atuação, manifestação e posicionamento. As escolhas políticas refletem um jogo de interesses dos detentores do poder, o que importa, muitas vezes – e que vem se provando nos últimos tempos -, na falta de atuação em determinadas circunstâncias, principalmente diante de questões polêmicas e de difícil solução, que afetariam sua imagem como “elegíveis”.

De outra sorte, diante da concepção habermasiana de democracia, o Poder Judiciário aparece como fator de inestimável valor. Nesse sentido:

[...] o modelo de Habermas fornece as bases teóricas para essas considerações acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, sobretudo porque aponta para a necessidade inafastável de sua abertura à práxis argumentativa e inclusiva. Somente a consideração da Corte como um espaço público por excelência é capaz de legitimar sua atividade. (BOTELHO, 2008, p. 208).

Ressalte-se que mesmo a atividade de interpretação constitucional, tal qual aquela exercida

pelo Supremo Tribunal Federal, consiste numa fase do processo legislativo, ou seja, a interpretação contribui para a produção da norma, definindo seu alcance e sentido. Portanto, a Corte Constitucional participa desse processo todas as vezes que se abre à participação dos possíveis interessados, viabilizando a formação de uma arena para a proposição de discursos, sustentados por argumentos tematizados e pela participação livre dos seus atores, sem influência internas e externas (BOTELHO, 2008, p. 208). A participação livre e em condições de igualdade, mais uma vez, deve ser ressaltada como forma de se garantir a legitimidade dos resultados alcançados.

De toda forma, fica clara a função de “tutora” da corte nesse processo, fiscalizando o desenvolvimento da prática argumentativa no espaço público. Contudo, a função da corte não pode se resumir a garantir a liberdade de participação, carecendo a formulação de um viés mais prático. Diante disso, faz-se uso das ideias de Peter Häberle sobre a sociedade aberta de interpretes, em que, dentre todos os interpretes, seria a Corte Constitucional a dar a última palavra sobre o tema. Portanto, de um lado, a Corte se apresenta como o espaço público por excelência para o debate aberto, inclusivo de democrático; de outro, participa desse procedimento, dando a última palavra (BOTELHO, 2008, p. 208-209).

Botelho (2009, p. 209), assim, conclui:

À guisa de conclusão final, somente quando a Corte Constitucional abre-se [sic] à práxis argumentativa, incluindo todos os possíveis afetados é que ela obtém legitimação na sua tarefa de dar a última palavra, na medida em que suas decisões refletirão o entendimento obtido na arena pública, de forma democrática, livre e inclusiva.

Nesse esteio, percebe-se que, no conceito de democracia como procedimento, a Corte Constitucional – no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal – exerce não somente a tutoria do processo de argumentação que se dá em seu âmbito, tendo em vista ser espaço público por excelência aberto ao debate livre e justo, como também participa sendo o detentor da última palavra na formulação legítima do direito, o que demonstra o tamanho da responsabilidade acumulada pelo órgão de cúpula do Judiciário perante a sociedade. O que se tem notado, contudo, é a pouca participação da população, restando nas mãos dos respectivos Ministros decidirem – por vezes, politicamente – assuntos de ímpar importância para a sociedade e para a afirmação e concretização do Estado Democrático de Direito.

Na atuação de tutoria, o Judiciário tem capacidade fática para se fechar à argumentação livre, abrindo-se, por vezes, para intervenções ocultas de interesses pessoais esquivos, ilegítimos e corruptos. Na outra ponta do procedimento, como última palavra, pode se posicionar em sentido oposto ao consenso atingido através da prática discursiva universal, ou mesmo decidir ainda que nenhuma participação tenha ocorrido, tendo em vista os fins políticos que pretende atingir.

Como se percebe, numa e noutra definição, seja na democracia como procedimento, seja

na democracia num viés substancial, o Poder Judiciário aparece como importante figura de concretização dos pressupostos teóricos de ambas. Na concepção de Liphart – e que não diverge, pelo menos no ponto aqui ressaltado, das demais substanciais apresentadas, incluindo a de Goyard-Fabre -, pautando-se pela realidade brasileira, tem-se que o modelo consensual se apresenta como mais adequado, tendo este, como um de seus pressupostos, a revisão judicial dos atos realizados em sociedade. Dito isto, é preciso notar que, diante do panorama apresentado pela sociedade brasileira, o Judiciário acaba deixando de ser apenas um elemento dentre os dez trazido pelo autor, mas naquele essencial para a estabilidade democrática do Estado, pois sua atuação está apta a assegurar direitos fundamentais mínimos, suprindo as necessidades dos verdadeiros detentores do poder, o povo.

Na linha de Habermas e Bobbio, tem-se a democracia como procedimento, pautado na participação. O primeiro pauta-se na ideia da Corte Constitucional como espaço público por excelência, apto a abraçar práticas argumentativas livres de influência e que contém com a ampla participação daqueles que serão atingidos. Neste modelo, a Corte funciona não só como “tutora” do procedimento de formação do Direito, como dá a última palavra acerca do objeto discutido.

Já Bobbio busca a participação popular desse procedimento como forma de controle da atuação política - o que, de certa forma, se coaduna com a ideia habermasiana, pois também prevê a ampla participação no procedimento que chama de democracia -, bem como, ainda que de forma indireta, denota a exigência da inclusão popular no procedimento como pressuposto para a legitimidade daquilo que é decidido.

Embora os últimos anos no Brasil tenham sido perniciosos para a credibilidade do Judiciário, em que inúmeros escândalos vieram à tona, colocando em cheque a confiança da população nos Ministros, Desembargadores e Juízes por todo o Brasil, é possível verificar como a função judiciária pode despontar, nos dias de hoje, enquanto um estabilizador democrático, ou seja, enquanto um órgão que está apto a manter um regime democrático apesar das constantes falhas que as demais funções cometem.

Em ambas as concepções a função do Judiciário deve ser considerada enquanto primordial – até mesmo pelo contato mais próximo com o Direito e sua aplicação que possuem. Seja através da concretização da democracia entendida pelo seu conceito procedimental, com a ampla participação popular, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal – a quem tem incumbido as decisões mais importantes nos últimos tempos, muito em razão das omissões e inércia das outras funções estatais -, seja através da consubstanciação da democracia em seu aspecto substancial, conforme apresentada no texto, o Judiciário é capaz de trazer equilíbrio à balança democrática, garantindo os direitos fundamentais de toda a população – inclusive das minorias – e, senão evitando que uma

crise democrática se instale, que pelo menos a amenize ou impeça-a que se agrave.

Concatenando-se essa conclusão com o panorama apresentado no segundo capítulo - de inflação da atuação da função judicante em razão da falta de representatividade dos outros “Poderes”, bem como de uma possível subversão de atuação, que começa a despontar como sendo muito mais política que jurídica -, é possível compreender porque seria possível falar-se em certa crise do sistema democrático, ou pelo menos de um certo agravamento da instabilidade dos arranjos democráticos, dada a importância da necessidade de uma legítima atuação do Poder Judiciário a fim de concretizar a democracia.

O Judiciário, assim, se apresenta, ao mesmo tempo, como porta de entrada para a concretização da democracia, tanto em sua acepção substancial quanto procedimental, bem como pode levar à instauração de uma verdadeira instabilidade – quando não, crise – democrática.

CONCLUSÃO

A democracia é tema estudado há muitos séculos, sendo fonte de constantes divergências, tendo sofrido diversas reformulações conceituais durante toda a história do pensamento, sendo difícil, ainda hoje, alcançar certo consenso acerca de seu conceito e elementos.

Diante disso, o presente trabalho pretendeu trazer duas conceituações mais sólidas: a primeira, no esteio de Goyard-Fabre e, principalmente, Liphart, com viés substancial de democracia; a segunda, na linha de Habermas e Bobbio, num viés formal ou procedimental. Tanto num como noutro, o Judiciário possui papel de extrema relevância. No sistema de Liphart, a função judicante aparece como meio para que se mantenha o equilíbrio dos Poderes, para evitar os abusos do poder, bem como para assegurar os demais elementos da sistematização e outros que sejam essenciais para a manutenção do Estado de Direito. Por outro lado, o Judiciário busca, na democracia como procedimento, se transformar num espaço público aberto à população, participando da fiscalização quanto à inclusão, como também no final da prática discursiva, como detentor da última palavra.

Contudo, a atuação da função judicante, notadamente do Supremo Tribunal Federal, é incerta e pode, por vezes, extrapolar parâmetros, tornando-se não somente mais política que jurídica, como também ilegítima, diante dos fins que demonstra perseguir, destoantes dos interesses da população, dos direitos fundamentais e do Estado Social e Democrático de Direito.

O Judiciário aparece, assim, como verdadeiro divisor de águas na sociedade atual, uma vez que, a depender da sua atuação, é possível que concretize os ideais democráticos, tanto na acepção substancial quanto procedimental, ou que fragilize ainda mais um sistema democrático que tenta, a toda custa, se solidificar.

O Estado brasileiro vive uma situação de grande descrédito diante da atuação de suas instituições políticas, havendo grande desconfiança da população, que pouco participa da gestão de poder face à falta de ambientes democráticos sólidos e democráticos. O Judiciário aparece como esperança para a concretização de ideais tanto procedimentais quanto materiais de democracia, havendo extrema importância que assuma essa condição, sob pena de se ver instaurada verdadeira *crise democrática* no Brasil, sem haver a quem a população recorrer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Pensamento crítico, 63. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. Dissertação de Mestrado apresentada no Instituto Brasilienses de Direito Público – IDP. Brasília-DF: IDP, 2008.

_____. Comentários realizados como membro da banca julgadora realizada em 12 de setembro de 2016, às 11h, com a apresentação do Trabalho de Conclusão de Curso “TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO DE IMIGRANTES NO BRASIL”, por Gabriela Mayumi Takeshita, na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho-PR: 2016.

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

MACHADO, Edilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e**

constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (Barão de). **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

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

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à liberdade religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 211-234.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**: direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lício do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

EQUIPARAÇÃO FORMAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Leonardo Bocchi COSTA¹

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade analisar as consequências jurídicas trazidas pela equiparação formal dos tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais, inovação prevista pela Emenda Constitucional 45/2004. Para isso, será feito um breve estudo relacionando o momento histórico em que se elaborou a Constituição de 1988 e os princípios fundamentais trazidos por ela. Outrossim, serão abordadas as teorias predominantes na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca do status normativo inerente aos tratados em comento, além de traçar um breve histórico dos entendimentos jurisprudenciais proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Utilizaram-se como métodos de abordagem o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica indireta. Ao fim do estudo, concluiu-se que a equiparação formal traz consigo importantes consequências práticas, quais sejam, a impossibilidade de renúncia aos tratados formalmente constitucionais, a integração de tais convenções ao bloco constitucional brasileiro, além da necessidade de se utilizar o critério da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano em caso de antinomia entre as normas constitucionais e as convencionais.

PALAVRAS-CHAVE: Bloco de constitucionalidade; Cláusula de abertura dos direitos fundamentais; Status normativo; Tratados internacionais de direitos humanos.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the legal consequences brought about by the formal assimilation of international human rights treaties to constitutional norms, provided for by Constitutional Amendment 45/2004. For this, a brief study will be made relating the historical moment in which the Constitution of 1988 was elaborated and the fundamental principles brought by it. In addition, the theories prevailing in Brazilian doctrine and jurisprudence on the normative status inherent in the treaties in question will be discussed, as well as a brief history of the jurisprudential understandings pronounced by the Federal Supreme Court on the subject. The deductive method and the indirect bibliographic research were used as methods of approach. At the end of the study, it was concluded that formal equivalence entails important practical consequences, namely, the impossibility of renunciation of the formally constitutional treaties, the integration of such conventions into the Brazilian constitutional block, and the need to use the criterion of application of the norm more beneficial to the human being in case of antinomy between the constitutional and conventional norms.

KEYWORDS: Constitutionality block; Clause of opening of fundamental rights; Normative status; International human rights treaties.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe consigo a inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, visando a findar a duradoura controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do posicionamento hierárquico atribuído aos tratados internacionais que versam sobre direitos

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

humanos. Tal discussão se arrasta desde o início do século passado, atravessando, inclusive, diversas Constituições e, levando em consideração as intenções do legislador, dever-se-ia resolver com a aprovação de supracitada Emenda. Ocorre que a redação dada pelo legislador não sanou, na prática, as dúvidas que rodeiam a temática do valor hierárquico inerente aos tratados internacionais tangentes aos direitos humanos, fomentando, ainda mais, a discussão acerca do assunto e, com isso, instigando posicionamento interpretativo do Supremo Tribunal Federal. A histórica decisão, proferida em julgamento ao Recurso Extraordinário (RE) 466.343 e aprovada pela maioria dos ministros, pôs fim à tese predominante no Pretório Excelso, desde 1977, de que os tratados internacionais, independente da natureza, teriam status de lei ordinária, devendo-se levar em conta, nesses casos, o art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), que preconiza que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (BRASIL, 1942).

Apesar de ser histórica, no sentido de romper com a ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos seriam internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro com status de mera lei ordinária, podendo, inclusive, ser revogados a qualquer tempo por meio de lei ordinária federal aprovada, a decisão proferida pelo STF continua conflitante com características inerentes aos direitos fundamentais, como a indivisibilidade e a constitucionalização, além de negar vigência ao princípio da boa-fé consagrado ao texto da Convenção de Viena – tratado, do qual o Brasil é signatário, que regulamenta o Direito dos Tratados. A mudança de posição jurisprudencial foi provocada por diversas ações questionando a legalidade da prisão de depositário infiel, uma vez que, apesar de a Constituição Federal permitir, em seu art. 5º, LXVII, a prisão no caso em análise, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 7º, 7, determinava o seguinte: “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (BRASIL, 1992). Tinha-se, assim, uma antinomia entre a Constituição Federal e o tratado internacional ratificado pelo Estado brasileiro, fato que obrigou o Supremo Tribunal Federal a se manifestar no sentido de terem os tratados internacionais de direitos humanos status de norma infraconstitucional, mas supralegal, revogando, desse modo, toda a legislação infraconstitucional que regulamentava a prisão de depositário infiel, fato que culminou na formulação da Súmula Vinculante 25, que reconhece a ilicitude da “prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (STF, 2017, p. 159).

Com a problemática exposta, o presente estudo busca, lançando mão do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica indireta, analisar a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e os

direitos fundamentais, para que possa ser mais bem compreendida a temática do status normativo inerente aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, apresentando no decorrer da pesquisa posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, a fim de que possam ser esclarecidas as consequências jurídicas trazidas pela edição da Emenda Constitucional 45/2004, no que tange à hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, buscando demonstrar a recepção constitucional referente aos tratados ratificados anteriormente à incorporação formal ao bloco de constitucionalidade dessas normas, além da impossibilidade de renúncia, haja vista a hierarquia privilegiada gozada por elas.

1 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS

Para que se possa compreender a relação entre os direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister analisar o texto jurídico fundamentador e legitimador do ordenamento jurídico atual: a Constituição Federal de 1988. Para tanto, a fim de que possa ser compreendida a axiologia trazida pelo documento fundador do novo ordenamento, far-se-á um estudo contextual que busque retroagir ao momento político vivido pelo Estado brasileiro à época da elaboração da Carta Magna, uma vez que a conjuntura sociopolítica brasileira acarretou nítidos reflexos nos valores e princípios carregados pelo texto constitucional e, por conseguinte, na forma com que os direitos humanos são encarados pela ordem jurídica criada pelo documento jurídico em questão. É indispensável pontuar a situação ditatorial em que se encontrava o Estado brasileiro entre os anos de 1964 e 1985, contando com forte censura e supressão de direitos fundamentais e políticos, principalmente após a edição do AI-5. Tal situação deve ser destacada pelo fato de a edição da Constituição de 1988 ser consequência direta da abertura política conquistada após muita luta da população brasileira e, por ser decorrência de um movimento democrático, o atual texto constitucional rompeu explicitamente com a então ordem vigente autoritária e constituiu, logo em seu primeiro artigo, o Estado Democrático de Direito no Brasil (BRASIL, 1988), cujos fundamentos se encontram delimitados em cinco incisos, dentre os quais destaca-se, para os fins deste estudo, o III, que positiva como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se instala a República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana.

A relevância da situação pontuada justifica-se pelo fato de os direitos humanos e os direitos fundamentais estarem intrinsecamente ligados ao princípio explicitado, uma vez que “constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 151). Destarte, os direitos humanos fundamentais são o principal meio jurídico para que se observe e proteja o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo, inclusive, sua razão de existir no próprio princípio que tais direitos se

determinam a tutelar. Dito isso, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais são conceitos indissolúveis, haja vista aquele ser a gênese e, ao mesmo tempo, a finalidade destes. Com a adoção do princípio em análise como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, a Constituição Federal busca conferir aos direitos humanos status de protagonismo na ordem constitucional criada, dedicando eminente assento ao rol de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, além de reservar-lhes o status de cláusula pétrea, como se verá adiante, e editar matéria a fim de garantir sua aplicabilidade imediata e eficácia, por meio das garantias fundamentais.

1.1 Tratados internacionais de direitos humanos e a cláusula de abertura dos direitos fundamentais

Mesmo com os eloquentes avanços constitucionais já mencionados no que tange à valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, o que já demonstraria, por si só, a guinada do Estado brasileiro em direção ao compromisso com a observância efetiva e plena aos direitos humanos fundamentais, o art. 5º, § 2º da Constituição Federal trouxe consigo a seguinte redação: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo ficou conhecido como *cláusula de abertura dos direitos fundamentais*, isso porque o parágrafo analisado garante o reconhecimento dos direitos fundamentais que não se encontram dispostos no Título II da Carta Magna (“dos Direitos e Garantias Fundamentais”). A importância dessa cláusula é justificada pela possibilidade de realizar-se interpretação sistemática ao texto constitucional, visando a limitar os direitos fundamentais a somente aqueles elencados no título constitucional dedicado à sua enumeração, apesar de não ser esta taxativa. Sobre a cláusula de abertura, Walter Claudius Rothenburg discorre:

A abertura dos direitos fundamentais (CR, art. 5º, § 2) significa a possibilidade de recepção e desenvolvimento dos direitos fundamentais, e projeta-se *internamente*, para permitir extrair direitos fundamentais do regime e dos princípios constitucionais, bem como *externamente*, para autorizar extrair direitos fundamentais de normas internacionais, pela “prevalência dos direitos humanos” (CR, art. 4º, II). (ROTHENBURG, 2014, p. 149, grifo do autor)

Com isso, a cláusula de abertura possibilitou o reconhecimento de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, decorrentes do regime e princípios constitucionais (abertura interna) ou até mesmo resultantes de tratados internacionais dos quais seja signatário o Brasil (abertura externa). Apesar de a cláusula em questão garantir, explicitamente, reconhecimento aos direitos fundamentais decorrentes das situações expostas, alguns juristas brasileiros ainda defendem a ideia de somente os direitos previstos no rol do Título II da Constituição Federal serem, de fato,

direitos fundamentais, enquanto os direitos restantes seriam espécies de direitos constitucionais não fundamentais, cabendo somente ao STF decidir, em cada caso concreto, acerca do reconhecimento de direitos fundamentais positivados fora do catálogo, como fundamenta Lourivaldo da Conceição:

[...] Entendemos que estes não seriam direitos fundamentais, mas direitos subjetivos constitucionais, como afirmado anteriormente. Ou direitos constitucionais ordinários [...]. Entendemos ainda que cabe ao STF definir os direitos fundamentais fora do catálogo, em cada caso concreto, como já o fez quando decidiu que o princípio da anterioridade da lei tributária é um direito fundamental do contribuinte. (CONCEIÇÃO, 2016, p. 256)

Antes que possam ser analisadas as consequências jurídicas de tal reconhecimento, insta pontuar o regime privilegiado conferido pelo texto constitucional aos direitos fundamentais. É cediço o caráter rígido da Constituição Federal brasileira, que suscita processo solene – mais complexo em relação ao processo infraconstitucional –, consistente na aprovação por maioria qualificada (três quintos dos votos dos respectivos membros da Casa legislativa federal) em dois turnos em cada Casa, para que se possibilitem, em regra, mudanças em seu texto. Ocorre que, em certos casos, não são possíveis alterações no texto da Carta Magna, mesmo que aprovadas pelo processo solene necessário, uma vez se tratando de cláusulas imutáveis, impassíveis de reforma. Trata-se das chamadas *cláusulas pétreas*, especificadas no art. 60, § 4º da Lei Maior, dentre as quais se encontram os direitos e garantias individuais – sendo flagrante a nomenclatura errônea usada pelo legislador, quando se quis referir, com efeito, aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]” (BRASIL, 1988) tais direitos e garantias, sem qualquer tipo de distinção quanto ao ramo do ordenamento jurídico ou à forma como foram positivados ou reconhecidos. Destarte, lançando mão da interpretação conjunta do dispositivo em questão e da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, percebe-se que esta garante aos direitos reconhecidos como tais por consequência da cláusula em questão o regime jurídico privilegiado conferido pela Constituição aos direitos fundamentais, ou seja, o status de cláusula pétrea.

2 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da relação intrínseca entre o Estado Democrático de Direito brasileiro e a dignidade da pessoa humana, passou-se a questionar a posição hierárquica ocupada pelas normas de tratados internacionais de direitos humanos, uma vez garantida constitucionalmente a possibilidade de reconhecimento a direitos fundamentais não constantes no rol previsto pela Lei Maior. Todavia, não há o que se dizer sobre consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre a temática, existindo, com efeito, diferentes posicionamentos em vários sentidos, inclusive na jurisprudência, fato que explicita

o caráter controverso do tema discutido. A questão desenvolveu-se através da experiência jurídica brasileira, havendo grande mudança nos posicionamentos acerca do tema, principalmente no que diz respeito à interpretação jurisprudencial, como se analisará adiante nesta seção. Apesar de o Supremo Tribunal Federal entender, provocado pelas demandas envolvendo a problemática da prisão civil de depositário infiel, existir caráter supralegal nos tratados de direitos humanos, tal decisão não foi acatada pela doutrina majoritária (MAZZUOLI, 2011, p. 38-39), sendo tal entendimento muito criticado e questionado pela comunidade científica.

O entendimento doutrinário majoritário acerca do tema do status normativo ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos, ao menos nas últimas décadas, tem sido direcionado a proporcionar a maior eficácia possível a tais convenções, visando a garantir a essas normas o regime jurídico privilegiado já gozado pelos direitos fundamentais positivados na Constituição e, por conseguinte, possibilitar maior proteção e observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, a doutrina majoritária tem se posicionado no sentido de conferir às convenções internacionais concernentes a direitos humanos o caráter de norma constitucional, integrando, conseqüentemente, o bloco de constitucionalidade brasileiro e as cláusulas pétreas protegidas pela Constituição Federal. O posicionamento doutrinário predominante é conflitante com o entendimento jurisprudencial majoritário desde o ano de 1977, quando passou a predominar o entendimento nos tribunais de que qualquer tipo de tratado internacional teria status normativo de legislação ordinária (TAVARES, 2012, p. 560), interpretação que só foi modificada em 2008, com a conferência de status supralegal aos tratados de direitos humanos, o que não altera a contradição existente entre a doutrina majoritária e a jurisprudência na temática em questão.

2.1 Interpretação doutrinária e o status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos

Podem-se vislumbrar quatro diferentes teorias possíveis envolvendo a hierarquia normativa ocupada pelas normas de tratados internacionais de direitos humanos em um ordenamento jurídico: a teoria da supraconstitucionalidade; da constitucionalidade; da supralegalidade; e da infraconstitucionalidade. Pontue-se que, nas últimas décadas da experiência jurídica brasileira, houve predominância na jurisprudência das duas últimas teorias, enquanto há clara hegemonia da teoria da constitucionalidade, além de eminentes defensores da teoria da supraconstitucionalidade, na seara doutrinária. Dito isso, abordar-se-ão nesta subseção as teorias hegemônicas nas interpretações formuladas pelos cientistas jurídicos, buscando enfatizar a teoria do status normativo constitucional, a mais aceita e disseminada pelos doutrinadores. A teoria em estudo fundamenta-se na cláusula de abertura dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF) para conferir envergadura

constitucional aos tratados de direitos humanos, uma vez que se trata de tratados materialmente constitucionais, ou seja, que fazem parte da matéria que deve ser regulamentada por uma Constituição, conforme discorre Ricardo Castilho:

Conforme já antes afirmamos, o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é extraído prontamente do § 2º do art. 5º da CF, pouco importando o rito de aprovação. É dizer: tais tratados são, e sempre serão, materialmente constitucionais e compõem o chamado “bloco de constitucionalidade”. Nesse sentido, a aprovação por quorum qualificado apenas propicia uma “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Esse raciocínio aplica-se aos tratados já aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, muitos dos quais com quorum muito superior ao previsto pela emenda, não obstante não em dois turnos, haja vista que tal procedimento não era previsto à época. Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º, possuirão sempre status jurídico de norma constitucional. São materialmente constitucionais, não importando se foram ratificados antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45. (CASTILHO, 2018, p. 111)

Dessa forma, as normas dos tratados internacionais de direitos humanos devem ocupar status normativo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro por se tratar de matéria intrinsecamente constitucional, isto é, de direitos fundamentais, que, por sua essencialidade ao ser humano, devem gozar de hierarquia normativa privilegiada (constitucional), integrando as cláusulas pétreas e o bloco de constitucionalidade, sendo parâmetro, inclusive, para o controle concentrado de constitucionalidade. Posto isso, a doutrina majoritária enxerga na cláusula de abertura dos direitos fundamentais a ideia de que um direito, ao ser reconhecido como fundamental pelo fato de decorrer do princípio da dignidade humana e não apenas levando em conta mero posicionamento sistemático ocupado na Constituição, deve ter sua importância ao desenvolvimento do ser humano igualmente levada em consideração ao atribuir-lhe status normativo no ordenamento jurídico, conforme discorre Paulo Gonet Branco:

É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário. (BRANCO, 2012, p. 247-248)

Por serem direitos diretamente ligados ao desenvolvimento do ser humano (ROTHENBURG, 2014, p. 44), os direitos fundamentais ensejam hierarquia normativa privilegiada, de onde surge uma das suas características: a constitucionalização. Isto significa que os direitos fundamentais são obrigatoriamente direitos positivados em um ordenamento jurídico, isto é, têm sua vigência limitada no tempo-espço. Tal positivação, todavia, deve ocorrer por meio das normas de maior hierarquia jurídica, a fim de que não se tornem vulneráveis a mudanças drásticas tais direitos tão caros ao ser humano, uma vez que, apesar de serem os direitos fundamentais uma única classe de direitos, os direitos ligados à prestação estatal (direitos sociais) são vistos

negativamente por determinadas ideologias políticas e encontram-se, por isso, constantemente na iminência de reformas pelo Poder Legislativo, mesmo indo, em certos casos, de encontro com o princípio da proibição do retrocesso e ainda que os direitos sociais integrem as cláusulas pétreas, que, cabe pontuar, não impedem a deliberação de emendas constitucionais que reformem normas concernentes à regulamentação de direitos fundamentais, mas sim daquelas tendentes a aboli-los. Sobre o princípio da constitucionalização dos direitos fundamentais, Rothenburg explica:

[...] Essa positividade ocorre no âmbito das normas da maior hierarquia (superioridade), principalmente as constitucionais (de onde a constitucionalização dos direitos fundamentais), e também de normas de direito internacional (supraconstitucionalização). [...] Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais devem ser contemplados por um regime jurídico qualificado, que, para ilustrar com a Constituição brasileira de 1988, confere-lhes, por exemplo, um procedimento dificultado de reforma (rigidez constitucional: CR, art. 60) e toma-os como parâmetro de controle de constitucionalidade. (ROTHENBURG, 2014, p. 17)

Com isso, aduz-se no sentido de que é inerente à razão de existir dos direitos fundamentais a característica da constitucionalização, uma vez que, se as finalidades de se garantirem direitos fundamentais aos indivíduos são a observância, valorização e a promoção da dignidade da pessoa humana, devem tais direitos gozar de estabilidade jurídica, não sendo passíveis de reformas drásticas, tampouco de abolição. Por isso, deve-se atribuir a tais normas, independente da forma como foram positivadas, o status normativo de maior hierarquia em um ordenamento jurídico, qual seja, o status constitucional, a fim de que não se viole a própria finalidade de existir dos direitos fundamentais. Dito isso, deve-se discutir, então, a possibilidade de se garantir a eficácia de determinados direitos fundamentais (os reconhecidos explicitamente na Constituição) por meio da hierarquia privilegiada de que gozam, enquanto outros direitos fundamentais reconhecidos (decorrentes da cláusula de abertura dos direitos fundamentais) têm sua eficácia reduzida ou até mesmo anulada, por restarem prejudicados pela hierarquia normativa infraconstitucional atribuída a eles (SARLET, 2017, p. 368). Faz-se pertinente para melhor compreensão da temática discutida uma reflexão acerca do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, discorrendo nesse sentido Flavia Piovesan:

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão. (PIOVESAN, 2012, p. 129)

A eminente doutrinadora aduz no sentido da indivisibilidade no que tange às dimensões dos direitos fundamentais, isto é, todos os direitos fundamentais devem ser aplicados e respeitados,

independentemente do princípio fundamental que buscam tutelar – liberdade, igualdade ou fraternidade –, isso porque, como já explicado neste estudo, os direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, ligados à prestação positiva do Estado, recebem regime jurídico diferenciado em vários Estados, que, por motivos ideológicos, não consideram fundamentais os direitos ligados ao princípio da igualdade. Todavia, tal diferenciação é questão meramente ideológica, não se podendo diferenciar, sob o prisma científico, qualquer geração dos direitos fundamentais no que tange à sua exigibilidade ou a aplicabilidade, uma vez que tais direitos são absolutamente indivisíveis, não sendo possível um Estado selecionar quais direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico serão aplicados em detrimento dos demais. Ainda sobre o princípio da indivisibilidade, complementa o raciocínio Walter Claudius Rothenburg:

Pode-se compreender essa característica sob o ângulo de cada direito fundamental, que constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar, bem como sob o ângulo dos diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se podem aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos e ignorar outros. [...] A indivisibilidade dos diversos direitos fundamentais indica a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as categorias (na verdade, dimensões) de direitos fundamentais, sejam eles direitos de proteção (especialmente os clássicos direitos individuais ou liberdades públicas), sejam eles direitos a prestação (especialmente os direitos sociais) [...]. (ROTHENBURG, 2014, p. 14-15)

Com o raciocínio trazido pelo ilustre doutrinador, pode-se argumentar no sentido da indivisibilidade do status normativo das normas de direitos fundamentais como consequência da indivisibilidade de sua aplicabilidade, isso porque, ao atribuir status normativo inferior a determinados direitos fundamentais, o Estado brasileiro acaba, por conseguinte, negando-lhes observância e efetiva aplicabilidade, uma vez que, ao integrá-los às normas infraconstitucionais, mesmo habitando o status da suprallegalidade, tais normas estariam à mercê das reformas constitucionais, já que, por deverem estar em acordo com o texto da Constituição Federal, as normas e reformas constitucionais teriam o condão de revogar os efeitos dos direitos fundamentais decorrentes da cláusula de abertura. Por isso, os direitos fundamentais são, também, indivisíveis no que tange à sua hierarquia normativa, devendo, independente da forma como foram positivados, gozar do status normativo de maior hierarquia em um ordenamento jurídico, ou seja, o status constitucional.

Outrossim, negar efetiva aplicação dos direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais nega vigência à Convenção de Viena, promulgada pelo Estado brasileiro pelo Decreto nº 7.030, em seu artigo 27, que dispõe: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (BRASIL, 2009). Assim sendo, quando não há reservas feitas pelo Estado em relação aos pontos do tratado que não deseja cumprir, não pode ele invocar dispositivos do seu direito interno para justificar a não observância ao tratado

contraído. Note-se que não há qualquer tipo de diferenciação entre os dispositivos do direito interno, sendo possível aduzir no sentido de que nem mesmo a Constituição Federal pode ser empecilho para o cumprimento dos tratados contraídos pelo Estado, devendo ser aplicada, em caso de antinomia, a norma mais benéfica ao ser humano (PIOVESAN, 2013, p. 157). Assim sendo, a hierarquia normativa infraconstitucional conferida às normas dos tratados de direitos humanos viola, além dos princípios expostos, a Convenção de Viena, uma vez que possibilita o não cumprimento de certas normas convencionais pelo fato de submetê-las às normas constitucionais.

2.1.1 A teoria do status supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Apesar de perder espaço nos últimos anos para a teoria do status constitucional dos tratados de direitos humanos, a teoria do status supraconstitucional continua muito disseminada e influenciando o pensamento doutrinário acerca da temática em estudo, sendo digna de menção e análise. Seus adeptos utilizam-se das disposições previstas na própria Convenção de Viena para justificar a supremacia do direito internacional sobre o direito pátrio, além de se basearem na teoria desenvolvida por Hans Kelsen para embasarem o entendimento de que a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional e, por esse motivo, as normas de direito internacional, em especial os tratados de direitos humanos, têm primazia sobre o direito pátrio. Sobre a relação entre a teoria de Hans Kelsen e a supremacia das normas internacionais sobre o direito pátrio, tem-se que:

Hans Kelsen, que deu ao monismo jurídico sua expressão científica definitiva, advogava a primazia do direito internacional sobre o direito interno por motivos de ordem prática: a primazia do direito interno acarretaria o despedaçamento do direito e, conseqüentemente, sua negação. De acordo com a teoria kelseniana, a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional como sua delegada. Esta foi a posição abraçada pelos internacionalistas brasileiros, tanto os publicistas como os privatistas, e que era geralmente aceita pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, até que, em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, a Suprema Corte modificou seu ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior, posição que vem sendo criticada pela doutrina pátria. (DOLINGER apud PIOVESAN, 2013, p. 119)

A passagem retrotranscrita demonstra a adesão que tal teoria recebeu, inclusive pela jurisprudência, no Direito brasileiro no século passado, fato que se modificou, porém, quando o Pretório Excelso passou a admitir, no RE 80.004, a revogação de um tratado internacional por lei posterior, subentendendo hierarquia normativa equivalente entre as convenções e a lei ordinária, portanto. A teoria da supraconstitucionalidade não se baseia somente na teoria kelseniana para justificar seu posicionamento, sendo levada em consideração a Convenção de Viena, documento que codificou o direito internacional consuetudinário concernente aos tratados, para que se defendesse a primazia dos tratados de direitos humanos sobre a ordem constitucional. Sobre a relação entre a Convenção de Viena e a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de

direitos humanos, tem-se o seguinte:

Néstor Pedro Sagués, ao ferir o ponto, sustenta que, se o Estado deve cumprir a convenção e não pode invocar a sua Constituição para descumprir os tratados internacionais de direitos humanos, isso significa, como resultado concreto final, que o tratado está juridicamente acima da Constituição. Assim, a consequência do controle de convencionalidade seria o de que a norma constitucional que viola o tratado não pode ser aplicada. No entender de Sagués é a própria norma constitucional, e não a lei infraconstitucional, que resta “paralisada”. Se, de acordo com o controle de convencionalidade, a Constituição não pode validamente violar o tratado ou a convenção, isso seria suficiente para evidenciar a superioridade da convenção sobre a Constituição. (SAGUÉS apud MARINONI, 2017, p. 1418)

Assim sendo, a teoria em análise tem um ponto de argumentação em comum com a doutrina do status constitucional. Isso porque ambas podem-se fundamentar no art. 27 da Convenção de Viena para justificar a necessidade de conferir status normativo privilegiado aos tratados de direitos humanos, sob pena de violar a supracitada convenção. Entretanto, a teoria da supraconstitucionalidade se posiciona no sentido atribuir primazia à ordem internacional sobre o direito pátrio para que os direitos fundamentais provenientes de tratados possam ter sua eficácia garantida. Já a teoria da constitucionalidade argumenta no sentido de conferir primazia à dignidade da pessoa humana, por meio da aplicação da norma mais favorável ao ser humano, isso porque, ao buscar garantir hierarquia constitucional aos direitos fundamentais oriundos de convenções internacionais, uma das consequências trazidas é a equivalência formal entre as normas constitucionais e os direitos fundamentais previstos em tratados, o que desencadeará a necessidade de aplicação, em caso de antinomia, da norma mais benéfica ao ser humano, independente de ser ela a norma constitucional ou a convencional. Com a garantia da aplicação de tal critério, a teoria da constitucionalidade privilegia a dignidade da pessoa humana em detrimento de qualquer status normativo, porquanto garante que a norma a ser aplicada será aquela que mais beneficiará o ser humano.

2.2 Interpretação jurisprudencial e hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Apesar de, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF nunca ter reconhecido o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, durante a maior parte do século XX o entendimento majoritário dentro da Corte era no sentido da existência de supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação infraconstitucional. Pelo fato de a Corte não ter adotado anteriormente a teoria da suprallegalidade, subentende-se que, naquele momento, o Pretório Excelso reconhecia caráter hierárquico constitucional, ou até mesmo supraconstitucional, às convenções em comento. Uma das primeiras manifestações desse entendimento jurisprudencial ocorreu em 1914, no julgamento do Pedido de Extradicação nº 7,

quando a Suprema Corte declarou estar em vigor um tratado, mesmo que houvesse lei posterior contrariando suas disposições, interpretação que explicitava, àquela época, a primazia do Direito Internacional sobre a legislação infraconstitucional. Sobre a interpretação jurisprudencial do STF sobre os tratados internacionais de direitos humanos, Flavia Piovesan explica:

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172/66 que estabelece: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha”. (PIOVESAN, 2013, p. 120)

A mudança no paradigma ocorreu em 1977, quando, ao julgar o Recurso Extraordinário 80.004, o STF entendeu que “embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país” (STF, 1977), atribuindo, portanto, natureza normativa infraconstitucional aos tratados internacionais, independente de sua natureza. Apesar da promulgação da Constituição de 1988, que traz em seu texto original a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, tal posição continuou predominante na Suprema Corte, que adotou, até 2008, a “tese de que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, considerados equivalentes à lei ordinária federal” (RAMOS, 2014, p. 372). A perspectiva no Pretório Excelso só foi alterada com o advento da Emenda Constitucional 45, que ensejou a revisão do Supremo Tribunal acerca do posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre a mudança de entendimento do STF, André Carvalho Ramos discorre:

O art. 5º, § 3º, da CF/88 motivou revisão do posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil. No julgamento do RE 466.343, simbolicamente também referente à prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos dos Ministros sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de direitos humanos, inspirada pelo § 3º do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC n. 45/2004. A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ), sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional pelo rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei. (RAMOS, 2014, p. 376)

Com a equiparação formal às normas constitucionais dos tratados de direitos humanos aprovados pelo rito exigido para as reformas constitucionais, por meio de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), o STF foi motivado a revisitar a temática e revisou seu antigo posicionamento, consagrando a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, ou seja, os tratados aprovados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º da Constituição terão natureza constitucional, enquanto

os demais tratados, anteriores ou posteriores à Emenda, aprovados pelo rito comum terão natureza supralegal (RAMOS, 2014, p. 377). Com a atribuição de status supralegal aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito solene, a produção normativa doméstica passa a contar com um duplo limite vertical material (GOMES apud AGRA, 2018, p. 307), isto é, “as leis (inclusive as leis complementares) e atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados” (RAMOS, 2014, p. 377). Ou seja, qualquer tratado internacional de direitos humanos tem o condão de revogar normas infraconstitucionais que conflitem com seu texto, seja a norma anterior ou posterior ao tratado, fato que ocorreu, por exemplo, no caso de prisão civil de depositário infiel. Todavia, os tratados não aprovados pelo rito solene continuam submetidos às normas constitucionais, prevalecendo estas no caso de antinomia. A teoria da supralegalidade consagrada pelo STF sofreu críticas doutrinárias por suas consequências trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, como explica Bernardo Gonçalves Fernandes:

É interessante que a presença da "norma supralegal" não advém de modificação legislativa (sobretudo constitucional via Poder Constituinte derivado), mas de um voto de um Ministro do STF no RE 466.343. A crítica aqui é a seguinte: será que um voto (ainda que vencedor e por mais brilhante que seja na sistematização com o direito comparado) pode mudar a estrutura do nosso ordenamento jurídico? Será que não existiria um "caminho mais legítimo" para determinar a qualificação de normas como supraleais (abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias)? (FERNANDES, 2017, p. 566)

Pelo raciocínio supramencionado, entende-se que a nova interpretação consagrada pelo STF trouxe um novo status normativo, hierarquicamente superior às leis e atos normativos, mas também infraconstitucional, ou seja, submetido à supremacia da Constituição. O status em comento não resta previsto pelo legislador no texto constitucional, sendo, por esse motivo, criticada a criação ilegítima de um novo nicho normativo por parte do órgão supremo do Poder Judiciário no Brasil, uma vez que, nitidamente, a criação de novos status normativos é de competência do legislador, e, portanto, do Poder Legislativo. Assim, além de ainda negar a devida hierarquia normativa constitucional aos tratados de direitos humanos, o STF inova juridicamente e muda, de forma ilegítima, a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

3 CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELO ADVENTO DO § 3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

É pacífico na jurisprudência e na doutrina o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito solene. Todavia, discutem-se quais seriam as consequências práticas trazidas pela equiparação formal entre tais normas, uma vez que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo (BAHIA,

2017, p. 111-112) e o Tratado de Marraqueche são, até o momento, os dois tratados internacionais concernentes a direitos humanos já aprovados pelo rito solene previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Por esse motivo, questionam-se quais são as diferenças jurídicas práticas entre o regime constitucional atribuído a essas normas e o regime supralegal. Esta pesquisa se atentará, principalmente, à possibilidade de renúncia, de se utilizarem as normas convencionais como parâmetro para controle de constitucionalidade e à interpretação a ser utilizada em caso de antinomia entre as normas constitucionais e os tratados formalmente equiparados.

Antes de serem analisadas as consequências trazidas pela equiparação formal prevista na Emenda Constitucional 45/2004, alguns pontos devem ser pontuados e abordados. Discute-se na doutrina acerca do posicionamento hierárquico ocupado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à equiparação formal, bem como pelos tratados aprovados posteriormente à Emenda, mas pelo processo comum. Francisco Rezek entende que, por não fazer nenhuma ressalva aos tratados positivados anteriormente à Emenda em questão, o texto constitucional os elevou à hierarquia constitucional, do mesmo modo como ocorrera com o Código Tributário, que, promulgado em seu tempo como lei ordinária, foi promovido a lei complementar pela “Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura” (REZEK apud MAZZUOLI, 2014, p. 153-154). Nesse sentido, Flavia Piovesan complementa:

Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os § 2º e § 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem à agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. (PIOVESAN, 2013, p. 129-130)

Com isso, conclui-se que, lançando mão de interpretação teleológica do parágrafo em comento, a finalidade do legislador é garantir aos tratados de direitos humanos regime privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não revoga a cláusula de abertura e se omite em relação aos tratados não aprovados em processo solene, devendo ser, portanto, recepcionados com status constitucional os tratados não aprovados pelo processo solene, anterior ou posteriormente à Emenda 45. Todavia, não foi esse o entendimento majoritário do STF, que preferiu atribuir status supralegal aos tratados não abrangidos pela cláusula de equiparação formal. Há controvérsia, outrossim, em relação à obrigatoriedade do processo solene na aprovação de tratados internacionais de direitos humanos após a EC 45/2004, uma vez que não há qualquer previsão nesse sentido no parágrafo em estudo. Todavia, pode-se argumentar, a fim de conferir maior efetividade ao texto

constitucional, no sentido de haver obrigatoriedade de se submeter a votação de tratados de direitos humanos ao processo solene previsto pela EC 45. Sobre essa temática, tem-se que:

É dizer, não cabe ao Congresso Nacional a opção acerca do rito, a opção acerca da hierarquia que o tratado ou convenção assumirá, se constitucional ou, ao contrário, de uma singela legislação ordinária, cuja internalização é formalizada, por via de decreto legislativo. A matéria circunscreverá, doravante, a forma a ser adotada. A simples presença, no tratado ou convenção, do tema de direitos humanos impele o Congresso Nacional a adotar o rito inserido no art. 5º para a respectiva parte do tratado (ou, eventualmente, todo ele). [...] Do contrário, se de uma opção se tratasse, ter-se-ia uma alteração constitucional sem qualquer utilidade, pois sempre pôde o Congresso Nacional aprovar, como emenda constitucional, novo direito fundamental, incorporando-o ao rol trazido pela Constituição de 1988. Ademais, a Emenda n. 45/2004, neste particular, também procurou ser um elemento estabilizador do Direito pátrio, encerrando a série de disputas em torno do assunto. (TAVARES, 2012, p. 561)

Destarte, pode-se fundamentar a obrigatoriedade do rito solene no princípio da máxima efetividade da Constituição, segundo o qual se deve “extrair de cada dispositivo constitucional a maior eficácia possível” (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 502). Com isso, entende-se que a simples prerrogativa de se realizar a aprovação de tratados de direitos humanos por meio de processo solene seria medida sem qualquer utilidade prática, haja vista a burocracia a ser enfrentada para que se aprove um tratado por meio do rito previsto para a aprovação de uma PEC. Apesar desse entendimento, há importantes doutrinas que entendem haver uma simples faculdade na aprovação desses tratados pelo rito solene da PEC (RAMOS, 2014, p. 378), tornando controversa a temática, além de tal questão não ter sido delimitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Uma das consequências trazidas pela equiparação formal dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais diz respeito à possibilidade de denúncia, isso porque, ao receberem o regime jurídico privilegiado de que gozam as normas constitucionais, tais tratados passam a ser insuscetíveis de denúncia, consistindo esta no ato unilateral pelo qual o Estado manifesta sua vontade de se eximir do cumprimento ao tratado anteriormente assinado (PIOVESAN, 2013, p. 121). Para melhor entendimento, deve-se diferenciar tal consequência sob a óptica da teoria defendida por este estudo e da teoria defendida pela jurisprudência brasileira, que influenciará diretamente os desencadeamentos fáticos no que diz respeito a essa questão. Sob a óptica da teoria do status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, tem-se que qualquer tratado dessa espécie deve ser encarado como integrante da Lei Maior e das cláusulas pétreas, como decorrência da cláusula de abertura dos direitos fundamentais. Como consequência, tais tratados seriam impassíveis de renúncia, sob pena de ser violado o texto constitucional, especificamente no que diz respeito ao princípio da dignidade humana e às cláusulas pétreas. Sobre isso, André Carvalho Ramos discorre:

Em que pese essa posição ser minoritária no STF (que adotou, desde 2008, a teoria do “duplo estatuto” dos tratados de direitos humanos), entendemos ser inegável o estatuto

constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no art. 1o, caput, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda consagração da dignidade humana como fundamento da República), bem como em face do art. 5o, § 2o. [...] Entendemos que essa posição prevalecente [a possibilidade de denúncia de tratados internacionais] é inaplicável aos tratados de direitos humanos, uma vez que há a proibição do retrocesso [...]. (RAMOS, 2014, p. 381-382)

Apesar do pensamento exposto, predomina no STF a teoria do duplo estatuto, já explicitada por esta pesquisa, atribuindo caráter supralegal aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito solene e caráter constitucional aos tratados aprovados pelo rito da PEC. Com isso, há inevitáveis consequências práticas no que tange à possibilidade de denúncia aos tratados de direitos humanos, uma vez que, pela teoria predominante na jurisprudência, os tratados supralegais não integram o texto constitucional, tampouco as cláusulas pétreas, sendo, destarte, passíveis de denúncia pelo Poder Executivo. Em suma, pela teoria majoritária na jurisprudência do STF, os tratados com status supralegal são passíveis de denúncia, apesar da cláusula de abertura, enquanto os tratados com status constitucional são impassíveis de denúncia, uma vez habitando o texto constitucional e as cláusulas pétreas, sendo, porém, passíveis de reforma, mas não supressão ou abolição (FERNANDES, 2017, p. 566), via Emenda Constitucional.

A inserção dos tratados formalmente constitucionais no bloco de constitucionalidade brasileiro é uma das consequências jurídicas trazidas pela Emenda Constitucional 45 (ROTHENBURG, 2014, p. 152) e, com isso, pode-se vislumbrar uma grande inovação no que tange ao controle de constitucionalidade brasileiro: a possibilidade de normas que não integram o texto constitucional serem parâmetro para o controle de constitucionalidade, tanto difuso como o concentrado. Cabe ressaltar que é levada em consideração para o apontamento das consequências jurídicas da equiparação formal a teoria do duplo estatuto, e não a teoria do status constitucional, uma vez que, para esta, todos os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário integrariam o bloco de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2014, p. 145) e, por conseguinte, deveriam ser utilizadas como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Além disso, a incorporação dos tratados internacionais formalmente constitucionais ao bloco de constitucionalidade traz consequências, também, ao controle de convencionalidade interno, sobre o qual discorre André Carvalho Ramos:

O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar. (RAMOS, 2014, p. 385)

Pelo fato de, segundo o entendimento do STF, não gozarem de hierarquia constitucional, os

casos envolvendo o descumprimento de tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo processo solene dizem respeito a mera ilegalidade, e não inconstitucionalidade, e, por esse motivo, não são julgados pelo juízo da Suprema Corte. Assim, o controle de convencionalidade interno envolvendo tais tratados, por se tratar de interpretação de legislação infraconstitucional, é realizado pelos juízos monocráticos, tribunais e pelo STJ, apenas podendo ocorrer, nesses casos, o controle de convencionalidade difuso, isto é, com efeitos *inter partes* e envolvendo diretamente um caso concreto. Já nos casos concernentes aos tratados internacionais formalmente constitucionais, há, de forma inovadora na experiência jurídica brasileira, a possibilidade de se realizar controle de convencionalidade concentrado pelo STF, isto é, em abstrato e com efeitos *erga omnes*. Em suma, caso não tenha sido aprovado com maioria qualificada, o tratado de direitos humanos será paradigma somente de controle difuso de convencionalidade, ao passo que, no caso de aprovação por maioria qualificada, poderá o tratado servir “também de paradigma do controle concentrado (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade” (GOMES apud AGRA, 2018, p. 307).

Outro ponto essencial a ser abordado no que tange às consequências jurídicas da equiparação em comento diz respeito ao critério interpretativo a ser utilizado em caso de antinomia aparente entre uma norma constitucional e uma norma convencional com hierarquia normativa constitucional, isto é, qual norma deve prevalecer nos casos em que um dispositivo de um tratado formalmente constitucional contrariar uma norma do texto da Constituição. Em uma análise sumária sobre a temática, poder-se-ia aduzir no sentido de ser aplicado o critério cronológico, isto é, *lex posterior derogat legi priori* (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível), por se tratar de normas hierarquicamente equivalentes. Todavia, por se tratar de normas que envolvem direitos fundamentais, tal critério resta inaplicável. Sobre o critério a ser aplicado, Flavia Piovesan discorre:

Poder-se-ia imaginar, como primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. (PIOVESAN, 2013, p. 157)

Com isso, tem-se que deve ser sempre aplicada a norma mais benéfica ao ser humano no caso de antinomia aparente, como decorrência da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República e a fim de que haja harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua (MORAES, 2014, p. 16). Assim, a aplicação de tal critério demonstra a primazia dada pela teoria do status constitucional ao princípio da dignidade da

pessoa humana, uma vez que não se aplicará critério cronológico, tampouco o hierárquico, no caso de antinomia envolvendo normas concernentes a direitos fundamentais, sendo dada sempre prevalência à norma que mais beneficiar o ser humano. Nos casos que envolvem os tratados internacionais de status supralegal, haverá aplicação do critério hierárquico, isto é, a norma de maior hierarquia (a Constituição, nesse caso) prevalecerá sobre a norma hierarquicamente inferior, ou seja, haverá aplicação do princípio da supremacia da Constituição, mesmo que em detrimento de normas mais benéficas ao ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todos os pontos abordados nesta pesquisa, pôde-se observar o nítido descompasso entre os compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado brasileiro e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno, haja vista a deliberada falta de empenho do Poder Judiciário, em específico o Supremo Tribunal Federal, em dar efetiva vigência aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sob a premissa de observar o princípio da supremacia da Constituição, mesmo que isso signifique prejudicar a aplicação de normas mais benéficas ao ser humano e apesar de o texto constitucional fundamentar sua existência no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pode-se verificar a existência do retrocesso na interpretação jurisprudencial acerca dos tratados internacionais a partir de 1977, uma vez que antes da decisão do RE 80.004, o Pretório Excelso reconhecia a hierarquia privilegiada inerente aos tratados, concluindo-se, portanto, que o Estado brasileiro age com descaso em relação aos seus compromissos internacionais, pela forma com que os tratados são, em regra, internalizados no ordenamento jurídico (morosamente e com hierarquia normativa infraconstitucional) e aplicados aos casos concretos.

Apesar do retrocesso verificado na jurisprudência brasileira, a doutrina majoritária continua argumentando no sentido de, ao menos no Direito brasileiro, o status constitucional ser inerente aos direitos fundamentais e, por conseguinte, aos tratados internacionais de direitos humanos, visando, desse modo, a dar primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana por meio da aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, independente da forma pela qual foi positivada no ordenamento jurídico. No que diz respeito às consequências jurídicas trazidas pela equiparação formal dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito da PEC às normas constitucionais, verifica-se a aplicação da teoria em questão no caso dos tratados equiparados às normas constitucionais e, com isso, todas as suas consequências práticas (no entanto, frise-se, somente no que diz respeito aos tratados aprovados pelo rito previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal), como a incorporação ao bloco de constitucionalidade, a possibilidade de

serem utilizados como paradigma para o controle de constitucionalidade e a impossibilidade de denúncia.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 895 p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: VERBATIM, 2016. 655 p.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. 409 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2051 p.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 31 mai. 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em: 04 jun. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 264 p.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de Direitos Fundamentais**. Campina Grande: EDUEPB, 2016. 803 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 1728 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1472 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 174 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Método, 2014.

318 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946 p.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 1706 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 782 p.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: SARAIVA, 2012. 510 p.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 1 ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. 656 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2014. 282 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1472 p.

STF. **Recurso Extraordinário**: RE 80.004. SE. Relator: Xavier de Albuquerque. Data de Julgamento: 01/06/1977.

STF. **Súmulas Vinculantes**: aplicação e interpretação pelo STF. 2. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. 312 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2012. 1426 p.

O ENSINO DE ÉTICA E DE CIDADANIA NA SOCIEDADE DE CONTROLE: UM DIREITO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Melissa Zani GIMENEZ¹
Vitória Moinhos COELHO²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo versar sobre a construção da consciência ética e cidadã às pessoas em formação diante da “sociedade de controle”, denominação política ofertada por Gilles Deleuze, tendo em vista, que a educação representa um processo de dominação, pois de acordo com Hannah Arendt, não podemos nos esquecer de que quando nascemos o mundo já estava aí, sem o que não estaríamos aqui. A prática educativa, para a formação do ser cidadão, desperta a necessidade de uma nova cultura a ser trabalhada nas salas de aula, como administração do social. Nesse contexto, a educação escolar, referente aos valores éticos e morais do ser cidadão, desponta como uma das formas de promoção do homem, onde conhecimento assume características de poder, domínio e, ao mesmo tempo, de sobrevivência digna na sociedade que o indivíduo tenta subsistir, criando armas de reversão da extrema judicialização, que demonstra insuficiente mecanismo de solução das demandas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Direito humano fundamental. Formação cidadã. Sociedade de controle. Judicialização.

ABSTRACT

This article aims to address the construction of ethical awareness and citizen to people in formation before the “control society”, political denomination offered by Gilles Deleuze, in view of the fact that education is a process of domination, because according to Hannah Arendt, we must not forget that when we were born the world was already there, without which we would not be here. The educational practice, for the formation of the citizen, awakens the need for a new culture to be worked in the classroom, as the administration of the social. In this context, school education, referring to the ethical and moral values of being a citizen, emerges as one of the forms of human promotion, where knowledge assumes characteristics of power, dominion and, at the same time, a dignified survival in the society that the individual tries to survive, creating weapons of reversal of extreme judicialization, which demonstrates insufficient mechanism to solve social demands.

KEYWORDS: Education. Fundamental human right. Citizen training. Control society. Judicialization.

INTRODUÇÃO

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDBN destaca em seu artigo 32,

1 Professora. Advogada. Doutoranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP- com bolsa CNPQ- sob a orientação do professor Willis Santiago Guerra Filho. Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, por intermédio da bolsa CAPES / PROSUP – modalidade I. Dedicar-se à pesquisa acadêmica relativa ao tema: Educação do Estatuto da Criança e do Adolescente nas Escolas de Ensino Fundamental para a formação ético-social do educando junto ao Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas- Professores- Lafayette Pozzoli e Clarissa Chagas Sanches Monassa e também junto ao Grupo de Pesquisa NUDISE - Núcleo de Gênero e Diversidade Sexual na Educação, da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP, com a líder Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo. Endereço eletrônico: <melissazanigimenez@gmail.com>.

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Pesquisadora científica.

parágrafo 5º, que os aprendizes do ensino fundamental, possuem o direito de ter acesso aos conteúdos que tratem dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, necessários para a formação do pequeno cidadão. Trata-se de uma necessidade para a construção de regras e valores éticos para que sejam conhecidos, exercitados e preservados pelo educando para o exercício da cidadania.

Educar, no sentido etimológico da palavra, que representa guiar para fora, conduzir para outro lugar, tanto para o mundo exterior quanto para fora de si mesmo. De acordo com o doutor em Educação, Alfredo José da Veiga Neto, a educação representa um processo de acolhimento e trazida, de condução daqueles que não estavam sempre aqui. É importante enfatizar, que a educação exprime a abertura para a razão. Sendo assim, a capacidade humana, que advém de sua própria natureza animal racional, nos dizeres de Aristóteles, é a possibilidade do inteligir, de compreender o real, de conquistar a maturidade, bem como de possuir uma mente consciente.

Em uma sociedade, cujas práticas individuais e coletivas costumam centralizar-se mais no controle do que na disciplina, a educação é analisada, neste artigo, como mecanismo de aprimoramento das potencialidades do indivíduo, para a formação de valores necessários para o exercício da cidadania, sendo essa caracterizada pelos antigos gregos, um estatuto de pertencimento de um indivíduo em uma *pólis*.

Entende-se, pois, que o conceito de cidadania não é unívoco, assim, nesse artigo pretende-se demonstrar a cidadania como um conjunto de regras e de valores que faz de uma pessoa um cidadão ou integrante pleno de um Estado, isto é, os seus direitos e os seus deveres. Representa-se, pois, a condição de cidadão, como algo inerente ao ser humano, à sua formação, enquanto ser coletivo, integrante de uma comunidade.

Em continuidade ao contexto, o filósofo grego, no texto *Política*, elucida os seres humanos, como os seres que não apenas vivem juntos como os animais, mas, que “bem vivem juntos”, utilizando a palavra, o *logos*, para que a comunicação entre eles efetive-se e os tornem diferentes dos demais.

Porém, mesmo que todos os seres humanos possuam a fala, nem todos têm direito à palavra; sendo essa destinada aos cidadãos. Diante dessa conjectura, conclui-se que, a cidadania é algo adstrito aos conhecedores dos direitos e dos deveres sociais, para fazer uso da palavra, da proteção, da exigência, da eficácia das normas legais. Assim, de acordo com Aristóteles, não são todos que pertencem a uma sociedade que são cidadãos, mas aqueles que possuem condições de sê-los.

A questão está na observância da ideia de cidadania encontrada na Constituição da

República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como referencial para a formação ético-moral das crianças e adolescentes cidadãos, bem como para o ensino-aprendizagem da legislação estatutária, como forma de aplicação da Lei 11.525/2007 nos bancos escolares, diante das exigências da atual sociedade, ou sociedade de controle, nos moldes de Gilles Deleuze.

A análise do direito à educação compreende, não somente a ideia de aquisição de conhecimentos, mas ela se enquadra, também, em uma necessidade não somente pedagógica, por isso, vital.

Sobre a constante preocupação em conscientizar a criança e o adolescente para a prática social e para que, conseqüentemente, se encontrem livres, essa estrutura de ensino-aprendizagem deve ser uma prática pedagógica diária nas instituições escolares, como exigência da Lei 11.525/2007, em que os alunos terão a oportunidade de adquirir a consciência do mundo e para com o mundo, por meio do movimento dialético.

Um dos aspectos mais relevantes na educação é que a mesma implica mudanças comportamentais contribuindo, consideravelmente, para a compreensão do ser humano no processo civilizatório, acentuando a ideia de convivência e, por vezes, de existência de vida diante da coletividade, trata-se, pois, de um verdadeiro instrumento à serviço da sociedade, um processo de reversão da cultura do litígio, da extrema judicialização.

1 DA IMPORTÂNCIA DO CONHECER: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO INERENTE AO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Com o advento dos diversos textos constitucionais que representam o progresso e superação de tempos sombrios de barbárie e terror, os denominados direitos e garantias fundamentais são admiráveis e zelados por toda a nação.

Em cenário brasileiro, trata-se de conquistas históricas que devido a sua importância estão consagrados na Carta Magna de 1988, encontrando-se em diversas vertentes, representando, pois, um assunto amplo e necessário para que o cidadão construa uma vida livre, autônoma. Dessa forma, a educação representa um importante instrumento de formação do ser para o exercício da cidadania, ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e a qualificação para o trabalho, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal e artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Nesse diapasão tratar do direito à vida, que é o cerne para a existência dos direitos de personalidade e, mais recentemente, o direito à educação, como uma das formas de promoção do homem, diante da sociedade de controle, onde conhecimento assume características de poder, domínio e, ao mesmo tempo, de sobrevivência digna representa para o indivíduo uma forma de subsistência. (GIMENEZ, 2013, p. 390-409).

Entretanto, seria simplista reduzir a importância de tais direitos fundamentais e, de personalidade, por meio de mandamentos, que atualmente, encontram-se estagnados em textos legais, garantistas e imperativos. Ao contrário, seu valor é inerente e se perpetua no tempo, razão pela qual houve tanto empenho e entusiasmo para que todos pudessem deles usufruir, em condição de igualdade.

Neste sentido, não somente o Direito, mas a Educação é um assunto de longa data, de imensuráveis debates acadêmicos. Considerada em razão do seu caráter universal, não por ser garantida por algum poder em específico, mas pelo fato de que o desejo de conhecer, de construir novos conhecimentos está atrelado à condição humana.

Pontua-se, deste modo, a importância histórica da educação, onde a mesma representa para muitas nações, em especial, as mais desenvolvidas, motivo de conquista e prosperidade. Certo é que são inúmeros os benefícios advindos da educação na vida das pessoas e da capacidade de transformá-las, estendendo os benefícios a toda coletividade.

Entretanto, neste momento, pretende-se analisar a razão pela qual a educação, ou melhor, o desejo de conhecer, é importante e até indispensável, trazendo a aludida assertiva aos ensinamentos de Hannah Arendt ao compreender que: “A educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a responsabilidade por ele.”

Nesse contexto, a pesquisadora política, contempla os aspectos que contribuem para refletir sobre a relação entre a política e a educação, com um olhar prospectivo do ser humano, ou seja, a possibilidade de criar o novo como aspecto filosófico e vital, fundamental para a existência.

Ora, percebe-se que se trata de um processo longínquo, até mesmo, pré-histórico a necessidade de conhecer e de compreender regras e normas direcionadas a uma coletividade, podendo-se dizer até que sempre estiveram presente na vida humana, isso ao compreender e entender que a natureza do Ser é, basicamente, tudo o que a ele está inerente.

A rigor, é claro que não sabemos nada sobre o homem pré-histórico pelo simples fato de que ele é pré-histórico. Mas o correto seria dizer que, existem pistas de vidas humanas antes do começo das históricas humanas; e nesse sentido pelo menos sabemos que a humanidade é mais antiga que a história. (Chesterton, 2013, p.49).

E, é justamente pelo fato de a humanidade ser mais antiga que a história, que ela representa mera hipótese. E, caso seja necessário ser dito, deve comprovar e compreender por meio das amostras de coisas remotas, aos quais restaram na certeza que sobre essas histórias não verbais da humanidade, só pode-se fazer a conjectura, com a maior dúvida e zelo. Nesse sentido a assertiva caracteriza esse momento pré-histórico ao demonstrar que:

Homens pré-históricos daquele tipo eram coisas exatamente iguais os homens e homens exatamente iguais a nós. Ocorreu-lhes apenas de serem homens sobre os quais pouco sabemos, pelo simples fato de que não deixaram registros as crônicas; mas tudo o que

positivamente sabemos faz deles tão humanos e comuns quanto homens em um feudo medieval ou numa cidade grega. (Chesterton, 2013, p.59).

Por esta razão consideramos a humanidade como um todo e, isso nos revela sua natureza, assim, a sua existência revela-nos a sua essência. É importante compreender como se deu o início e como ocorreu o desenvolvimento do homem durante a história. A vida humana, ainda que originariamente exígua, sendo composta por seres vivos em processo de evolução, fez com que, por meio de sua natureza racional, lograssem uma expansão bastante tão prodigiosa.

Deste modo, há de se considerar as evidências que a humanidade deixou, considerando o seu impulso natural pelo saber, da busca pela verdade e do exercício da razão, o que nos garantiu com maior facilidade a faculdade de viver, de bem viver.

Não poderia ter sido, por razão outra que há séculos, o filósofo Sócrates entoou que: “Todos os homens têm, por natureza, o desejo de conhecer.” Por vezes, por considerar a busca profunda e radical que a pessoa humana empreende pelo conhecimento de si mesmo e do meio circunstante, tornando possível esse mecanismo por meio da abertura à razão, à educação:

Educação vem de *ex ducere*, que significa levar para fora. Pela educação a alma se liberta da prisão subjetiva, do egocentrismo cognitivo próprio da infância, e se abre para a grandeza e a complexidade do real. A meta da educação é a conquista da maturidade. (Carvalho, 2001, p. 343)

Deste modo, é certo dizer que a educação representa a abertura para a razão. A capacidade humana, que advém de sua própria natureza animal racional, nos dizeres de Aristóteles, é a possibilidade do inteligir, de compreender o real, de conquistar a maturidade, bem como a de construir uma mente consciente. Ocorre, porém, que por vezes, por serem considerados significados aparentemente triviais, no aspecto vulgar de indiferença, coisas de outro século ou de outro mundo; como se qualquer outra novidade contemporânea tivesse mais relevância, o conhecer é deixado para segundo plano.

Pode-se assim dizer, que os conterrâneos da humanidade, no sentido de trazer a tona o sentido de contribuição para o entendimento do que verdadeiramente somos, há milênios já tratavam de coisas que ainda não sabiam, mas gostariam de saber.

O surgimento da filosofia – *o amor pelo saber*, não tivera outra finalidade senão a aquisição do conhecimento, da sabedoria, da busca pela verdade; ou seja, à aberta para a razão. Antes mesmo de ser um conceito, uma garantia, era o impulso natural de conhecer, a humanidade já se educava, a educação já existia.

2 DA FORMAÇÃO CIDADÃ: UMA NECESSIDADE DIANTE DA SOCIEDADE DE CONTROLE

O processo educativo e a busca pelo saber não são determináveis por critérios que reduzam a sua amplitude e a sua finalidade, entende-se, pois que a razão pela qual a formação não se limita, antes, prolonga-se o quanto necessário para o encontro de seu fim.

E, sendo a educação a abertura à razão, o desejo de conhecer inerente à humanidade, a finalidade é o aperfeiçoamento de sua natureza, tornando-se aquilo que se deve ser. Verdade, pois, que nunca estaremos suficientemente formados, mas o início deste processo é de importante relevância. Assim, pelo fato de estar considerando a natureza do Ser, atenta-se ao conhecimento adquirido pelos especialistas do ramo, sobre o que se pode saber sobre nossa humanidade, sobre nossa vida biológica. E neste sentido, Suzana Herculano-Houzel (2010, p. 120), neurocientista, concluiu em seus estudos que o cérebro infantil é especialmente sensível aos estímulos do ambiente e precisa aprender a encontrar sentido nos estímulos antes que seja tarde demais. Neste sentido, explica que na criança a conexão entre os neurônios e a troca de informações nas sinapses, ocorrem com maior facilidade e rapidez, proporcionando, assim, a aquisição do conhecimento e a formação psíquica, física e moral do pequeno em desenvolvimento.

Em continuidade ao entendimento, a infância é um momento de formação constante, o que exige a extrema necessidade de uma boa formação, incluindo, assim, boas instruções e bons exemplos. Isto porque, de acordo com a neurociência “imitar as ações alheias é função de um grupo de neurônios no córtex pré-motor, região responsável por planejar e organizar nossas ações”. (Herculano-Houzel, 2010, p.189).

Além desta predisposição natural de comportamento repetitivo, muitas vezes inconsciente, que ocorrem em razão dos neurônios-espelhos; a criança reproduz com mais facilidade aos estímulos que recebe, isto porque na idade da infância sua consciência ainda está em processo de formação, e deste modo a capacidade de raciocínio e decisão ainda não são pressupostos que antecedem suas ações.

Assim, entende-se, que os primeiros responsáveis pela formação da criança são os seus pais e ou responsáveis, após os mestres e ou orientadores nos bancos escolares. Sendo, deste modo, necessário garantir à criança a possibilidade de tornar-se, futuramente, responsável por si mesma, assumindo o dever de formar-se e realizar-se, procurando os meios mais oportunos e adequados, eticamente falando.

“Pais e educadores têm, nessa tarefa formativa, um papel insubstituível. Os pais não podem limitar-se a dar carinho e a ter boa vontade; e os educadores, a ficar ministrando aulas com didática e bom conteúdo técnico.” (Faus, 2014, p.73).

Evidencia-se, pois, que essa tarefa dos pais e ou responsáveis e, por conseguinte, dos educadores dará um suporte necessário para que a pessoa em desenvolvimento construa o seu o

caráter de cidadão, moldando a sua personalidade, enquanto ser coletivo. E, por esta razão é de extrema importância que esse desenvolvimento ético social seja trabalhado desde a infância, no transcorrer da formação humana.

A essência da educação, para a conscientização, desponta como uma necessidade, cuja preocupação preliminar volta-se para o aprimoramento das potencialidades da pessoa em formação na intenção de sedimentação de valores éticos pertencentes a um corpo social e, conseqüentemente a possibilidade de uma convivência harmônica com o seu semelhante, fator esse essencial para vivermos numa sociedade em que direitos e deveres sejam garantidos, preservados, exercitados.

Um dos aspectos mais relevantes na educação é que a mesma implica mudanças comportamentais contribuindo, consideravelmente, para a compreensão do ser humano no processo civilizatório, acentuando a ideia de convivência e, por vezes, de existência de vida diante da coletividade, trata-se, pois, de um verdadeiro instrumento à serviço da sociedade, um processo de reciprocidade.

Contudo, a educação escolar sofre uma abrupta mudança após o século XVII, onde eram espaços hierarquizados, arquitetados para a garantia de obediência do alunado, verdadeiras prisões em que mantinham as crianças presas e afastadas do convívio familiar com o intuito de manipulação de seus gestos, de seus comportamentos. Os educadores trabalhavam como adestradores com o intuito de conter, de forma repressiva, as condutas infantis.

Nesse viés, desponta as ponderações colocadas na obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault (1987, p. 126-127):

Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação. (...) O momento histórico das disciplinas e o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente ao aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma "anatomia política", que é também igualmente uma "mecânica do poder", está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos "dóceis."

Salienta-se, pois, que o intuito dessas práticas é tornar o corpo submisso e exercitado por meio de uma intensa atividade de controle sobre atitudes e comportamentos. É assim, que o corpo humano torna-se um novo objeto de poder, em termos políticos de obediência, visando a expandir essa forma de controle sobre todo o corpo social. A partir de então, essa fase histórica destaca não só a dimensão metafísica do corpo, como também o conjunto de técnicas e processos empíricos que

monitoram suas operações, centralizando na noção de corpo dócil toda uma teoria do adestramento.

Nesse período os docentes, desenvolvem suas práticas educativas como adestradores das crianças, voltando suas técnicas pedagógicas para o controle de forma repressiva das condutas infantis, deixando a mercê a construção do conhecimento. Isso significa dizer, que era inadmissível a criança realizar comportamentos vistos como inadequados para uma boa convivência familiar e social, inclusive, sofrendo a aplicação de punições que abrangiam castigos físicos e psicológicos para a correção de tais comportamentos, vistos como anormais, senão vejamos:

Avisamos aos pais e mães, tios, tias, tutores, tutoras, diretores e diretoras de internatos e, de modo geral, todas as pessoas que tenham crianças preguiçosas, gulosas, indóceis, desobedientes, briguentas, mexeriqueiras, faladoras, sem religião ou que tenham qualquer outro defeito, que o senhor Bicho-Papão e a senhora Tralha-Velha acabaram de colocar em cada distrito da cidade de Paris uma máquina semelhante à representada nesta gravura e recebem diariamente em seus estabelecimentos, de meio-dia às duas horas, crianças que precisem ser corrigidas. Os senhores Lobisomem, Carvoeiro Rotomago e Come-sem-Fome e as senhoras Pantera Furiosa, Caratonha-sem-Dó e Bebe-sem-Sede, amigos e parentes do senhor Bicho-Papão e a senhora Tralha-Velha, instalarão brevemente máquina semelhante que será enviada às cidades das províncias e, eles mesmos, irão dirigir a execução. O baixo preço da correção dada pela máquina a vapor e seus surpreendentes efeitos levarão os pais a usá-la tanto quanto o exija o mau comportamento de seus filhos. Aceitam-se como internas crianças incorrigíveis, que são alimentadas a pão e água. Gravura do fim do século XVIII. (Coleções históricas do INRDP). (FOULCAULT, 1987, p. 54-55).

No final do século XVIII, é criada uma máquina a vapor para a correção das pessoas em desenvolvimento que não agiam conforme os comandos dados pelos adultos. O instrumento punitivo servia para as crianças preguiçosas, gulosas, indóceis, briguentas ou com quaisquer outras posturas inadequadas para o convívio coletivo. Os pequeninos ficavam refletindo sobre seus atos apavorados ao saber que quem executava as punições eram monstros assustadores que poderiam vir pegá-las, caso não obedecessem; com relação às internas, essas eram alimentadas a pão e a água.

Nessa fase histórica, surge a sociedade disciplinar, fundamentada na aquisição de hábitos que valem como normas sociais, onde o homem era analisado como um objeto, submetido a ações externas, assim, os corpos humanos poderiam ser moldados por diversas instituições sociais, fabricando corpos dóceis, disciplinados e produtivos. Ao mesmo tempo, que aportam diversas instituições de proteção e de assistência aos cidadãos, como as famílias, os colégios, as prisões, os manicômios, os hospitais, nelas, também, eram inseridos métodos de vigilância fundamentados em ameaças de punição, conhecidos por Foucault como tecnologia política³, com poderes de controlar o tempo, o espaço e as ações, em que a hierarquia representava o elemento unificador, a disciplina representa a arte de um bom adestramento, para o filósofo “A disciplina ‘fabrica’ indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como

3 Nas palavras de Foucault: “Quer dizer que pode haver um ‘saber’ do corpo que não é exatamente a ciência de seu funcionamento, e um controle de suas forças que é mais que a capacidade de vencê-las: esse saber e esse controle constituem o que se poderia chamar de tecnologia política do corpo.” Op.cit., 1987, p. 28.

instrumentos de seu exercício. (FOUCAULT, 1987, p. 153).

Foucault (2013, p. 127) evidencia na obra *Sociedade punitiva*, que a disciplina aplicada é sobre os corpos, sobre as mentes e não sobre os saberes, demonstrando como esse poder disciplinar elabora-se e, faz presente nas instituições disciplinares enraizado em pretensões que definem certo tipo de investimento político para a construção de uma determinada sociedade:

Parece-me realmente que vivemos em uma sociedade com poder disciplinar, isto é, equipado com aparelhos cuja forma é o sequestro, cuja finalidade é o estabelecimento de uma força de trabalho, e cujo instrumento é a aquisição de disciplinas ou de hábitos.⁴. [tradução da autora]

Dessa forma, as escolas, os hospitais, as prisões eram tidas como instituições de sequestro⁵, onde retirava os indivíduos de seu espaço natural e internados, durante um extenso período para moldarem os seus comportamentos e disciplinar as suas condutas, conclui-se, pois, que a disciplina era corporal e não do saber. A disciplina encontra-se como instrumento de controle dedicado a excluir ou domesticar os comportamentos analisados como divergentes, com a finalidade de moldar os corpos para a fixação dos indivíduos no aparelho de produção.

O método atual visa construir subjetividades, que se emoldurem no modo de vida oferecido pela sociedade, pois de acordo com Foucault, o poder moderno exerce-se na produção e na repressão. O sujeito tem que se adaptar as novas situações, assim, surge o sujeito dócil, que uma vez trabalhado, moldado volta-se para o formato desejado.

No decorrer do século XX, surge um filósofo, com uma visão libertária da sociedade, que não direcionou a sua pesquisa e os seus estudos para a educação, porém, trouxe o inusitado, o diferente, Gilles Deleuze (1992), ao formar-se na faculdade de Sorbonne, na França constrói a sua filosofia, como processo de criação do novo. Ao escrever um artigo intitulado “Post-Scriptum sobre as sociedades de controle” enfatiza que após a Segunda Guerra está ocorrendo uma inovação nas formas de poder e de dominação nas ações dos indivíduos, enfatizando diversos aspectos que trazem a diferenciação entre uma sociedade disciplinar e uma sociedade de controle.

Evidencia-se, pois, que o indivíduo não necessita mais ser confinado para ser disciplinado, tendo em vista, que a disciplina já cumpriu com o seu papel originário, então histórico, infiltrada no modo de ser do indivíduo; agora é orientá-la ao “corpo social”. (GALLO; ASPIS, 2010, p. 89-105).

Desde então, para a ocorrência da disciplina não é mais necessário o confinamento, por

4 No original: “Il me semble en effet que nous vivons dans une société à pouvoir disciplinaire, c'est-à-dire dotée d'appareils dont la forme est la séquestration, dont la finalité est la constitution d'une force de travail, et dont l'instrument est l'acquisition des disciplines ou des habitudes”.

5 Segundo Veiga-Neto, Foucault, inclui a escola na lista de "instituições de sequestro" – como os quartéis, os hospitais e as penitenciárias – e define estas organizações como sendo “[...] aquelas instituições que retiram compulsoriamente os indivíduos do espaço familiar ou social mais amplo e os internam, durante um período longo, para moldar suas condutas, disciplinar seus comportamentos, formatar aquilo que pensam etc.” (VEIGA-NETO, Alfredo; **Foucault e a educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003).

meio do panóptico⁶, ampliada a situação para o meio social, as atividades disciplinares exercem-se por meio dos computadores, em redes invisíveis, com controle contínuo e comunicações instantâneas, senão vejamos:

A realidade do final do século exige cada vez mais que os sujeitos saibam lidar com uma imensa gama de informação que invadem diariamente a sua vida cotidiana, de uma forma desconhecida para as gerações precedentes. Lidar com o impacto deste fluxo acelerado de informações e, principalmente dar-lhe um significado, ou seja, interpretá-las integrando-as na sua visão do mundo, é hoje uma tarefa inevitável dos sujeitos modernos. (GUARESCHI, 2006, p. 27-40).

E, dessa forma, o ensino-aprendizagem do diploma estatutário desponta em sala de aula, como um código de ética infantoadolescente, para contribuir na formação cidadã dos estudantes do ensino fundamental, enquanto seres humanos em processo de desenvolvimento, priorizando a Doutrina da Proteção Integral oportunizando a possibilidade de resolução de conflitos da sociedade. Nesse diapasão, a educação será construída junto aos alunos despertando novos olhares, novas vias de resoluções de contendas coletivas, bem assim, o pensar sobre os seus direitos e deveres, enquanto seres coletivos e pertencentes a um sistema social.

3 DA CULTURA DO CONHECIMENTO: MECANISMO FAVORÁVEL PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO

Enquanto seres em processo de formação, estamos diante da criança e do jovem, o Estatuto da Criança e do Adolescente firma a sua esperança no ser em desenvolvimento, na sua capacidade de construir valores e princípios éticos a partir do contato com práticas educativas e, desse modo, conseguir criar e recriar o seu ser social.

No capítulo IV, artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente está expresso: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho [...]”.

Hodiernamente, muito se tem discutido sobre a educação moral que está sendo construída e, de certo modo, precária e, em certos casos, ausente dentro da órbita familiar. A deficiência encontrada na educação informal repercute na necessidade de uma educação formal, como uma

6 "Pan-óptico é um termo utilizado para designar uma penitenciária ideal, concebida pelo filósofo utilitarista e jurista inglês Jeremy Bentham em 1785, que permite a um único vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. Bentham idealizou um projeto de construção carcerária, consistente em um edifício circular, em que os prisioneiros ocupavam as celas, todas devidamente separadas, sem qualquer comunicação entre elas, sendo que os agentes de segurança ocupavam um espaço no centro, com perfeita visão de cada alojamento. [...] Por sua vez, o filósofo francês Michel Foucault utilizar o termo *pan-óptico* em sua obra *Vigiar e Punir* (1975), para tratar da sociedade disciplinar. Ao tratar das sociedades disciplinares que tem seu apogeu no século XX e origens nos séculos XVIII e XIX, Foucault ressalta que o indivíduo continua a mover-se de um "meio de confinamento" para outro: a família, a escola, o exército, a fábrica, o hospital, a prisão. Todas essas instituições, das quais a prisão e a fábrica seriam modelos privilegiados, são igualmente dispositivos propícios à vigilância, ao esquadrinhamento, ao controle dos indivíduos". Disponível em: <<http://m.sabedoriapolitica.com.br/products/o-panoptico/>> Acesso em 13 março 2019.

preocupação real em assegurar a inclusão de meninos e meninas diante do processo civilizatório.

Nos centros escolares, dentre as tarefas realizadas pelo professor, está o desenvolvimento junto às crianças, do processo de ensino-aprendizagem de regras ético-sociais, que demonstre o que é a sociedade, como se formaram e se transformaram com o passar dos tempos, os valores morais que a norteiam e o papel que o ser humano, cidadão, desempenha.

Émile Durkheim, considerado o principal representante da sociologia da educação, enfatiza que a educação e a sociedade são elementos interdependentes para o encontro do bem-estar. Em seus estudos, pode concluir que a educação é algo eminentemente social e está presente na coisificação das relações sociais. A intenção pedagógica, por conseguinte, é instrumento que prepara o coração das crianças, ofertando condições essenciais para a vida social. (2012, p.10).

A concepção durkheimiana, também conhecida como funcionalista, explica que, em cada aluno, há dois seres inseparáveis: um relacionado ao ser individual, o homem bruto e, outro que faz referência ao ser social, ser humano pertencente a uma sociedade. E, nesse sentido, a escola, tem por responsabilidade preparar as novas gerações para desempenharem o ser social com o semelhante.

Na perspectiva da criança e do adolescente, enquanto seres sociais que fazem parte de uma coletividade, a educação do Estatuto da Criança e do Adolescente representa um papel indiscutível para transformação do indivíduo em uma personalidade autônoma diante da sociedade que se encontra. (DURKHEIM, 2012, p. 45-46).

Estabelece, assim, a necessidade de promover o estreitamento de vínculos entre o Direito e a Educação, enfatizando a educação jurídico-pedagógica, dando abertura a um diálogo interdisciplinar, resultante de um processo de conscientização ao público infanto-juvenil, por parte dos adultos sensíveis aos inúmeros clamores sociais.

Concomitante aos avanços sociais, está a prática de atos ilícitos executados pela pessoa em desenvolvimento. Nesse contexto, o espaço escolar é analisado como mecanismo de aprimoramento de valores ético-sociais, transformando os educandos em cidadãos, para o encontro do bem-estar. Consequentemente, a prática jurídico-pedagógica, pode servir de instrumento conscientizador para uma educação cidadã e, por conseguinte, redutor do índice de autores de condutas condenáveis, espécie de regulação da extrema judicialização, controlando o inchaço no Judiciário.

De modo consoante, afirmou Deleuze em relação às sociedades de controle de que “não cabe temer ou esperar, mas buscar novas armas.” (DELEUZE, 1992, p. 220).

O Conselho Nacional de Justiça O Conselho Nacional de Justiça (2017), apresenta, atualmente, a sobrecarga de litigiosidade no Brasil, representando cerca de 95 milhões de processos em tramitação, ou seja, uma demanda judicial para cada dois brasileiros. Com efeito, a política deve

ser de desjudicialização, por meio da prática jurídico-pedagógica nas escolas, evitando conseqüentemente, a propositura de novas demandas judiciais.

Nesse sentido, é imperioso que se impulse a construção do ensino aprendizagem do diploma estatutário nas instituições escolares, primeiro para a sua compreensão e, segundo, para a redução das práticas de atos infracionais.

Nesta conjectura, a política deve ser de desjudicialização, por meio da conscientização dos direitos e dos deveres ao público infanto-juvenil evitando, conseqüentemente, a propositura de novas demandas judiciais, justificadas pelo desconhecimento da lei.

Aliás, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro-LINDB, traz em seu artigo 3º, a presunção de que todos conhecem as leis e, conseqüentemente, não se pode alegar o seu desconhecimento para justificar a prática de condutas ilegais.

O fato é que, uma incoerência prepondera, tendo em vista que, muitos praticam atos ilícitos sem terem ciência e consciência da ilegalidade de suas condutas, gerando demandas judiciais desnecessárias.

O sociólogo francês, Émile Durkheim (2012, p. 48-49), destaca a educação como processo socializador. Nesse sentido, o seguimento educacional seria efetivado por meio da ação modeladora que a geração adulta desempenha sobre a geração imatura. O processo educacional reflete em conseqüências estabilizadoras e inovadoras no sistema social.

As regras coletivas são fruto de um longo trajeto histórico-social e, para que o jovem adquira conhecimentos sociais e passe a respeitá-los, deve ter a oportunidade de conhecê-los, pois não são valores de construção individual:

Como, então, o indivíduo pode pretender reconstruir, somente a partir de sua reflexão pessoal, o que não é fruto do pensamento individual? Ele não se encontra diante de uma tábua rasa sobre a qual poderá edificar o que quiser, mas sim de realidades existentes, as quais ele não pode nem criar, nem destruir, nem transformar à vontade. Ele só pode influenciá-las na medida em que aprender a conhecê-las e souber qual é a sua natureza e as condições das quais elas dependem; e só conseguirá saber tudo isto se seguir o seu exemplo, se começar a observá-la, como o físico o faz com a matéria bruta, e o biólogo, com os seres vivos. (PEREIRA; FORACCHI, 1978, p. 3-5).

Assim, a cultura da cidadania é conceituada como um fenômeno em que uma geração prepara a outra para a vida em sociedade, e é realizada pelos adultos às gerações jovens, especialmente por meio das escolas. Importante papel a educação realiza nessa simbiose que por meio das instituições escolares, os processos sociais e seus propósitos são transmitidos para assegurar a própria existência e desenvolvimento do ser social. (AZEVEDO, 1951, p. 82-83).

Na concepção durkheimiana (2012, p. 55-56), a educação tomou vários sentidos, de acordo com o tempo e o meio que era efetivada:

Nas cidades gregas e latinas, a educação conduzia o indivíduo a subordinar-se cegamente à

coletividade, a tornar-se uma coisa da sociedade. **Hoje, esforça-se em fazer dele personalidade autônoma.** Em Atenas, procurava-se formar espíritos delicados, prudentes, sutis, embebidos da graça e harmonia, capazes de gozar o belo e os prazeres da pura especulação; em Roma, desejava-se especialmente que as crianças se tornassem homens de ação, apaixonados pela glória militar, indiferentes no que tocasse às letras e às artes. Na Idade Média, a educação era cristã, antes de tudo; na Renascença, toma caráter mais leigo, mais literário; nos dias de hoje, tende a ocupar o lugar que a arte outrora preenchia. (grifo nosso)

A educação é analisada como um processo e cada sociedade possuem as instituições pedagógicas que lhe convém. Nesse contexto, é o conjunto da sociedade e cada meio coletivo específico, que determinam a essência que a educação realiza. Cabe destacar que a sociedade só pode sobreviver se existir uma homogeneidade entre seus componentes e a tarefa essencial da educação está em perpetuar essa homogeneidade, em especial, gravar, previamente, na alma das crianças as semelhanças essenciais para que haja vida coletiva.

Para que o processo educacional exista, é indispensável a existência de uma geração de adultos, de adolescentes e de crianças e que os primeiros realizem ações sobre os segundos:

A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para a vida social. Ela tem como objetivo suscitar e desenvolver na criança um certo número de estados físicos, intelectuais e morais exigidos tanto pelo conjunto da sociedade política quanto pelo meio específico ao qual ela está destinada em particular. (DURKHEIM, 2012, p.55-56)

A partir dessas considerações, pode-se concluir que a educação é instrumento de conscientização de crianças e adolescentes para a vida social, visto que a educação moral é tarefa a ser realizada pelos adultos às crianças e aos adolescentes e não é privilégio hereditário, como o instinto animal.

Os filhotes dos animais, mesmo sendo utilizado, desde o nascimento, o instinto como educação nata, precisam de treinamento progressivo dos adultos para acelerar o crescimento de seus instintos, para, assim, sobreviverem diante de seu grupo social.

Essa virtude social nata não é característica do ser humano, não é transmitida de geração a geração por meio da hereditariedade. A cultura social humana é complexa demais para ser adquirida por predisposições orgânicas. Nesse entendimento, Émile Durkheim (2012, p. 57-58) acredita na educação como instrumento de transmissão de aptidões para a vida social.

Sendo a criança e o adolescente seres humanos que vivem em sociedade e, conseqüentemente, não sendo portadores natos de uma educação cidadã, necessitam dos docentes, nos bancos escolares, para receberem uma educação regulada por direitos e deveres sociais, presentes no diploma estatutário, para alimentarem-se de regras e princípios, podendo integrar-se como ser social e, então, serem livres diante da coletividade que os cerca.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em análise vem apresentar a educação, para a formação do ser cidadão, como uma alternativa escolar para a formação e o despertar do conhecimento ético social do pequeno aprendiz.

A legislação 11.525/2007, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acrescentando o parágrafo 5º, artigo 32, enfatiza a necessidade da obrigatoriedade do ensino do Estatuto da Criança e do Adolescente nas matrizes curriculares das escolas do Ensino Fundamental.

É importante compreender que a sociedade atual dirige-se por meio de práticas individuais e coletivas que costumam centralizar mais no controle do que na disciplina, nesse viés, a educação é analisada como mecanismo de aprimoramento das potencialidades do indivíduo, para a formação de valores necessários para o exercício da cidadania, sendo essa caracterizada pelos antigos gregos, um estatuto de pertencimento de um indivíduo em uma *pólis*.

A finalidade da implantação da regulamentação em comento consiste na possibilidade de assegurar e conscientizar milhares de crianças e adolescentes a respeito das regras e dos princípios sociais, preparando-os para o pleno exercício da cidadania.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa um avanço à coletividade, colocando o país em situação de destaque entre os demais países do globo, por ser considerada uma das leis mais relevantes na defesa e na promoção dos direitos infanto-juvenis, amparada pela Constituição Federal de 1988 e pelos demais ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Destaca-se a contribuição de que a escola, como casa iniciadora e formadora, proporcionará elementos para o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, por meio da educação cidadã, condição imprescindível para a existência de um Estado Social de Direito. O verdadeiro valor da cidadania será concretizado com a participação de cada membro, cada cidadão, que consciente de seus direitos e deveres será parte integrante da história social e cultural diante da sociedade de controle.

Dessa forma, o texto finaliza-se, concluindo que a Educação, por não ser garantida por um poder em específico, mas pelo fato de que o desejo de conhecer, de construir novos conhecimentos está atrelado à condição humana, diante da sociedade de controle representa um poder de entender o mundo, para que as pessoas em formação possam estar atrelados às regras e aos valores humanos, importante mecanismo de regulação da cultura do litígio.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana** ; tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. – 13. Ed. Ver. – Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2017.

- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmen, 2002.
- AQUINO, Tomás de. **Comentários à ética a Nicômaco de Aristóteles: o bem e as virtudes**, volume I. Rio de Janeiro: Mutws, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. **Parâmetros Curriculares Nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais**. Secretaria da Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1997.
- _____. Lei 11.525 de 25 de setembro de 2007. Acrescenta § 5º ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. **Congresso Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso: 27 maio 2016.
- _____. **Plano Nacional de Educação- PNE**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=16478&Itemid=1107>. Acesso: 19 maio 2016.
- CARVALHO, Olavo de, 1947 - **O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota** [recurso eletrônico] / Olavo de Carvalho; organização Felipe Moura Brasil. 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2013.
- CHESTERTON, Gilbert Keith. **O Eterno homem** ; tradução de Ronald Robson – Campinas, SP : Ecclesiae, 2013.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Estatuto da Criança e do Adolescente provocou mudanças significativas**. Disponível em: < <http://portaldoprofessor.mec.gov.br/noticias.html?idEdicao=9&idCategoria=8>>. Acesso: 20 maio 2016.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos fundamentais. In: CARVALHO, José Sergio (Org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.
- DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- FAUS, Francisco. **A conquista das virtudes**. São Paulo : Cultor de Livros, 2014.
- FOULCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. **La société punitive: Cours au Collège de France (1972-1973)**. La société punitive: Cours au Collège de France (1972-1973). SEUIL/GALLIMARD, 2013.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz

e Terra, 2011.

GALLO, Sívio; ASPIS, Renata Lima. **Ensino de filosofia e cidadania nas "sociedades de controle"**: resistência e linhas de fuga. *Pro-Posições* [online]. 2010, vol.21, n.1, pp.89-105.

Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072010000100007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 13 julho 2019.

GARCIA, Bianco Zalmora. **Escola pública, ação dialógica e ação comunicativa**: a radicalidade democrática em Paulo Freire e Jürgen Habermas. Tese. (Doutoramento em Educação) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

GIMENEZ, Melissa Zani. **ECA**: a prevenção de atos infracionais junto à escola. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 11, p. 179-191, 2012.

____; **Educação**: um direito da personalidade da criança e do adolescente. *Em tempo*, Marília, SP, v. 12, p. 390-409, 2013.

____. **Cultura da cidadania no ensino fundamental - apontamentos sobre a (in)efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente**: uma construção do saber jurídico. 2014. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

____; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. O Estatuto da Criança e do Adolescente sem efetividade é o mesmo que um jardim sem flores: ativismo judicial e políticas públicas para a realização de direitos positivados. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sergio Tibiriçá. **Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção**. São Paulo: Boreal, 2013. GONÇALVES, Leonardo Augusto. O poder judiciário e a efetivação dos direitos sociais. JURISWAY. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3318>. Acesso: 04 out. 2013.

____; MACHADO, Edinilson Donisete. Educação: direito fundamental da criança e adolescente como fator ético para a conquista de uma vida digna. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 22, 2013, Curitiba, **anais...** Curitiba/PR: Fundação Boitex, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bbf94b34eb32268a>>. Acesso: 04 set. 2013.

____; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Uma questão de cidadania: reflexões acerca da inclusão do ECA nos currículos escolares como possibilidade de prevenção de atos infracionais junto à escola. **RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 2, (2013), nº 9, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, p. 9497-9520. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_00000_Capa.pdf>. Acesso: 09 set. 2013.

GUILLES, Deleuze; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. **Por que o bocejo é contagioso? e novas curiosidades sobre o cérebro**. – 4.ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

MACHADO, Edinilson Donisete; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. Estatuto da criança e do adolescente (ECA): efetividade do direito fundamental à educação, por meio do papel do docente para a formação de qualidade. In: NAHAS, Christina Thereza; GÊNOVA, Jairo José; SILVA, Nelson Finotti (Orgs.). **ECA efetividade e aplicação**: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico. São Paulo: LTr, 2012.

PIAGET, Jean. **Epistemologia Genética**. São Paulo: Martins Fontes, 1970.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

POZZOLI, Lafayette; GIMENEZ, Melissa Zani. ECA e a função promocional do direito à prevenção de atos infracionais. In: NAHAS, Christina Thereza; GÊNOVA, Jairo José; SILVA, Nelson Finotti (Orgs.). **ECA efetividade e aplicação**: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico. São Paulo: LTr, 2012.

REALE, Giovann. **História da filosofia antiga**. São Paulo: Loyola, 1995.

SARAIVA, João Batista da Costa Saraiva. **Desconstituindo o mito da impunidade**: um ensaio de direito penal juvenil. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

SOUZA NETO, João Clemente de. A mediação da práxis na formação do educador social. In: AZEVEDO, Cleomar; SOUZA NETO, João Clemente de (Orgs.). **A dinâmica da formação do professor e do educador social**. São Paulo: Expressão & Arte, 2011.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **As virtudes morais**. Campinas: Ecclesiae, 2012.

VOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, Davi Sanches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos Humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

O ESTADO DEMOCRÁTICO, A GLOBALIZAÇÃO E A MÍDIA DISSIDIOSA

Leonardo Paschoalini PAIVA¹
Matheus Conde PIRES

RESUMO

A presente pesquisa urge da necessidade de se compreender a mídia e sua relação jurídica e social na sociedade contemporânea, especialmente no que diz respeito à liberdade de imprensa e as possíveis reações antidemocráticas decorrentes de sua atuação. Neste sentido, inicia-se uma reflexão sobre a conjuntura em que se enquadra a problemática, buscando compreender ambiente e emoldura a problemática em questão, destacando não só a relação dos indivíduos entre si, mas também com as suas instituições. A partir deste introito, se faz possível analisar o fluxo midiático e sua relação com o capitalismo, de modo a compreender seu devido funcionamento em uma busca incessante por audiência e capital. Por fim, debruça-se a presente pesquisa em uma reflexão das *práxis* midiáticas e seus efeitos perniciosos à democracia. Busca-se, como fito nevrálgico da presente análise, compreender se o atual cenário contemporâneo somado às *práxis* midiáticas não se apresentam como um fator de risco à própria democracia. Insta salientar que a presente pesquisa se fez possível por meio de uma revisão literária corroborada com o método indutivo de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Liberdade de Imprensa; Autoritarismos.

ABSTRACT

The present research urges the need to understand the media and its legal and social relationship in contemporary society, especially regarding freedom of the press and possible anti-democratic reactions arising from its performance. In this sense, a reflection begins on the conjuncture in which the problematic is framed, seeking to understand environment and frame the problematic in question, emphasizing not only the relation of individuals among themselves, but also with their institutions. From this introit, it is possible to analyze the media flow and its relation to capitalism, in order to understand its proper functioning in an incessant search for audience and capital. Finally, it examines this research in a reflection of media practice and its pernicious effects s democracy. The aim of this analysis is to understand if the current contemporary scenario added to the practice media does not present itself as a risk factor for democracy itself. It urges to emphasize that the present research was made possible through a literary revision corroborated with the inductive method of research.

KEYWORDS: Democracy; Freedom of the Press; Authoritarianism

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e passou a partir desta data a ser a lei fundamental e maior em todo território nacional.

1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UniFIO. Suas principais pesquisas acadêmicas são voltadas para o estudo e impacto das mídias e meios de comunicação na sociedade, suas relações com o Direito e Estado Democrático, visando sua atuação nas relações de poder e métodos de influência da mídia para com os indivíduos, a sociedade e a própria cultura, bem como o estudo de seus símbolos, signos e significados. Pós Graduando em Direito Penal, Processo e Criminologia por PROJURIS - Estudos Jurídicos (2019). Membro do Grupo de Pesquisa "Intervenção Do Estado na vida das Pessoas - INTERVEPES" da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2018 -)

Notavelmente, dentro do contexto histórico da época, era do seu intento estabelecer um modelo político de representação e governança, uma redemocratização após o fim da ditadura militar que durou de 01 de abril de 1964 a 15 de março de 1985, fato pelo qual ficou conhecida como “Constituição Cidadã”.

Congruente com o processo de redemocratização, a Constituição Brasileira de 1988 é abrangente e extensa, se estruturando de tal forma que, há uma divisão em nove títulos dentre os quais, como objeto de estudo do presente trabalho, o título VIII, da Ordem Social, mais especificamente o capítulo V, que dispõe sobre a comunicação social e os princípios os quais estas devem atender.

Evidente se fez a busca pela democratização da comunicação e informação conforme disposição dos artigos 220 e 221 da Constituição Federal, contudo, com o avanço da tecnologia e da globalização, a qual permitira um acesso mais rápido da informação, através de novos dispositivos eletrônicos como *smarthphones*, *notebooks*, computadores, e das mídias sociais, como o *Facebook*, *Youtube*, e *Whatsapp* deu-se então a possibilidade de interatividade e compartilhamentos entre aqueles que são os expectadores, multiplicando-se, assim o acesso a determinados conteúdos, que à primeira vista, reforçam e parecem expandir a ideia de democratização do acesso à cultura, informação e lazer, sem que houvesse uma perda de alguns dos meios mais tradicionais de informação, como a televisão, revistas e rádios.

Entretanto, dado a alguns fatores que serão analisados nesta pesquisa, a própria mídia e os meios de comunicação demonstram serem capazes de criar um ambiente em rede e no plano material, de espetáculo, montando um verdadeiro palco, com dramatização, clímax e adequação de pessoas em personagens dicotômicos (herói ou mocinho e vilão), em detrimento, muitas vezes de respaldo em fatos verificados ou verificáveis, fugindo a própria noção constitucional da função social da mídia, enquanto se incorpora ao modelo mercantil, como mais um tipo de mercadoria, que se vende pelo choque, pelo diferente e absurdo e possui impactos diretos no modelo democrático, nas garantias e direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

O presente trabalho se inicia por meio de uma análise da sociedade contemporânea, com o fito de traçar o cenário em que se desenvolve a problemática analisada. Somente por meio deste introito é que se faz possível uma concepção adequada a respeito da moldura envolvente na relação da mídia com os dispositivos jurídicos.

A partir desta contextualização necessária, a pesquisa passa para uma investigação do comportamento da mídia diante da busca incessante por manchetes emblemáticas que são traduzidas em telespectadores e, por conseguinte, em cifras de dinheiro. Por fim, após percorrer esta exploração que permite uma reflexão não somente sobre a mídia em si, mas também sobre sua

relação com os indivíduos componentes da sociedade contemporânea a pesquisa se deita em uma análise crítica a respeito dos efeitos das *práxis* midiáticas, seu relacionamento com os dispositivos constitucionais e sua possível afronta à própria democracia. Cabe grifar, que a presente pesquisa se fez possível por meio de uma revisão de literatura atrelada ao método indutivo de autores expoentes da temática.

1. O CENÁRIO CONTEMPORÂNEO E A FRAGMENTAÇÃO SOCIAL

Diversas transformações podem ser destacadas diante da sociedade contemporânea, porém há um liame entre essas ao passo que todas colaboram com o esfacelamento das instituições sociais. Isto pois, há um processo de fragmentarização e individualização da sociedade (BAUMAN, 2007).

Como preconizava Marx e Engels (2013, p. 29), “tudo o que é sólido se desmancha no ar” de modo tal que o próprio sistema representativo se apresenta de maneira instável diante dos desmanches das instituições democráticas. Paralelamente a este fator, tem-se que “o capitalismo é essencialmente desigualitário, por fundamentar-se na lei do mais forte, na luta pela sobrevivência no campo de batalha do mercado” (RAMONEDA, 2000, p. 73). Neste cenário a sociedade contemporânea “acolhe as paradoxais condições da modernidade: máximo desenvolvimento, máximo deslumbramento, de um lado, e máxima miséria, máximo esquecimento, máxima alienação, máximo individualismo de outro lado” (BITTAR, 2011, p. 243).

Outrossim, o indivíduo se encontra em uma sociedade desigualitária e guiada pelo capital na qual é depositado sobre seus ombros toda e qualquer responsabilidade, mesmo que os fatos que lhe afligem sejam resultantes de problemas naturalmente sociais e que prescindam de uma atuação coletiva para a devida resolução.

De maneira a fomentar a problemática, necessário pontuar a ausência de uma memória institucional democrática, vez que os lapsos com o passado prejudicam uma continuidade de pensamento, conforme se faz possível inferir por meio da preocupação de David Harvey (2012, p. 22):

Se a vida moderna está de fato tão permeada pelo sentido fugido, do efêmero, do fragmentário e do contingente, há algumas profundas consequências. Para começar, a modernidade não pode respeitar sequer o seu próprio passado, para não falar do de qualquer ordem social pré-moderna. A transitoriedade das coisas dificulta a preservação de todo o sentido de continuidade histórica. Se há algum sentido na história, há que descobri-lo e defini-lo a partir de dentro do turbilhão da mudança, um turbilhão que afeta tanto os termos da discussão como o que está sendo discutido.

Complementando esta visão de descontinuidade das instituições e do dinamismo que estabelece uma sociedade instável Anthony Giddens (2002, p. 22) faz o seguinte apontamento:

[...] em vários aspectos fundamentais, as instituições modernas apresentam certas descontinuidades com as culturas e modos de vida pré-modernos. Uma das características

mais óbvias que separa a era moderna de qualquer outro período anterior é seu extremo dinamismo.

Possível a inferência, portanto, de uma efemeridade que se tem do passado e, por conseguinte, com os compromissos constitucionais e democráticos assumidos no decorrer dos anos. Isto, pois, a própria situação contemporânea instiga para que assim seja:

O compromisso coloca uma questão mais profunda no que diz respeito à individualidade como processo. Compromisso significa fechamento, abrindo mão de possibilidades em nome do desejo de se concentrar em uma coisa só. Podemos, com isso, perder oportunidades. A cultura que vem emergindo exerce sobre os indivíduos uma enorme pressão para que não percam oportunidades. Em vez de fechamento, a cultura recomenda a entrega – cortar laços para sentir-se livre, especialmente laços gerados pelo tempo (SENNETT, 2006, p. 179).

Ante este cenário, as questões midiáticas se mostram ainda mais importantes, pois a memória do passado naturalmente abalada em razão da perspectiva contemporânea se mostra ainda mais vulnerável às manchetes que tratam de assuntos pontuais ou fazem releituras de fatos pretéritos. Fato é que a ausência da continuidade das instituições e de uma memória crítica se comportam como um óbice para o senso comum em analisar notícias.

De outro lado, a assunção aos preceitos constitucionais que estabelecem limites individuais e sociais pode representar limites a serem ultrapassados por aqueles que buscam novas possibilidades para uma suposta melhoria de país. Este é um cenário propício para o surgimento dos “partidos pessoais” centralizados na figura de um líder despótico, messiânico e carismático (BOBBIO, 2016). Esta personalização da política se dá em razão do espaço público ser colonizado pelo privado, sendo que “as ‘questões públicas’ que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (BAUMAN, 2001, p. 51). Assim, o espaço público começa a ser ocupado pelo individual e “a política, que é o território comum para o confronto da palavra, empalidece entre o centrismo e o desatino populista” (RAMONEDA, 2000, p. 25).

A empatia de uns para com os outros passa a ser elemento raro na sociedade contemporânea o que favorece o fato de cada um não conseguir ver os demais como seu próprio semelhante. O ambiente favorece uma luta entre tudo e todos, no qual cada um busca a efetivação de somente seus próprios direitos, sem perceber a dependência deste com os direitos dos demais cidadãos. Neste processo de individualização, percebe-se uma crise conceitual no que seriam os direitos fundamentais, possibilitando “ressurgir Estados totalitários que avocam para si direitos, que serão oponíveis aos cidadãos, com status de fundamentabilidade” (ALVES, 2014, p. 9).

A preocupação com a sucumbência democrática não é uma preocupação recente, nas reflexões de La Boétie (2017, p. 39) é possível identificar sua irresignação diante de um povo que se permite subjugar diante da tirania nos dizeres: “é o povo que se subjuga que corta a própria garganta, que, podendo escolher entre servir ou ser livre, abandona a liberdade e toma o jugo, que

consente com seu infortúnio e até mesmo o busca”.

A questão inquietante neste cenário de instabilidade é o fato de que o autoritarismo contemporâneo não se estabelece por meio da força como se fazia no passado, mas sim, utiliza-se de dispositivos legais estabelecidos democraticamente para estabelecer um governo despótico de maneira gradual e crescente (ROZNAI, BRANDES, 2019). Ou seja, o movimento antidemocrático passa por muitas vezes despercebidos pela sociedade, que em razão de sua desarticulação e incapacidade de uma leitura sócio-política do momento em que se encontra acaba por apoiar medidas autoritárias constritoras de seus próprios direitos.

Ulrich Beck (2010) retrata esta realidade intitulando esta ocorrência como *efeito bumerangue*, no qual a sociedade buscando maior segurança ou uma melhor qualidade de vida acaba por optar por práticas que prometem afagar seus anseios, porém em razão da complexidade social as ações passam a produzir efeitos colaterais que prejudicam os indivíduos. Destaca-se que estes efeitos colaterais podem insurgir como consequências autoritárias e antidemocráticas.

Tal efeito ressalta a necessidade de uma compreensão melhor da realidade, para que proposituras adequadas sejam colocadas em prática e os efeitos colaterais sejam entendidos e devidamente amenizados. Contudo, práticas que necessitam de um preparo maior para serem efetivadas, ou políticas que necessitem de tempo para produzirem efeitos são deixadas de lado, visto que os indivíduos almejam mudanças pontuais e rápidas (BAUMAN, 2001).

Assim, o cenário dinâmico e instável que se observa se comporta como um *locus* capaz de possibilitar por meio dos próprios mecanismos democráticos movimentos despóticos e autoritários capazes de subjugar direitos fundamentais e coibir a participação social nas decisões estatais.

2. A MÍDIA E SEU FLUXO COMUNICACIONAL

Não só as relações sociais, bem como o próprio modelo democrático se encontram em crise, uma vez existente o avanço da tecnologia associada aos meios de comunicação e informação em massa, a era da globalização, tal qual a forma que fora interpretada por Bauman (1999) como a palavra que é o conceito para a percepção das “coisas fugindo ao controle”, permite uma acessibilidade ampla e um vasto número de notícias à disposição dos indivíduos de tal forma que o dinamismo trazido pelo fenômeno da globalização é tamanho que se faz impossível acompanhar o fluxo de notícias que chegam a cada instante. Ilustrando o cenário de volatilidade das informações midiáticas, tem-se:

No frenesi do universo midiático, em questão de horas um trem desaparece diante da passagem de outro trem; uma nova tragédia relega ao esquecimento a tragédia de ontem; um novo escândalo tira de cena o anterior; uma guerra tapa a outra que não terminou, mas que não é mais novidade. (RAMONEDA, 2000, p. 26)

Tal dinamismo e fluxo de informações se devem ao exacerbado poder do mercado, a qual ganha mais força quando ocorre a ascensão da racionalidade neoliberal, pela qual deixa estabelecido o mercado na posição de principal orientador de ações da vida humana, visando produzir cada vez mais espécies de mercadorias para alcançar um número cada vez maior de consumidores. Entende-se, neste contexto, a mercadoria pela qual fora concebida na era pós-moderna, conforme entende Rubens. R. Casara (2017, p. 38), no qual dispõe que:

As mercadorias são bens com valor de troca, bens produzidos para serem negociados e, assim gerarem lucro. Não por acaso, Marx escolhe a mercadoria como ponto de partida para sua principal obra. Para ele, nas sociedades em que vigora o modo de produção capitalista, a riqueza das sociedades “aparece como uma enorme coleção de mercadorias”. A mercadoria tem um valor de uso e um valor de troca. Ela sempre se volta à satisfação de uma necessidade ou de um desejo, por isso as pessoas dão algo em troca da mercadoria, isto é, todas as mercadorias são comensuráveis na troca. O que caracteriza a mercadoria, e isso fica claro na pós-modernidade- mais do que a existência de um valor de uso-, é a possibilidade de sua substituição e seu descarte. Todos, independentemente de raça, da crença, do gênero ou da classe, relacionam-se com mercadorias. Nas palavras de David Harvey, a “forma-mercadoria é uma produção capitalista”. Não por acaso, o ato de comprar uma mercadoria pode ser tido como o ato fundador da sociedade capitalista.

Assim, verifica-se que tudo possui um potencial de se transformar em mercadoria, inclusive, o homem, a notícia e os próprios meios de comunicação, digitais ou tradicionais, os quais possuem um papel importante no momento contemporâneo. Para além de sua função social, as mídias, sejam elas analógicas (televisão, cinema, rádio, jornais e revistas impressas) ou digitais, estabelecem uma relação de troca, onde trocamos nosso tempo e dinheiro por uma nova informação, a qual lucra com essa visualização e audiência, o que a faz dentro da lógica do capital, impulsionar a produção de mais notícias, com a finalidade de gerar cada vez mais lucro, ainda que para isso, tenha que transformar situações, pessoas, escândalos e tragédias, em mercadorias.

É dentro dessa lógica expansionista do lucro financeiro que se estabelece a construção do espetáculo midiático, voltados à satisfação dos espectadores-consumidores, de tal forma que desde as propagandas rápidas até as notícias que deveriam ser tratadas com maior seriedade e importância, tomam ares espetaculares, gerando através de uma montagem, da descontextualização de fatos, da construção de um roteiro dramático ao apresentar notícias, ares sensacionalistas ao apresentar o velho embate entre as forças do bem, contra o mal, na representação pela óptica maniqueísta, com isso, é possível entender o espetáculo como a técnica que se utiliza dos símbolos e signos que remetem à significados específicos, não descritos explicitamente, mas que são capazes de construir ou evocar um conjunto de ideias, sentimentos, cenários, ideais, criando um vínculo empático entre o espetáculo, atores e espectadores tudo visando, através destas representações, agradar ao grande público.

Tal representação acontece graças ao poder que tais mídias possuem de formar uma

opinião pública direcionada, uma *imagem docilizadora* (CASARA, 2017), através do seu recorte ilusório de uma realidade pálida que possui pouca relação com a realidade. Concomitante a ideia de realidade representada através de imagens, notória é a consideração dada por Vilém Flusser (2014, p. 39) em sua obra *Comunicologia* onde o mesmo diz que “quando uma imagem representa uma paisagem, ela também veda a paisagem. A imagem fica na frente da paisagem”, ou seja, quando um indivíduo ou a própria coletividade recebe, no papel de espectadores uma determinada imagem, através de um noticiário na televisão, ou vídeo no *Youtube*, *Facebook*, *Whatsapp* ou outras mídias sociais, realiza-se o processo de associação de todas aquelas ideias e informações apresentadas em torno das imagens presentes, na própria imagem, tornando os pensamentos posteriores sobre esta, condicionados a relacionar idéias à imagem em questão. Tal dinâmica quando aplicada em notícias de cunho sensacionalistas ou que utilizam de técnicas espetaculares para angariar mais espectadores, possui um efeito social devastador, emulando sentimentos e perspectivas distorcidas de uma realidade aparente.

Ainda, a habitualidade e a absorção feita pela sociedade de tais ferramentas de comunicação e informação no cotidiano dos indivíduos, fazem com que tais meios sejam integrados à cultura, e, com o avanço da tecnologia, esse processo de integração avança, e acaba revolucionando o modelo pelo qual se constitui a cultura:

A integração potencial de texto, imagens e sons no mesmo sistema – interagindo a partir de pontos múltiplos, no tempo escolhido (real ou atrasado) em uma rede global, em condições de acesso aberto e de preço acessível – muda de forma fundamental o caráter da comunicação. E a comunicação, decididamente, molda a cultura porque, como afirma Postman, “nós não vemos... a realidade... como ‘ela’ é, mas como são nossas linguagens. E nossas linguagens são nossos meios de comunicação. Nossos meios de comunicação são nossas metáforas. Nossas metáforas criam o conteúdo de nossa cultura”. Como a cultura é mediada e determinada pela comunicação, as próprias culturas – isto é, nossos sistemas de crenças e códigos historicamente produzidos – são transformados de maneira fundamental pelo novo sistema tecnológico e o serão ainda mais com o passar do tempo [...] a mídia é a expressão da nossa cultura, e nossa cultura funciona principalmente por intermédio dos materiais propiciados pela mídia. (CASTELLS, 2018 p.414/421).

Nota-se então a forma intrínseca de como as mídias digitais, os meios de comunicação e informação estão ligados com os indivíduos, e com a sociedade contemporânea, onde a articulação de tais mídias com o cotidiano atinge um determinado nível, que a própria vida se transforma, não por conta da mídia em si, mas pelas relações humanas ligadas a elas (MARTINO, 2015). Mais além, ante o exposto no presente capítulo é possível depreender não somente a ligação inexorável da mídia com a vida dos indivíduos, como também se faz latente uma corrida por telespectadores, na qual a audiência representa entrada de capital.

Diante deste cenário, interessante se faz a ponderação de Marcos Rolim (2006, p. 209), ao salientar que “apenas alguns podem produzir informação de massa, enquanto todos podem

consumi-la”. Partindo desta premissa, faz-se necessário ponderações sobre formas mais democráticas e conscientes do uso da mídia.

Igualmente, dentro do cenário contemporâneo nacional importante a reflexão a respeito dos desdobramentos e influências que os meios de comunicação são capazes de exercer sobre o indivíduo, ao coletivo e ao modelo de democracia representativa vigente de tal forma, que seja capaz de interferir e atingir direitos e garantias fundamentais positivadas pela Constituição Federal de 1988.

3. A MÍDIA DISSIDIOSA E O PALCO ANTIDEMOCRÁTICO

Como visto em razão do fluxo capitalista que impulsiona a mídia em busca de manchetes chamativas e polêmicas, observa-se um risco que atinge a própria democracia, uma vez que as notícias passam a se tornar um tipo de mercadoria, assumem também o princípio da livre concorrência, e como qualquer outra empresa busca nas mais variadas formas, alcançar um número cada vez maior de consumidores, já que “uma boa matéria” é aquela que relata um caso original, que desvende uma situação não conhecida, que insinua, portanto, algo “novo” (ROLIM, 2006, p.188).

Seja cobrindo escândalos políticos, ou tragédias e crimes que envolvam violência, usando de artifícios para chamar a atenção, sejam com uma manchete que cause curiosidade, ou pela montagem da reportagem ou redação de seu texto, de tal forma a criar e espetacularizar situações, os meios de comunicação, analógicos ou virtuais, são capazes de produzir - ao passo que buscam lucro e visibilidade - sentimentos e percepções distorcidas, disseminando estereótipos através do enfoque em notícias criminais ou escândalos políticos envolvendo corrupção e outros esquemas criminosos e contribuem para a ampliação do abismo social e segregação de uma parcela da população ao passo que também reforçam o mau-caratismo dos agentes políticos engendrando assim, um sentimento de impunidade e corrupção infundável, de tal forma que se forma e concretiza um senso comum de descrédito dos agentes políticos por parte da opinião pública, culminando em uma crise no modelo representativo democrático.

Tal crise acaba por se intensificar ao passo que os meios de comunicação, como já devidamente abordado acima, se tornam parte integrante do cotidiano e da cultura dos indivíduos, onde existe a socialização através deste, de tal forma, que o consumo e uso de tais meios de comunicação se torna uma das principais atividades do ser humano na pós-modernidade, conforme aborda Manuel Castells (2018, p. 418):

Contudo, o padrão comportamental mundial predominante parece ser que, nas sociedades urbanas, o consumo da mídia é a segunda maior categoria de atividade depois do trabalho e, certamente, a atividade predominante nas casas. Essa observação, no entanto, deve ser

avaliada para o verdadeiro entendimento do papel da mídia em nossa cultura: ser espectador/ouvinte da mídia absolutamente não se constitui uma atividade exclusiva. Em geral é combinada com o desempenho de tarefas domésticas, refeições familiares e interação social. É a presença de fundo quase constante, o tecido de nossas vidas.

Dentro deste contexto, importante se faz abordar a problemática quanto aos noticiários que abordam notícias criminais, disponíveis em diversos canais e em diversos horários ao longo do dia, repletos de sensacionalismos em torno de situações criminosas, ligadas à violência como um todo – mas principalmente o homicídio -, os quais são capazes de prender a atenção de seus espectadores que se veem frente a uma realidade extraordinária, incomuns, pois tais notícias dizem respeito a “transgressões máximas”, uma vez que a ideia de que não é legítimo matar, sem a ausência de razões aceitáveis é o que nos constitui como seres modernos (ROLIM, 2006).

A exacerbada quantia de notícias de cunho criminal postas aos telespectadores de forma constante gera efeitos diversos e até paradoxais. Uma vez que tais programas são apresentados por formadores de opinião com ideologia anti-humanista e violenta, capaz de gerar, através da repetição da imagem de crimes, e do discurso de ódio (onde é possível se observar a forma como se visa criar no espectador o anseio por justiça, ainda que para isso seja necessário atropelar as garantias fundamentais inerentes aos infratores) sentimentos de insegurança, medo e incerteza social, fazendo com que o coletivo visualize uma realidade mais violenta do que realmente é (ADORNO, 1999).

Ao mesmo passo, a violência é banalizada e vida da vítima e do acusado, perdem seu sentido, aquele que sofre a violência, bem como aquele que supostamente a comete, nada mais são que um amontoado de pixels, uma imagem, que já não fazem parte do mundo real, no caso do acusado, é ainda pior, pois ocorre a sua desumanização, adquirindo um status de subumano, não merecedor das garantias e princípios fundamentais devidos ao “homem de bem”, o acusado é posto como a personificação do mal social, marginalizado, inalcançável pelo direito e a mercê da opinião pública, neste mesmo sentido:

Uma das piores coisas que podemos fazer a nossos companheiros seres humanos é privá-los de sua humanidade, considera-los sem valor, ao exercitar o processo psicológico de desumanização. Ocorre quando os “outros” são pensados como desprovidos dos mesmos sentimentos, pensamentos, valores e propósitos de vida que possuímos. [...] A desumanização é o conceito central em nossa compreensão da “desumanização do homem com o homem”. A desumanização ocorre sempre que alguns seres humanos consideram outros seres humanos excluídos da ordem moral de ser uma pessoa humana. Os objetos desse processo psicológico perdem sua condição humana aos olhos dos desumanizadores. Ao identificar certos indivíduos ou grupos como estando fora da esfera humana, os agentes desumanizadores suspendem a moralidade que pode normalmente governar ações razoáveis para com seus semelhantes. A desumanização é um processo central no preconceito, no racismo e na discriminação. A desumanização estigmatiza os outros, atribuindo-lhes uma “identidade estragada” (ZIMBARDO, 2012, p. 315, 316 e 430).

Conexo ao aludido por Philip Zimbardo, Marcos Rolim (2006, p. 195-196) ao analisar notícias criminais publicadas pelos meios de comunicação nacional que traziam a informação que

um “menor” disparara contra cabeça de uma menina na Escola Municipal São João Batista em Cordovil/RJ², deixa claro uma distinção entre a caracterização da vítima e dos infratores, de tal forma que ocorre uma “neutralização moral” que acaba por permitir, passivamente, a expansão de estereótipos, distanciando a pessoa que infringiu a lei de sua própria condição humana:

A opção pelo uso de expressões carregadas de significados “neutralizadores”, quando não abertamente preconceituosas, permite uma sucessão de “contrabandos” ideológicos dificilmente percebidos pelo público. O emprego da palavra “menor” nos oferece um bom exemplo, [...] Estamos diante de um caso típico de “neutralização moral”, permitido pelo emprego da expressão “menor” para descrever o autor do disparo – um aluno da mesma escola onde estudava a vítima e praticamente da mesma idade. A tragédia envolveu dois estudantes adolescentes: uma menina e um menino. Mas quando se designa o infrator como “menor”, já se providencia o necessário distanciamento diante de sua condição de “menino” e de “estudante”. O responsável pela infração é apresentado como uma “figura jurídica” -ou seja, sua definição é a incapacidade jurídica e a inimputabilidade - antes mesmo de se ter qualquer informação sobre o que, de fato, ocorreu. “Menor” é a expressão utilizada frequentemente pela mídia quando se trata de designar adolescentes em conflito com a lei. O caso é um exemplo interessante de resistência cultural ao novo paradigma introduzido pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que substituiu o antigo “Código de Menores” e que, corretamente, banuiu a expressão “menor” de seu texto por saber que ela concentrava preconceitos e sequestrava simbolicamente dos adolescentes e das crianças os direitos em face da condição especial da juventude e da infância – destacadamente o acolhimento e proteção. Não se trata de exigência do movimento “politicamente correto” ou de preciosismo acadêmico. Ocorre que a expressão “menor” só é utilizada para se designar os filhos dos outros e, normalmente, os filhos dos pobres.

Contudo, os meios de comunicação e informação já não só trabalham com os crimes violentos e espetaculares, os quais se encontram dentro de um jornalismo predominantemente sensacionalista, existe outro problema que ganha cada vez mais inconformidade com a sociedade brasileira que não vem de camadas pobres, em localidades periféricas ou com uso de violência, hoje um grande produto do mercado da notícia, é espetacularizado combate a corrupção. Conforme analisa Leonardo Avritzer (2016, p. 83), nos anos de 1960 e 1970, histórias sobre a corrupção e a certeza de impunidade de tais atos, faziam desta uma prática completamente instituída no sistema político. Contudo, instituída a Constituição Federal de 1988, houve a criação de órgãos institucionais que possuem a capacidade de desconstruir tal paradigma, como é o caso do Tribunal de Contas da União (TCU) o qual, pela sua Lei Orgânica nº 8.443/92 lhe é permitido interromper obras com suspeitas de infração, bem como a instrução e o reaparelhamento técnico da Polícia Federal, que proporcionou a realização de operações de combate à corrupção.

Desta forma, junto ao ideal de redemocratização conceituado pela Constituição, estabeleceram-se, na sociedade brasileira pós 1988 ideias diferentes à impunidade da corrupção reforçados pelos aparatos institucionais com competência para lidar com a corrupção de forma que esta não se constitua parte do sistema político e do regime democrático.

Entretanto, dentro do período Democrático, o sentimento de impunidade, ainda que haja

2 Reportagem do jornal “O Globo”, de 11/7/1996, chamada de primeira página.

instrumentos de combate, é cada vez maior. Isso se dá pelo fato de que, a sociedade brasileira acompanha – através dos meios de comunicação – desde 1990, escândalos de corrupção, como o Impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello, as denúncias de compra de votos no Congresso para assegurar a reeleição de candidatos, durante o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, o escândalo do Banestado, em 2003 e mais recentemente - e de forma mais espetacular – o mensalão e escândalo da Petrobras, revelados pelo conjunto de investigações na Operação Lava Jato.

Uma vez que a sociedade se vê, dentro de um regime democrático representativo, onde, os representantes eleitos do Poder Legislativo e no Poder Executivo são expostos na mídia como agentes envolvidos em casos de corrupção, lavagem de dinheiro e compra de votos, a mesma desumanização que acontece nos infratores noticiados predominantemente em jornais sensacionalistas, acontece aqui, estereotipizando e generalizando os agentes políticos como “corruptos”, independente de partidos. A própria política como um todo se torna estigmatizada e já é correlacionada à corrupção.

Desta forma, a opinião pública é capaz de formar um pré-conceito já estabelecido daquele indivíduo indiciado, de tal forma que a sentença dentro do bojo processual, já não importa perante os olhos da sociedade. A estigmatização é prejudicial não só a quem sofre, mas por gerar uma cultura do senso comum, onde se vê sempre da mesma forma, como se todo político fosse corrupto. Tamanho é a problemática entorno dos efeitos colaterais da espetacularização das operações contra a corrupção, que a própria credibilidade democrática se encontra em risco, uma vez que a população já não se identifica com aqueles que foram eleitos, momento conforme aborda Manuel Castells (2018) como *crise de legitimidade política*.

É neste mesmo contexto, onde o modelo democrático é visto com apatia e descrédito que a sociedade aposta em *partidos pessoais* (BOBBIO, 2016) baseados na figura de um agente aglutinador de características despóticas, carismáticas e messiânicas que prometem eliminar a insegurança e a violência, além de reestabelecer a ordem política.

Tornando o caminho mais aberto para as personalidades, se mostra cristalino o fato de que com as redes digitais de informação, ambientes que concentravam uma massiva quantidade de conteúdo e estabeleciam os filtros existentes nas mídias tradicionais de mínima credibilidade dão espaço à um filtro mais pessoal, da vontade do indivíduo de crer em uma informação, criando o potencial de gerar um dogmatismo opressivo e excludente.

Vê-se então que os meios de comunicação, analógicos ou digitais começam a servir a ideologias conservadoras travestidas de ideais populistas, usando de um discurso de ódio, cheio de conceitos que ferem a existência de minorias e comprometem as garantias fundamentais, abdicando

de forma solene, com o próprio Estado Democrático de Direito (ROLIM, 2006). Mais além, nota-se “mais do que opor-se sistematicamente à estabilidade dos governos, a imprensa opõe-se muitas vezes ao equilíbrio de nossas instituições democráticas” (POGREBINSCHI, 2012, p. 157). Neste mesmo contexto, tais figuras ganham um ar messiânico e salvador, a figura política de solução concentrada em um pequeno grupo de indivíduos que se dizem capazes de superar a crise. Concomitante a isto:

De fato, em nossa situação os meios de comunicação social atuam – para usar uma expressão gramsciana – na condição do “príncipe moderno”, substituindo em larga medida o papel pretendido historicamente pela ideia de “partido”. São eles os principais organizadores do consenso disseminado e reproduzido socialmente e aqueles que incluem as prioridades compreendidas como públicas ou relevantes, pautando as ações dos governos e modulando as opiniões dos diversos atores políticos. Os meios de comunicação constroem, assim, o lugar por excelência da ideologia (ROLIM, 2006, p. 209).

Torna-se visível então, a existência de um paradoxo das figuras que são transmitidas pela mídia no seu espetáculo; de um lado, o infrator, seja ele de crimes violentos, normalmente pobre, jovem e negro; ou seja ele um agente político, acusado de fazer parte de um esquema de corrupção; ambos, aos olhos da opinião pública, se despem de sua humanidade e com ela, todas as suas garantias de integridade, de contraditório, de processo legal e etc. Do outro lado, existe o culto à personalidade do(s) salvador(es), de uma forma quase fanática, comparada à imagens religiosas, imbuídos da perfeição, faltante aos demais humanos, de onde retiram toda sua probidade e legitimidade, ainda que seu discurso seja perigoso à própria base democrática e a toda diversidade de uma sociedade.

Outrossim, pode-se destacar uma sociedade apresentada de maneira fragmentada e sem muitas condições de oferecer resistências ou críticas às manchetes midiáticas guiadas pela busca pelo capital, isto pois a ausência à memória, conforme elucidado no primeiro capítulo do presente estudo, se manifesta de modo a corroborar com qualquer argumento apresentando. Destarte o autoritarismo baseado em *partidos pessoais* e em personalidades midiáticas polêmicas encontra ambiente propício para se propagar e colocar em risco o próprio sistema democrático, ou seja, as mídias atuam de forma a propiciar um relevante palco para discursos autoritários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidente o papel duplo da mídia, de forma geral, e sua influência no contexto de uma sociedade contemporânea onde a democracia é tão recente, como o Brasil. Afinal, injusto seria considerar que por de trás de todo o jornalismo que acontece no país, seja em jornais, telejornais, sites, blogs, redes sociais e afins, é para o mal. A mídia, ainda exerce sim, sua função constitucional de informar, e transmitir cultura e educação, sem ela, não se teria noção do que acontece mais ao

longe, dentro e fora do Brasil, uma vez que a obscuridade sempre foi muito vantajosa para a dominação política.

Não se pretende na presente pesquisa discutir e apresentar mecanismos que limitem a liberdade de expressão e possam funcionar como um brinquedo nas mãos de autoritários, porém o cenário apresentado não permite aos juristas se olvidar dos impasses apresentados pelas *práxis* midiáticas.

Ante a temática abordada, a presente pesquisa se iniciou por meio de um panorama geral da sociedade contemporânea, para que fosse possível conceber de maneira adequada a conjuntura sócio jurídica em que se enquadra a problemática analisada. Neste primeiro momento restou latente a existência de uma sociedade individualizada, fragmentada e detentora de uma descontinuidade institucional democrática.

Após esta contextualização, se fez possível avançar a investigação para o fluxo midiático, identificando que este possui uma relação intrínseca com uma busca incessante por audiência, uma vez que isso também representa o lucro. Assim a problemática existe no excesso e no trato excessivamente comercial em cima da notícia, que é capaz de gerar efeitos amplos, no campo social, político e econômico, pois é o excesso que é capaz de gerar a falsa noção de realidade que leva aos sentimentos de descrença, impunidade e insegurança. Por esta razão que chamamos esta mídia de *dissidiosa* uma vez que se mostra capaz de reforçar os estereótipos e afastar ainda mais os indivíduos, corroborando para com a própria fragmentarização da sociedade.

Por fim, a pesquisa parte para uma análise sobre esta mídia dissidiosa e seu impacto na própria democracia. Saliente-se, ante esta reflexão derradeira, que a busca desenfreada da mídia por capital passa a deturpar sua real função social e acaba por gerar conflitos sociais. Avançando neste tópico, nota-se que a atuação midiática oferece palco para o surgimento de discursos autoritários e antidemocráticos.

Cumprido o destaque que qualquer tentativa de cercear a mídia ou limitá-la de algum modo, parece ser somente mais um efeito autoritário deste cenário midiático. Porquanto tomando por base que a neutralidade plena é impossível, dentro uma produção humana, e através de campanhas publicitárias de cunho crítico, contra informações falsas – as *fake news* – como já é feito em alguns canais de televisão, bem como o apoio a modelos de mídia não tão inseridos na produção e transmissão em massa, como canais e jornais regionais, bem como os *podcasts*, são apostas que podem abrir caminho para novas produções, visões e formas de ver a notícia e situações, fomentando o debate, a informação e principalmente, a comunicação e, para, além disso, em casos que a mídia cause danos à indivíduos deve-se insistir na efetividade de medidas capazes de responsabilizar os abusos eventuais, culminando em um caminho de uma mídia mais alinhada a sua

função social, democrática, que cumpra com dispositivos constitucionais caso assim seja necessário, mas sem que seja perder a liberdade de imprensa.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **O Adolescente na Criminalidade Urbana em São Paulo**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 1999;
- ALVES, Fernando de Brito. **Democracia à portuguesa**: retórica democrática na tradição jurídica lusófona. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;
- AVRITZER, Leonardo. **Impasses da Democracia no Brasil** – Edição Ampliada. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016;
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999;
- _____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007;
- _____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 34ª ed. São Paulo: Editora 34, 2010;
- BITTAR, Eduardo Carlos. Bianca. **Democracia, Justiça e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011;
- BOBBIO, Norberto. **Contra os Novos Despotismos: escritos sobre o berlusconismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2016;
- CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**: Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**: 19ªed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- FLUSSER, Vilém. **Comunicologia**: reflexões sobre o futuro. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002;
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. 22 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012;
- LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da Servidão Voluntária**. Trad. Evelyn Tesche. São Paulo: Edipro, 2017;
- MARTINO, Luiz Mauro Sá. **Teoria das Mídias Digitais**: linguagens, ambientes e redes. 2ª ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2013;
- POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012;

RAMONEDA, Josep. **Depois da paixão política**. São Paulo: Editora SENAC, 2000;

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha**: Policiamento e Segurança Pública no século XXI. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ROZNAI, Yaniv; BRANDES, Tamar Hostovsky. Democratic Erosion, Populist Constitutionalism and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine. (May 26, 2019), 2019;

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006;

ZIMBARDO, Philip. **Efeito Lúcifer**: Como pessoas boas se tornam más. Rio de Janeiro: Editora RECORD LTDA., 2012.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Glaucia Cardoso Teixeira TORRES¹
Luiz Gustavo TIROLI²

RESUMO

Os direitos da personalidade enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana são positivados no Brasil no contexto do processo de constitucionalização do Direito Civil, neste sentido o presente artigo perquire a respeito da possível necessidade de mitigação entre o direito público e o direito privado na efetivação da tutela dos direitos inerentes à condição humana nas relações entre particulares. Deste modo, destaca-se a contribuição do fenômeno da repersonalização do direito, em que a personalidade e o indivíduo tornaram-se o epicentro axiológico do ordenamento jurídico, decorrente de eventos históricos do século XX que colocaram a humanidade em situação de demasiada fragilidade e que desencadeou reflexões a respeito dos direitos que seriam inerentes ao ser humano. Sendo assim, através do método de revisão bibliográfica, o presente artigo analisa criticamente o direito no sentido de avaliar a mitigação entre o direito público e o direito privado para efetivação dos direitos da personalidade enquanto mecanismos de tutela da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Constitucionalismo. Dignidade humana. Direito Civil.

ABSTRACT

The rights of the personality as a manifestation of the dignity of the human person arise in the context of the process of constitutionalisation of Civil Law, in this sense the present article inquired about the possible need for mitigation between public law and private law in the effective realization of the inherent rights the human condition in relations between individuals. In this way, the contribution of the phenomenon of the repersonalization of law, in which the personality and the individual became the axiological epicenter of the juridical order, due to historical events of the twentieth century that put the humanity in a situation of too fragility and that triggered reflections on the rights that would be inherent to the human being. Thus, through the bibliographic review method, this article critically analyzes the right to evaluate the mitigation between public law and private law to enforce the rights of the personality as mechanisms to protect the dignity of the human person.

KEYWORDS: Rights of the personality. Constitutionalism. Human dignity. Civil right.

INTRODUÇÃO

-
- 1 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina e pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Curso Luiz Carlos. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora de Direito nas Faculdades Londrina e na Unicesumar – campus Londrina, glauciatorres2@gmail.com.
 - 2 Acadêmico do curso de Direito da Escola de Direito das Faculdades Londrina, gustavo_tiroli@hotmail.com. Colaborador no Projeto de Pesquisa Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: (in) certezas – um mundo em transformação e os desafios para a pacificação social e a segurança jurídica da Universidade Estadual de Londrina. Este trabalho está vinculado ao Projeto de Pesquisa Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: (in) certezas – um mundo em transformação e os desafios para a pacificação social e a segurança jurídica da Universidade Estadual de Londrina.

A histórica divisão entre direito público e direito privado esteve relacionada à organização do Estado, do direito e da sociedade, entretanto com o advento das reflexões a respeito da personalidade humana, sobretudo no século XX, decorrente de fenômenos históricos em que a humanidade encontrou-se em demasiada fragilidade, fez-se necessário compreender os aspectos característicos do ser humano e da sua personalidade, objetivando o surgimento de um direito capaz de garantir a tutela integral dos direitos inerentes ao homem.

Com a finalidade de concretizar este processo de personalização do direito, encontra-se a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo o Código Civil Brasileiro de 2002 que positivou os direitos da personalidade e ampliou a possibilidade de discussão a respeito desses direitos inerentes à pessoa humana. Tal discussão decorre do fenômeno da constitucionalização do direito civil e da repersonalização do direito em que a pessoa foi conduzida ao epicentro axiológico do ordenamento jurídico.

Sendo assim, os direitos da personalidade, apresentados de maneira exemplificativa pelo Código Civil de 2002, cujo rol exemplificativo engloba o direito ao nome, à privacidade, à honra, à imagem e ao corpo têm a finalidade de tutelar características inerentes à condição humana nas relações particulares, em que outrora, predominavam as questões patrimoniais, familiares e contratuais em detrimento do indivíduo.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo perquirir os direitos da personalidade como manifestação e mecanismo de proteção da dignidade da pessoa humana nas relações entre os particulares, evidenciando a necessária mitigação, ainda que parcial, entre o direito público e o direito privado a fim de que o primeiro possa tutelar a dignidade da pessoa humana nas relações no âmbito do segundo, protegendo as características inerentes ao ser humano.

O primeiro tópico tratará a respeito da dicotomia histórica entre o direito público e o direito privado e a necessidade da relativização dessa divisão para a consolidação dos direitos da personalidade. No segundo capítulo será abordado o processo de constitucionalização do direito civil como garantia de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e na sequência serão perquiridos os direitos da personalidade enquanto mecanismos de tutela da dignidade da pessoa humana.

Ao final a conclusão a que se pretende chegar é de que a mitigação entre o direito público e o direito privado se constitui de suma importância a fim de garantir a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, delimitando os espaços de atuação do Estado na esfera particular, de modo a impedir sua ingerência, e garantindo a tutela integral dos direitos da personalidade enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana.

1 A DICOTOMIA HISTÓRICA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO E A NECESSIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DESSA DIVISÃO PARA A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A dicotomia entre direito público, enquanto responsável por tutelar os interesses coletivos, sociais e difusos, garantindo a supremacia do Estado e o direito privado, que visa proteger os interesses dos indivíduos e suas relações em comum, havendo condições de igualdade entre as partes, se consolidou ao longo dos períodos históricos do desenvolvimento do direito, visando “delimitar ao máximo os espaços de intervenção do Estado e os espaços de atuação privada. Neste sentido, a divisão entre esses dois ramos era fundamental para a organização do direito, do Estado e da sociedade.”³

Uma das características do modelo de Estado moderno engendrado a partir dos Tratados da Paz de Vestfália de 1648 consiste na dicotomia entre as esferas pública e privada. Embora a distinção entre esfera individual e esfera coletiva seja inerente à própria existência da sociedade, com o advento do Estado moderno, a separação entre o público e privado assumiu posição central no estabelecimento e no funcionamento do poder político. Apenas à esfera pública cabia o poder e o dever de implementar ou atender às necessidades coletivas.⁴

Nesse contexto, teorias foram desenvolvidas pela doutrina com a finalidade de realizar a distinção entre o direito público e o direito privado, dentre as quais se destacam a teoria do sujeito, a do interesse e o da relação de dominação.

Na teoria do sujeito, a distinção entre o direito público e o direito privado relaciona-se ao destinatário da norma, no primeiro caso ao Estado e no segundo aos particulares em seus relacionamentos privados. Sendo assim, direito público se constitui como aquele que surge para regulamentar o Estado, enquanto que direito privado para as relações particulares entre os indivíduos na sociedade. Todavia, tal concepção se equivoca ao desconsiderar que o Estado pode realizar atividades que são específicas do direito privado, tal como a compra de um bem de pequeno valor que dispensa a licitação de acordo com a Lei 8.666/93.⁵

A teoria do interesse, por sua vez, opõe o Estado ao indivíduo, de modo que os interesses coletivos são comuns envolvendo a gestão pública e a economia nacional e que divergem dos interesses individuais, que constituem naquele inerentes às subjetividades dos indivíduos na esfera privada, entretanto tal concepção foi mitigada com o surgimento dos direitos trabalhistas que

3 Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2003. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 74.

4 MARQUES, Floriano de Azevedo Marques Neto. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41-42.

5 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado**. Brasília-DF: Revista dos Tribunais, 2008, p. 172.

exigiam determinada interseção entre o direito público e o privado⁶, uma vez que para Tércio Sampaio Ferreira Junior, “nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou o do particular.” Há uma correlação, de modo que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também à do Estado e vice-versa.”⁷

No intuito de reelaborar tal teoria, surge a concepção de preponderância, ou seja, a norma cujo objeto preponderante estivesse vinculado aos interesses do Estado seria uma norma de direito público e aquelas relacionadas às relações privadas reportam-se ao direito privado. Entretanto para Maria Helena Diniz, o instituto não se constitui eficaz uma vez que é impossível verificar, com exatidão, qual interesse que prepondera.⁸

Por fim, a teoria da dominação pressupõe a sobreposição do direito público representado pelo Estado aos entes privados, demonstrando superioridade enquanto que o direito privado estaria vinculado à relação de paridade entre os indivíduos, sem o *ius imperii*. Sendo assim, a centralização do poder público e o monopólio da força estariam fulcradas na concepção de soberania do direito público.

Todavia, tal teoria não se sustenta uma vez que existem relações entre os particulares em que inexistem a paridade, tais como situações de hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma das partes que poderia celebrar determinado negócio jurídico mediante, por exemplo, coação ou estado de necessidade. Assim sendo, Maria Helena Diniz acrescenta que “mesmo os sujeitos dotados de *imperium* podem ser sujeitos de direito privado, como na hipótese em que o Estado é parte num contrato de compra e venda ou num contrato de locação”.⁹

O fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos tem um sentido porque divide por competências e por necessidade de exposição uma matéria única em si mesma, mas não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores dos quais um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência.

Nesse contexto, em relação à dicotomia entre direito público e direito privado se faz necessário compreender que tal *summa divisio* não se constitui na objetividade, ou seja, o princípio da unidade do ordenamento jurídico e de integralidade da norma impossibilita uma hermenêutica jurídica que afasta a interseção das diversas vertentes do direito, tendo a dicotomia público-privado a finalidade didática cujo objetivo consiste em proporcionar maior compreensão no processo de desenvolvimento do conhecimento jurídico, não admitindo, no entanto uma separação absoluta que resulte na alienabilidade da perspectiva do direito público em relação ao direito privado.

6 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002, p. 139.

7 Ibidem.

8 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 252.

9 Ibidem, p. 253.

Embora o direito objetivo constitua uma unidade, sua divisão em público e privado é aceita por ser útil e necessária, não só sob o prisma da ciência do direito, mas também sob o ponto de vista didático. Todavia, não se deve pensar que sejam dois compartimentos estanques, estabelecendo uma absoluta separação entre as normas de direito público e as de direito privado, pois se intercomunicam com certa frequência.¹⁰

Nesse sentido, as mudanças sociais que ocorreram no século XX contribuíram para a relativização da tradicional dicotomia entre público e privado, primeiro com o Estado Liberal, que trouxe a privatização do direito, com o objetivo de resguardar direitos individuais, que apesar de acentuar a dicotomia, proporcionou a reflexão a respeito da necessidade da relativização, e em seguida o Estado Social, que instituiu o fenômeno de publicização do direito e garantindo assim o estabelecimento do bem estar social.

O surgimento do Estado Liberal, marcado pela insatisfação com o excesso de interferência dos “senhores do Estado” nas relações privadas propiciou a ampliação das liberdades individuais, afastando demasiadamente a proteção aos indivíduos em face da liberdade absoluta. Consagrou-se como movimento importante contra os desmandos arbitrários dos Estados Absolutistas, entretanto significou a concretização da divisão entre direito público e privado.¹¹

Assim, o liberalismo contribuiu para a atenuação entre o direito público e o direito privado, no intuito de garantir a liberdade individual, entretanto não foi capaz de considerar os aspectos sociais em torno das relações privadas, propiciando a reflexão acerca da necessidade de relativizar a dicotomia entre o direito público e o direito privado que não se poderia concretizar de maneira absoluta.¹²

No entanto a percepção defendida pelo modelo de Estado liberal de que o mercado autorregularia eventuais desigualdades não se confirmou, suscitando situações em que os economicamente favorecidos passaram a explorar os direitos dos indivíduos que se encontravam em situação de vulnerabilidade e que por sua vez permitiam permutar atribuições da sua dignidade e da sua personalidade, tais como a privacidade e o próprio corpo para sobreviverem, o que de certa maneira caracterizou o Estado liberal em duas etapas: inicialmente a evolução do movimento liberal com a expansão das liberdades individuais e uma segunda etapa na qual passou a ocorrer a exploração das liberdades conquistadas.¹³

Com a insatisfação popular, no contexto liberal, em relação à exploração entre indivíduos ocasionada por disparidades econômicas inicia-se um movimento objetivando uma maior

10 Ibidem, p. 256.

11 SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, p. 41.

12 LIMA, Jairo Néia. CAMBI, Eduardo. **Constitucionalização do Direito Privado: Acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade**. Birigui: Boreal Editora, 2015, p. 153.

13 LÔBO NETTO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do Direito Civil**. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 101.

intervenção estatal nas relações privadas a fim de garantir o mínimo existencial, como sendo aquele “conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana”.¹⁴ Desse modo, a distinção objetiva entre público e privado, perdeu sensivelmente sua nitidez com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State), que abandonou a doutrina liberal, e inaugurou novas frentes do direito, como, por exemplo, o direito do consumidor e o direito ambiental, caracterizados por aspectos peculiares inerentes tanto à esfera pública quanto privada, propiciando espaços de intersecção, o que levou à mitigação da distinção entre direito público e direito privado.¹⁵

Neste sentido corrobora Eusébio de Carvalho:

É importante lembrar que a clássica partição entre Direito Público e Privado (*summa divisio*) é um preconceito a ser abandonado. A simbiose é evidente, o estado cada vez mais intervém nas atividades privadas e o cidadão, de igual modo, participa nas esferas da administração pública. Assim, tentando compatibilizar o público com o privado, velhos institutos do Direito Civil estão sendo revistados, de modo a compatibilizá-los as novas demandas sociais e econômicas.¹⁶

O esmaecimento das matizes delimitadoras entre as esferas público e privada continuou a acentuar-se, falando-se, na atualidade, na privatização do direito público e na publicização do direito privado, vez que técnicas e institutos tradicionalmente reconhecidos como pertencentes ao direito privado são empregadas no direito público e vice-versa.

Parece notório que é cada vez mais difícil apontar um interesse particular que se apresente, de forma extreme, independente do interesse público. Até mesmo o direito de propriedade, cultuado pelos doutrinadores oitocentistas como absoluto, hoje se vê bastante limitada por normas que reformaram sua essência e funcionalidade (e.g. art. 182, §2º da CF e art. 1.228, §§ 1º e 2º do Código Civil). Com isso, não há mais espaço para a vetusta ideia de um direito privado que se assente na liberdade concedida a cada um para cuidar, até mesmo arbitrariamente, dos próprios interesses. Por outro lado, tampouco o direito público tutela apenas a soberania e a estruturação do Estado, estendendo suas preocupações a interesses até então tidos como meramente privados.¹⁷

Assim, a intersecção contemporânea ocorrida, em diversas ocasiões entre as esferas público e privada faz-se sentir também em relação aos direitos da personalidade. Tal direito, cujo objetivo preponderante consiste em buscar tutelar características inerentes à personalidade humana nas relações privadas, é indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito garantido constitucionalmente. Desse modo, a intrincada relação

14 TOLEDO, Cláudia. **Mínimo existencial**: a construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p. 103. Disponível em: <http://www.pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>. Acesso em: 11 de jul. 2019.

15 ZANINI, Leonardo estevam de Assis; OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO, Raul de Melo Jr. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. In: **Revista de Direito Brasileira** | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 208 - 220 |Jan./Abr. 2018, p. 221.

16 CARVALHO, Eusébio. Direito à Propriedade. Do Discurso à Realidade. **Revista Juris**: Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº. 24, jul/ago: 2003. p. 05.

17 ZANINI, Leonardo estevam de Assis; OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO, Raul de Melo Jr. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. In: **Revista de Direito Brasileira** | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 208 - 220 |Jan./Abr. 2018, p. 222.

entre os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana representa claro exemplo da mitigação entre o direito público e o direito privado, reflete-se também, à medida em que o Estado (direito público) se vê convocado a tutelar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas (direito privado) ainda que, em algumas ocasiões, contrariamente à deliberação do indivíduo.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO GARANTIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A elevação da figura do homem ao epicentro axiológico dos ordenamentos de vários países no pós-segunda guerra trouxe desdobramentos à tutela das características intrínsecas à condição humana.

O positivismo jurídico e a teoria dos direitos inatos contribuíram decisivamente para a bipartição da tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, em direitos públicos de personalidade e em direitos privados de personalidade. Os primeiros seriam os direitos inerentes ao homem, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e expressos nas constituições dos diversos países como direitos fundamentais. Destinam-se estes para a defesa da pessoa contra atentados praticados contra a mesma pelo próprio Estado ou são invocados na defesa da sociedade, considerada como um todo, por agressões perpetradas contra a mesma por grupos privados. Concomitantemente, passou a doutrina e a jurisprudência a admitir, ao lado dos direitos de personalidade públicos, a existência de direitos de personalidade privados. Estes últimos eram considerados os mesmos direitos de personalidade públicos, todavia observados e aplicados nas relações entre particulares, quando houvesse prática de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro.¹⁸

A reconstrução dos direitos fundamentais a partir do pós-guerra, a reflexão a respeito da dignidade humana e da noção de personalidade tornou-se terreno fértil para a construção dos direitos da personalidade enquanto mecanismo de proteção contra as arbitrariedades do Estado, sobretudo pelos fenômenos das Guerras Mundiais, Nazismo, Comunismo e outros regimes semelhantes que colocaram em cheque a proteção da pessoa e fez retomar a reflexão a respeito da fragilidade humana e da construção de instrumentos de proteção ao ser humano.

A partir da centralização da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos e da positivação dos direitos fundamentais sedimentam-se juridicamente os direitos da personalidade sendo tutelados na esfera privada nas relações entre indivíduos, uma vez que os direitos da personalidade são absolutos no sentido *erga omnes*¹⁹, surtindo seus efeitos entre o indivíduo e outros indivíduos, a coletividade e o Estado.²⁰

Assim, por exemplo, para Carlos Alberto Bittar, divisam-se:

18 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 19.

19 *Erga omnes* é uma expressão em latim que significa "contra todos", "frente a todos" ou "relativamente a". Costuma ser usada no âmbito jurídico para se referir a uma lei ou norma que vale para todos os indivíduos (efeito vinculante).

20 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

[...] de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. [...] De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens.²¹

Fábio Maria de Mattia, no mesmo sentido, ressalta que

[...] deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sobre o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.²²

Desse modo três conceitos passaram a ser paralelamente desenvolvidos para tratarem da proteção à condição humana: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Ao aprofundar-se em tal tríade, denota-se que o cerne da preocupação de todos eles reside na busca da proteção do homem justamente naquilo que possui de mais intrínseco, sua humanidade, procurando garantir-lhe os direitos necessários à uma existência digna, usufruindo da proteção que lhe permita vivenciar sua humanidade da maneira mais plena. Se tais conceitos trazem na essência o mesmo anseio é preciso esclarecer onde reside, então a diferença entre eles.

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.²³

Assim, embora tratados com nomenclatura diversa e inseridos em âmbitos distintos, os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem elo inegável. De modo especial os direitos fundamentais positivados no bojo constitucional concedem um rol de direitos aos indivíduos que consistem em poderoso subsídio para a ampliação do rol dos direitos da personalidade.

Tal intersecção remete ao constitucionalismo do direito enquanto fenômeno que pode ser compreendido como “poder de conformação que se reconhece na Constituição em relação às demais determinações normativas”, ou seja, os diplomas infraconstitucionais não são elaborados tão

21 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 22-23.

22 MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade II. *In.*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 150. v. 28.

23 SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 13.

somente nos limites da Constituição, mas sobretudo em acordo com sua axiologia, em conformidade com seus valores e princípios estabelecidos pela sociedade na consolidação do Estado.²⁴

Na Europa do século XIX, os códigos que disciplinavam as relações entre os iguais na sociedade, na tentativa de unificar o direito e proteger assim os interesses relacionados ao capital, à propriedade privada e à autonomia da vontade atenuavam a dicotomia entre o público e o privado. Entretanto no Brasil, a partir do Código de 1916, surge o fenômeno da descodificação em que legislações esparsas vão sendo elaboradas, sobretudo a partir da *era dos estatutos*²⁵, de modo que o Código Civil tornou-se coadjuvante no ordenamento jurídico em face do protagonismo da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a descodificação contribuiu para o processo de constitucionalização do direito privado na medida em que o Código Civil não se tornara suficiente para atender às demandas sociais, rompendo a dogmática que se apregoava a respeito do código de que se trataria de um sistema completo, capaz de esgotar as relações jurídicas, possibilitando assim que a unidade do sistema jurídico fosse baseada na Carta Magna.²⁶

Um exemplo do movimento de constitucionalização do direito civil constitui no fenômeno de despatrimonialização vislumbrado a partir da promulgação da Constituição de 1988, que concedeu novos contornos à propriedade privada, retirando-lhe seu caráter absoluto. A Magna Carta atribuiu função social para a propriedade privada, que não perde seu conteúdo patrimonial no seio do ordenamento jurídico, mas passa a ser interpretada a partir da axiologia constitucional, embasada na dignidade humana e no senso de justiça tornou-se fundamental para a construção de um processo efetivo de constitucionalização do direito privado.²⁷

Neste contexto, Virgílio Afonso da Silva, conforme citado pelos jurista Jairo Néia Lima e Eduardo Cambi, disciplina que a constitucionalização do direito privado se manifesta de três maneiras diferentes, quer seja:

- i) a constitucionalização-juridicização: indica um processo de juridicização da própria Constituição, ou seja, suas normas passam a ser juridicizáveis, aplicadas diretamente como normas jurídicas; II) a constitucionalização-elevação: caracteriza-se por um “desligamentos” de matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento; em razão disso, as espécies normativas vão sofrer uma alteração no seu campo de atuação; iii) a constitucionalização-transformação: marcada pela constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos

24 TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006, p. 134.

25 Período do pós Constituição de 1988 em que surgem legislações esparsas tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Direito Autoral e outras.

26 LIMA, Jairo Néia. CAMBI, Eduardo. **Constitucionalização do Direito Privado**: acesso à Justiça e os Direitos da Personalidade. Birigui: Boreal Editora, 2015, p. 158.

27 *Ibidem*, p. 159.

diferentes ramos do direitos e, ao mesmo tempo, à sua transformação.²⁸

Assim sendo, a concepção de Lei Maior enquanto limitadora da atividade legislativa se torna superada à medida em que a Constituição se torna o centro unificador do ordenamento jurídico infraconstitucional, deste modo o direito privado, outrora pareado ao direito público, sobretudo no modelo liberal em que o papel da Constituição era garantir as liberdades individuais e afastar a ingerência estatal e de maneira apartada manifestava-se os códigos enquanto regulamentação das atividades privadas, hodiernamente passou a ser concebido a partir do crivo constitucional.²⁹

A gênese dos direitos da personalidade, apesar de estar intrinsecamente relacionada à tutela das características inerentes ao indivíduo enquanto ser humano quando inserido em relações privadas, está atrelada ao direito constitucional, justamente por ter como fundamento a dignidade da pessoa humana que decorre do pilar da república fixada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.³⁰

Civilistas contemporâneos defendem a necessidade de que os paradigmas do direito civil sejam iluminados pela Constituição Federal

Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares [...] o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.³¹

Deste modo, o processo de constitucionalização do Direito Civil, que teve início a partir da Constituição Federal de 1988 e culminou com o advento do Código Civil de 2002, constitui fenômeno que trouxe a personalidade humana como epicentro axiológico em face do caráter patrimonialista das relações privadas. A autonomia da vontade nas relações privadas não deixou de preponderar, todavia os valores constitucionais passaram a limitar aquelas relações antes exclusivamente patrimoniais, o que ampliou o debate entorno dos direitos da personalidade que decorrem da Carta Magna e que encontram respaldo no fundamento da República Brasileira, estabelecendo os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais que se encontram na esfera do direito privado com a finalidade de tutelar a dignidade da pessoa humana.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO MECANISMOS DE TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

28 Ibidem, p. 161.

29 Ibidem, p. 156.

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de jul. 2019.

31 SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 53.

Alçado a fundamento constitucional consubstanciado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana quando aplicada à esfera privada relaciona-se à tutela dos direitos da personalidade, protegendo, pois, a intangibilidade de valores individuais básicos consolidados no desenvolvimento da sociedade.

Neste sentido, conforme apontado anteriormente, nas esferas do Direito Internacional há os denominados Direitos Humanos, no Direito Constitucional, os Direitos Fundamentais e na esfera do Direito Civil, Direitos da Personalidade, apesar da titulação diversa, todos eles possuem o mesmo objetivo, tutelar de maneira ampla a dignidade da pessoa humana, a proteção integral aos direitos que lhe são inerentes, ou seja, “um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.”³²

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³³

O cerne do Código Civil de 1916 estava constituído essencialmente sob três pilares, a família, a propriedade e o contrato. Com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu o fenômeno de repersonalização do direito, de modo que o ser humano passou a ocupar papel central no ordenamento jurídico, neste sentido surge a possibilidade de anulação de um contrato que ferir a sua função social, pois se um contrato não serve a ambas as partes, mas apenas a uma delas, não cumpre sua função social.³⁴

Os três pilares fundamentais, cujos vértices assentam a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.³⁵

Este processo de repersonalização do direito determina que os institutos jurídicos devam ser aplicados com a máxima finalidade de fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana, atendendo o disposto na Constituição Federal e respeitando assim as características peculiares da personalidade frente ao contexto da sociedade.³⁶

A eficácia irradiante enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo aplicador do direito com

32 TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**: temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62.

34 SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 428.

35 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12-13.

36 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.³⁷

Entretanto se faz necessário analisar criticamente a aplicabilidade do conceito de dignidade humana a fim de evitar a desconstrução de um conceito que se constitui enquanto alicerce da república, sendo assim o jurista Anderson Schreiber defende a compreensão dos diversos aspectos da dignidade humana e suas múltiplas manifestações, inclusive os direitos da personalidade, em detrimento da simplificação do conceito no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, sob pena da banalização de sua utilização causar seu esvaziamento.

[...] como a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado [...] seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea. Daí a importância crucial de se compreender o que é a dignidade humana, esmiuçando seu conceito e desbravando seus múltiplos aspectos.³⁸

Neste contexto a banalização do princípio da dignidade da pessoa humana, seu uso indiscriminado e sem a mínima fixação em preceitos evidentes, fez com que o princípio torne-se um verdadeiro “coringa jurídico” ou “carta na manga” para justificar qualquer fundamentação, esvaziando o caráter normativo do princípio e o transformando em mera retórica.

Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta.³⁹

Todavia, apesar da penosa missão de distinguir a aplicabilidade do conceito de maneira efetiva de sua mera banalização tem-se a compreensão de que a dignidade da pessoa humana se constitui como “uma qualidade tida como inerente à pessoa humana”, “valor próprio que identifica o ser humano enquanto tal”⁴⁰, inclusive aquele em que “todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa.”⁴¹

No contexto da tutela da dignidade humana, valor supremo do ordenamento pátrio contemporâneo, destaca-se o papel fundamental dos Direitos da Personalidade que visam tutelar a dignidade humana nas relações privadas. O rol dos Direitos da Personalidade contido no Código Civil brasileiro prevê os seguintes direitos: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade. Tal rol é apenas exemplificativo, o que torna possível a tutela a outros direitos da personalidade não previstos no Código Civil, mas que se relacionam à esfera

37 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 124.

38 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

39 VILLELA, João Baptista. **Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana**. Superior Tribunal de Justiça: Doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 562

40 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 39-39.

41 CUPIS, Adriano de. **I diritti dela personalitá**. Milão: Giuffré, 1950, p.18-19.

íntima dos indivíduos quando inseridos em uma relação privada. A peculiaridade de tais direitos concede a eles características importantes que constituem questão de ordem pública e sobre as quais não é possível as partes transigirem.

O artigo. 11 do referido Código prevê que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”⁴²

Neste sentido, a intransmissibilidade, determina que os direitos da personalidade não podem ser transferidos a terceiros, uma vez que possuem natureza personalíssima, pois o direito à imagem, à honra e à privacidade e todos os demais direitos positivados no Código Civil e outros decorrentes da Constituição Federal a partir da dignidade da pessoa humana são exclusivamente de seu titular.⁴³

Como manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a propriedade e com os direitos de crédito, que podem ser livremente alienados e que se transmitem aos herdeiros do falecido, os direitos à imagem, à honra, à privacidade e todos os demais direitos da personalidade são exclusivos do seu titular. Nasceram e morrem com aquela pessoa, não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança.⁴⁴

Entretanto, o artigo 12 do Código Civil brasileiro em seu parágrafo único traz a legitimidade para que a família possa titular ação contra violação dos direitos da personalidade do *de cuius* com a finalidade de promover a máxima proteção aos atributos essenciais à condição humana e sobre tudo com a intencionalidade de proteger a personalidade em sentido objetivo e a repercussão que sua violação deflagraria no contexto social. Sendo assim, apesar de serem intransmissíveis, os direitos da personalidade devem ser tutelados para além da *post mortem* e para tal o legislador estabeleceu mecanismos para a consolidação efetiva dos direitos da personalidade.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Outro aspecto fundamental dos direitos da personalidade positivados constitui em sua irrenunciabilidade, ou seja, na impossibilidade de renunciar a estes direitos ainda que sua violação diga respeito tão somente ao indivíduo e seus impactos incidam exclusivamente sobre este. Esta característica tem a finalidade de garantir a tutela integral da dignidade humana pois “a experiência histórica demonstra que, deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar aos seus direitos mais essenciais, “concordando”, por força da necessidade, com situações intoleráveis.”⁴⁵

42 BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acessado em: 22 de mai. de 2019.

43 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

44 Ibidem.

45 Ibidem, p. 26.

Entretanto, os direitos da personalidade não são absolutos, podem ser relativizados atendendo determinados critérios no caso concreto, pois a autolimitação do exercício dos direitos da personalidade são possíveis tão somente quando atenderem exclusivamente aos interesses de seu titular, devendo ainda ser uma renúncia temporária e nunca definitiva e com a finalidade de ampliar a compreensão de dignidade humana e cumprir o propósito de realização dos direitos da personalidade do seu titular.

Diante de todo o exposto, denota-se que o fato do rol dos direitos da personalidade previstos no Código Civil ser exemplificativo expõe clara possibilidade da ampliação de tais direitos, que devem ser construídos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da sua matéria-prima evidenciada na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, o fundamento da República, dignidade da pessoa humana, não esgotando desta forma os direitos da personalidade aos cinco direitos previstos. Tal possibilidade de ampliação denota a incidência do movimento de constitucionalismo do direito civil e leva à percepção de que a mitigação das esferas público e privada é uma realidade em se tratando dos direitos da personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise crítica ao direito desenvolvida no presente artigo visa o desenvolvimento da reflexão em torno da necessária mitigação entre o direito público e o direito privado para a consolidação dos direitos da personalidade à medida que o Estado (direito público) deve intervir nas relações particulares (direito privado) a fim de tutelar a dignidade da pessoa humana ainda que contrariamente à deliberação do indivíduo, pois tanto o direito privado quanto o direito público devem se unir em torno da esfera constitucional.

Deste modo, o processo de constitucionalização do Direito Civil, que se iniciou a partir da Constituição Federal de 1988 e culminou na promulgação do Código Civil de 2002, fenômeno este que trouxe a personalidade humana como epicentro axiológico em face do caráter patrimonialista da antiga codificação, positivou e ampliou o debate entorno dos direitos da personalidade humana, estabelecendo os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais que se encontram na esfera do direito privado com a finalidade de tutelar a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o Código Civil de 2002 nos artigos de 11 a 21 trouxe redação especial para tratar a respeito dos direitos da personalidade, elencando um rol de cinco direitos positivados, quais sejam o direito ao corpo, à honra, à imagem, à privacidade e ao nome, entretanto se faz necessário compreender que o rol se constitui apenas como exemplificativo, não esgotando desta forma os direitos da personalidade que devem ser construídos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da sua matéria-prima evidenciada na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, o fundamento da

república, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2003. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.
- BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 22 mai. 2019.
- CARVALHO, Eusébio. Direito à Propriedade. Do Discurso à Realidade. **Revista Juris**: Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n.º. 24, jul/ago: 2003.
- CUPIS, Adriano de. **I diritti dela personalitá**, Milão: Giuffré, 1950.
- DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro. Saraiva, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.
- LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade II. *In.*: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 28. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. **Direitos da personalidade**: aspectos gerais. *In.*: CHAVES, Antônio (coord). Estudos do Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 1979.
- MARQUES, Floriano de Azevedo Marques Neto. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NERY, Rosa Maria de Andrade, **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado**. Brasília-DF: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Parte Geral - Coleção Curso de Direito Civil**. São Paulo:

Atlas, 2015, v. 1

PAULO, V. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 124.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2019

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro: temas de Direito Civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIGLIAR, J. M. M. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 2007

VILLELA, João Baptista. **Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana**. Superior Tribunal de Justiça: Doutrina. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009.

ZANINI, Leonardo estevam de Assis; OLIVEIRA, Edmundo Alves; SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FRANCO, Raul de Melo Jr. Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. *In: Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208-220, Jan./Abr. 2018.

O TEMA DA HERANÇA DIGITAL FRENTE AO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Marcos Rodrigo MAICHAKI¹

RESUMO

Dentre os desafios propostos ao direito pelas inovações tecnológicas da atualidade, encontra-se o tema da herança digital, que consiste no direito que teriam os sucessores de uma pessoa falecida de herdarem, além de seu patrimônio, também seus conteúdos de mídias digitais, arquivos de computador e dados armazenados em redes sociais, inclusive conversas privadas e outras formas de interação entre usuários. Nesse sentido, houve um importante precedente a nível internacional acerca do tema: em junho de 2018, o Tribunal Federal Alemão de Karlsruhe deferiu aos pais de uma garota falecida o pleno direito de acesso ao conteúdo de sua conta no Facebook. O tema, porém, esbarra na questão da possível violação dos direitos à intimidade e à privacidade da pessoa falecida, os quais são irrenunciáveis e intransmissíveis. Desenvolvido a partir do método de abordagem dedutivo, o presente trabalho busca investigar a possibilidade de acolhimento do instituto jurídico da herança digital no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: herança digital, intimidade, privacidade, irrenunciabilidade, intransmissibilidade

ABSTRACT

Among the challenges posed to the law by current technological innovations is the theme of digital inheritance, which consists of the right of the successors of a deceased person to inherit, in addition to their assets, their digital media content, archives of computer and data stored on social networks, including private conversations and other forms of user interaction. In that sense, there was an important international precedent on the subject: in June 2018, the German Federal Court of Karlsruhe granted the parents of a deceased girl the full right of access to the content of their Facebook account. The issue, however, runs counter to the question of possible violation of privacy rights and privacy of the deceased, which are inalienable and non-transferable. Developed from the deductive approach method, this paper seeks to investigate the possibility of hosting the legal institute of digital inheritance in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: digital inheritance, intimacy, privacy, non-renunciability, non-transferability

INTRODUÇÃO

O direito é, cada vez com maior frequência e intensidade, confrontado com situações novas, sejam estas advindas das mutações nos costumes, sejam advindas da evolução tecnológica e científica. Tanto uma como outra categoria de mudanças tem-se intensificado sobremaneira desde as últimas décadas do século XX.

A invenção do computador e a criação da internet então entre as principais inovações tecnológicas que desencadearam uma avalanche de reflexos nos mais diversos aspectos da vida,

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná(2008). Atualmente é Técnico de secretaria da Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (PR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

reflexos estes dignos de acuradas análises por parte dos mais diversos campos do conhecimento, inclusive por parte da ciência do direito.

Ressalta-se que com a internet vieram também as redes sociais, como o Facebook, o Twitter e o Instagram, que foram capazes de promover a aproximação e a interação a nível virtual entre pessoas e grupos dos mais longínquos e distintos pontos do planeta.

Dentre os novos temas suscitados pelas novidades, no campo jurídico, encontra-se o da herança digital, que representa basicamente o direito dos sucessores de uma pessoa falecida de terem acesso, por via de herança, aos seus arquivos virtuais, tais como mídias digitais, arquivos de computador, dados armazenados em bancos de dados virtuais e, ainda, conteúdos de interações e conversas em redes sociais.

O trabalho aborda, em seu primeiro capítulo, uma decisão do Tribunal Federal Alemão de Karlsruhe que, em junho de 2018, reconheceu aos pais de uma garota falecida o direito à sucessão no contrato que esta possuía com a rede social Facebook e, conseqüentemente, o pleno acesso ao conteúdo de sua conta.

No segundo capítulo são abordados os conceitos de intimidade e privacidade, sua contextualização no universo dos direitos da personalidade, assim como suas características e regime jurídico legal.

No terceiro capítulo são analisadas as implicações do tema da herança digital com os direitos à intimidade e à privacidade, especialmente quanto a seus atributos de irrenunciabilidade e intransmissibilidade, assinalando-se a divergência existente na doutrina, a fim de se atingir o objeto específico deste trabalho, qual seja, o de analisar a pertinência do instituto da herança digital com o ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho desenvolve-se por meio do método de abordagem dedutivo, de maneira que as conclusões são extraídas a partir de dados e considerações de caráter geral, e vale-se de material de pesquisa consistente, em primeiro lugar, da mencionada decisão do Tribunal Federal Alemão de Karlsruhe, assim como de textos legais, livros de doutrina jurídica, artigos científicos, dentre outros.

1. A DECISÃO DO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO

O Tribunal Federal Alemão de Karlsruhe, a mais alta corte da Justiça germânica, proferiu, em 21 de junho de 2018, uma decisão que chamou a atenção em todo o mundo, ganhando destaque nos noticiários, inclusive no Brasil. Tratou-se do julgamento de um recurso submetido à corte nos autos n. 183/2017. Os autores da ação eram os pais de uma garota falecida no ano de 2012 e a reclamada era a rede social Facebook. O pedido era para que a rede social fosse judicialmente

compelida a promover, em favor dos autores, o pleno acesso destes à conta na rede social da filha falecida.

Alegavam os autores que a filha de 15 anos, identificada no processo pelas iniciais L.W., havia falecido em condições pouco claras, em um aparente acidente de trem, mas que poderia tratar-se de um caso de suicídio. O interesse no acesso integral a sua conta no Facebook poderia, assim, trazer algum elemento capaz de lançar alguma luz sobre o caso, ou mesmo o seu esclarecimento completo, pois em algum momento a garota poderia ter comunicado a intenção de tirar a própria vida a algum amigo da rede.

Conforme se esclarece na própria página do Facebook (2018, *online*), após a morte de um usuário sua página na rede é transformada em “memorial”, ao qual tem acesso o contato herdeiro, que deve ser selecionado em vida pelo proprietário da conta. No entanto, as ações desse contato herdeiro são limitadas às seguintes: fixar uma publicação no perfil da pessoa, responder às novas solicitações de amizade e alterar a imagem de perfil e a foto de capa. E, caso o proprietário da conta não tenha elegido nenhum herdeiro, a conta não será administrada por ninguém após a sua transformação em memorial.

Tendo o tribunal distrital julgado procedente a demanda dos autores, o reclamado (Facebook) recorreu à segunda instância (*Kammergericht*) e teve seus pedidos rejeitados. Ainda inconformado, o reclamado recorreu ao Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que, por sua vez, também denegou seus pleitos na mencionada decisão do dia 21 de junho de 2018.

Dias após proferida a decisão pelo Tribunal de Karlsruhe, foi publicado no site da corte um comunicado contendo o resumo da decisão e de seus fundamentos (ALEMANHA, 2018, *online*). Analisam-se, a seguir, alguns trechos desse comunicado.

Os legatários tem uma reclamação contra o requerido, de negar o acesso à conta de usuário da testadora e ao conteúdo de comunicação da mesma. Isto resultaria do contrato de uso entre a filha dos requerentes e o reclamado, o qual impediria a sucessão de todos os direitos em causa de morte segundo § 1922 Art. 1 BGB² aos herdeiros. A possibilidade de herdar tais direitos não vem excluída pelas determinações contratuais. As condições de uso não apresentam sobre tal questão nenhuma regra. As cláusulas sobre o status de memorial não estão incluídas de forma efetiva no contrato. Elas não resistem, além disso, a um controle do conteúdo segundo § 307 Art. 1 e 2 BGB e seriam, por isso, inválidas.

Da essência do contrato também não resulta uma impossibilidade de herança do vínculo contratual; este não é de natureza estritamente pessoal. O caráter estritamente pessoal não resulta das razões tacitamente assumidas e, portanto, imanentes da proteção dos direitos pessoais do parceiro de comunicação da testadora.³ (ALEMANHA, 2018, *online*, tradução

2 Sigla que designa o Código Civil Alemão.

3 Die Erben haben gegen die Beklagte einen Anspruch, ihnen den Zugang zum Benutzerkonto der Erblasserin und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten zu gewähren. Dies ergibt sich aus dem Nutzungsvertrag zwischen der Tochter der Klägerin und der Beklagten, der im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben übergegangen ist. Dessen Vererblichkeit ist nicht durch die vertraglichen Bestimmungen ausgeschlossen. Die Nutzungsbedingungen enthalten hierzu keine Regelung. Die Klauseln zum Gedenkzustand sind bereits nicht wirksam in den Vertrag einbezogen. Sie hielten überdies einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB nicht stand und wären daher unwirksam. Auch aus dem Wesen des Vertrags ergibt sich eine

livre).

Logo nesse primeiro trecho citado, se observa que o tribunal admite a transmissão do vínculo contratual estabelecido entre a falecida (testadora) e seus herdeiros. Segundo a decisão, o vínculo contratual entre a filha dos autores da ação e o Facebook não possuía caráter estritamente pessoal e por essa razão era passível de transmissão aos herdeiros. Menciona-se ainda que a impossibilidade de transmissão dos direitos contratuais não se afigurava clara no contrato e que mesmo a possibilidade de transformação da página da usuária em memorial não estavam efetivamente presentes no contrato e, além do mais, tais cláusulas seriam inválidas perante as normas do Código Civil Alemão.

Na sequência, a fundamentação é aprofundada, desta vez levando em consideração o suposto caráter de confidencialidade das conversas travadas em rede social:

É verdade que a assinatura de um contrato de uso com o operador de uma rede social possa ser feita na esperança de que as mensagens entre os participantes da rede fundamentalmente permanecerão de qualquer maneira confidenciais e não serão passadas a terceiros pelo requerido. Contudo, a obrigação contratual do requerido de transmissão e disponibilização de mensagens e outros conteúdos está previamente relacionada à conta. Sua obrigação é, no que se refere ao conteúdo, de transmiti-los não a uma pessoa específica, mas à referida conta do usuário. O remetente de uma mensagem pode, portanto, até confiar que o requerido a disponibilizará apenas para a conta de usuário escolhida por ele, mas não existe nenhuma garantia de que apenas o titular da conta e não terceiros tomarão conhecimento do conteúdo da conta. Em vida deve-se contar com uma possibilidade de abuso do acesso por terceiros ou com a disponibilização do acesso por parte do titular da conta e, no caso de sua morte, com a transmissão na forma de herança a outrem do vínculo contratual.⁴ (ALEMANHA, 2018, *online*, tradução livre)

Nesse ponto da decisão se esclarece que o dever contratual do requerido, no caso a rede social Facebook, consistia em transmitir as mensagens da conta da usuária às contas dos destinatários por ela selecionados e não aos destinatários em si. Portanto, somente nesse íterim da transmissão, ou seja, da conta de um usuário para outro é que se impõe o dever da rede social de zelar pela confidencialidade dessas mensagens.

Afinal, nada impede, consoante se afirma na decisão, que os próprios usuários divulguem o conteúdo dessas mensagens a terceiros por livre vontade. E mais, nada impede também que essas

Unvererblichkeit des Vertragsverhältnisses nicht; insbesondere ist dieser nicht höchstpersönlicher Natur. Der höchstpersönliche Charakter folgt nicht aus im Nutzungsvertrag stillschweigend vorausgesetzten und damit immanenten Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Kommunikationspartner der Erblasserin.

4 Zwar mag der Abschluss eines Nutzungsvertrags mit dem Betreiber eines sozialen Netzwerks in der Erwartung erfolgen, dass die Nachrichten zwischen den Teilnehmern des Netzwerks jedenfalls grundsätzlich vertraulich bleiben und nicht durch die Beklagte dritten Personen gegenüber offengelegt werden. Die vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Übermittlung und Bereitstellung von Nachrichten und sonstigen Inhalten ist jedoch von vornherein kontobezogen. Sie hat nicht zum Inhalt, diese an eine bestimmte Person zu übermitteln, sondern an das angegebene Benutzerkonto. Der Absender einer Nachricht kann dementsprechend zwar darauf vertrauen, dass die Beklagte sie nur für das von ihm ausgewählte Benutzerkonto zur Verfügung stellt. Es besteht aber kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass nur der Kontoinhaber und nicht Dritte von dem Kontoinhalt Kenntnis erlangen. Zu Lebzeiten muss mit einem Missbrauch des Zugangs durch Dritte oder mit der Zugangsgewährung seitens des Kontoberechtigten gerechnet werden und bei dessen Tod mit der Vererbung des Vertragsverhältnisses.

conversas sejam transmitidas a outras pessoas por transmissão do vínculo contratual, via de herança. De tudo isso, se depreende o reconhecimento de uma certa relatividade do caráter confidencial das conversas travadas pelos usuários em redes sociais.

Sobre esse ponto específico, referente à herança, a decisão ainda esclarece que não existe qualquer limite de confidencialidade em favor de conteúdos de caráter altamente privativo que o usuário possa ter deixado, de maneira que a transmissão do vínculo contratual é ampla e autoriza o acesso dos herdeiros a absolutamente tudo o que a pessoa falecida tenha registrado em sua rede social. Nesse sentido:

Uma diferenciação do acesso à conta de acordo com ativos e conteúdos altamente pessoais é aqui excluída. Segundo a valoração legislativa passam também posições de direito com conteúdos altamente pessoais aos herdeiros. Assim são herdados documentos análogos como diários e cartas pessoais, como se deduz do § 2047 Art. 2 e § 2373 item 2 BGB. Não há do ponto de vista do direito de herança nenhuma razão para tratar conteúdos digitais de forma diferente.⁵ (ALEMANHA, 2018, *online*, tradução livre).

O trecho acima citado traz ainda um paralelo interessante. Ao mencionar que o Código Civil Alemão autoriza a transmissão de conteúdos escritos em meios materiais, como cartas e diários pessoais, por que não autorizaria também a transmissão de conteúdos equivalentes, porém consubstanciado em meios virtuais.

Ao fim do comunicado, encontram-se outras considerações resultantes do confronto da situação com outros pontos da legislação alemã. Assim, a decisão afirma que a transmissão dos dados não encontra qualquer óbice também diante do sistema de proteção de dados estabelecido pela Lei de Telecomunicações Alemã: “Também o sigilo de telecomunicação não é contrário à reivindicação da requerente. O herdeiro não é “outro”, conforme a concepção do § 88, art. 3 da TKG⁶, uma vez que ele entra plenamente na posição do testador”⁷ (ALEMANHA, 2018, *online*).

Por fim, reconheceu-se que o assim chamado Regulamento Geral de Proteção de Dados alemão (*Datenschutz-Grundverordnung [DS-GVO]*) protege apenas dados de pessoas vivas, não incidindo sobre os direitos dos herdeiros sobre dados da pessoa falecida:

Finalmente a reivindicação do demandante também não colide com o direito de proteção de dados pessoais. A corte deve aplicar aqui o Regulamento Geral de Proteção de Dados em vigor desde 25 de maio de 2018 (*Datenschutz-Grundverordnung [DS-GVO]*). Este não se opõe ao acesso dos herdeiros. Interesses da transmitente ligados ao direito de proteção de dados pessoais (*Datenschutzrecht*) não são afetados, uma vez que o Regulamento protege apenas pessoas vivas.⁸ (ALEMANHA, 2018, *online*, tradução livre)

5 Eine Differenzierung des Kontozugangs nach vermögenswerten und höchstpersönlichen Inhalten scheidet aus. Nach der gesetzgeberischen Wertung gehen auch Rechtspositionen mit höchstpersönlichen Inhalten auf die Erben über. So werden analoge Dokumente wie Tagebücher und persönliche Briefe vererbt, wie aus § 2047 Abs. 2 und § 2373 Satz 2 BGB zu schließen ist. Es besteht aus erbrechtlicher Sicht kein Grund dafür, digitale Inhalte anders zu behandeln.

6 Lei de Telecomunicações alemã.

7 Auch das Fernmeldegeheimnis steht dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Der Erbe ist, da er vollständig in die Position des Erblassers einrückt, jedenfalls nicht "anderer" im Sinne von § 88 Abs. 3 TKG.

8 Schließlich kollidiert der Anspruch der Klägerin auch nicht mit dem Datenschutzrecht. Der Senat hat hierzu die seit

Os trechos selecionados e acima transcritos revelam a amplitude de argumentos em que se baseou a decisão do caso mencionado. No entanto, verifica-se que a sua *ratio decidendi*, ou fator determinante, encontra-se no reconhecimento da transmissibilidade do vínculo contratual entre usuário e rede social, aos sucessores, trazendo a consequência desejada pelos autores, qual seja, o pleno acesso aos dados e conversas constantes na conta da falecida junto à rede social.

Outra importante consequência da decisão, foi que ela reconheceu aquilo que convencionou-se chamar herança digital, ou seja, o direito de sucessão dos herdeiros, não somente em relação ao patrimônio do *de cuius*, como também aos arquivos de mídias digitais e registros deixados em redes sociais.

Dentre os pontos enfrentados, no entanto, esteve aquele relacionado à possível violação da privacidade da pessoa falecida, por meio da divulgação de suas conversas aos herdeiros. Seria possível que a garota desejasse que certas conversas nunca chegassem ao conhecimento de seus pais, que as considerasse de caráter altamente pessoal, e que esperasse que estes nunca tivessem conhecimento dessas conversas.

Sabe-se que os direitos à intimidade e à privacidade se constituem de direitos da personalidade e, como tais, são dotados do caráter da intransmissibilidade. Nos próximos capítulos, será feita uma abordagem mais acurada da questão à luz de tais conceitos.

2. OS DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

Os direitos à intimidade e à privacidade são espécies do gênero dos direitos da personalidade. “Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade” (BITTAR, 2015, p. 29). Dada a complexidade humana, infere-se que no âmbito dos direitos da personalidade encontram-se tutelados uma imensa gama de interesses jurídicos “para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos” (BITTAR, 2015, p. 29).

Esses direitos são dotados de certos caracteres, ou atributos, como os da irrenunciabilidade e intransmissibilidade, a teor do que estabelece, por exemplo, em nosso ordenamento jurídico, o artigo 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002, *online*).

25. Mai 2018 geltende Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) anzuwenden. Diese steht dem Zugang der Erben nicht entgegen. Datenschutzrechtliche Belange der Erblasserin sind nicht betroffen, da die Verordnung nur lebende Personen schützt.

Os direitos da personalidade, de acordo com a classificação adotada por Carlos Alberto Bittar (2015, p. 115), se dividem em três classes, de acordo com o tipo de bem da personalidade tutelado, a saber: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos e; c) direitos morais. Dentro dessa classificação, os direitos à intimidade e à privacidade enquadram-se como direitos psíquicos da personalidade, pois o bem jurídico tutelado no caso desses direitos diz respeito à integridade psíquica da pessoa.

Tais direitos decorrem da própria natureza da psique humana, na qual são gestados os pensamentos, os planos, os sonhos; na qual estão gravadas as convicções, assim como os sentimentos e as opiniões, enfim, onde são gestados cada ato e cada passo de sua existência racional e volitiva. Cada psique humana constitui-se de um universo à parte, com sua inerente e peculiar complexidade.

Cada pessoa demanda, dessa maneira, por seu espaço psíquico próprio ao qual somente ela tem acesso. Ali são guardados os seus segredos e grande parte de sua visão do mundo e das coisas. Esses direitos visam, portanto, ao resguardo desse ambiente próprio, desse espaço particular, contra abusos e injunções de terceiros, inclusive do próprio Estado.

A doutrina dos direitos da personalidade, entretanto, costuma assinalar a diferença de significado existente entre os vocábulos intimidade e privacidade. Embora semelhantes, seus conceitos não são idênticos, havendo uma sutil diferença entre ambos, conforme se depreende do texto a seguir:

Os atos humanos são preparados ou elaborados na intimidade e, uma vez elaborados, permanecem no interior ou aparecem externamente, segundo forem atos internos ou externos. A preparação do ato humano e aqueles atos humanos que permanecem dentro de nós, sendo apenas internos, pertencem à intimidade. Alguns atos externos, aqueles que a própria natureza reserva ou a pessoa quer reservar e pode reservar para si, por não prejudicarem terceiros, pertencem à privacidade. (ALONSO, 2005, p. 18)

Portanto, íntimos são os atos internos, aqueles que não possuem manifestação exterior, ao passo que a privacidade compreende os atos que adquirem manifestação exterior, mas que pela sua natureza ou pela vontade de seu titular, devem permanecer fora do alcance de terceiros.

Ademais, frisa-se que somente os atos lícitos são merecedores da tutela jurídica devida aos direitos à intimidade e à privacidade (ALONSO, 2005, p. 18). No contexto dessa colocação, o caso a seguir ajuda a perceber a diferença entre ato íntimo e privado: a preparação de um homicídio, enquanto apenas concebida na mente do agente, é um ato íntimo, ou seja, é um ato interno que não possui qualquer expressão externa à mente do sujeito. Entretanto, uma vez colocado em prática o plano de ação e consumado o delito, não há que se falar que tais atos são privados, pois constituem um crime, não obstante o desejo criminoso de que fossem privados, eis porque tenta ocultá-los (ALONSO, 2005, p. 18).

A doutrina costuma utilizar a chamada teoria do círculo para ilustrar a diferença entre intimidade, privacidade e segredo. Dessa maneira, os atos privados constituem a borda mais externa do círculo (atos externos), ao passo que os atos íntimos estão localizados em uma zona mais recuada da borda do círculo (atos internos), enquanto que o miolo do círculo é composto de atos tão íntimos que chegam a se consubstanciar em segredo. Acerca dessa distinção e da tutela jurídica conferida a cada uma dessas esferas de atos, tem-se a seguinte lição:

Privacidade é círculo de maior raio no qual deitam existência a *intimidade* e, em círculo menor e mais concêntrico, o *segredo*. Diversidade técnico-protetiva entre esses variados graus de *riservatezza* não há. A Constituição Federal deferiu a mesma tutela à intimidade e à vida privada (art. 5º, X), de sorte a atribuir integral proteção à qualquer forma de reserva pessoal. De maneira que não há valia na distinção vocabular entre *intimidade* e *vida privada*, sequencialmente alinhados em obséquio à técnica legislativa de todo louvável à vista de variantes doutrinárias (insuficientes para minorar a tutela de um ou outro), motivo por que o texto se socorreu de ambos substantivos para afiançar o valor que endereçou a qualquer aspecto recôndito da pessoa. (JABUR, 2005, p. 90)

O ordenamento jurídico, portanto, assegura o mesmo grau de proteção à intimidade, à privacidade e ao segredo, muito embora se deva admitir que o direito à privacidade encontra um número muito maior de expressões nos textos legais. Isso porque, por dizer respeito aos atos que se tornam exteriores e por estes possuírem expressão na vida social, acabam conseqüentemente possuindo maior expressão no universo jurídico.

Por fim, acerca da proteção jurídica aos direitos à intimidade e à privacidade, a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy (2005, p. 126):

[...] na base do direito à intimidade e à vida privada há um conteúdo principiológico comum, que está na preservação fundamentalmente de um direito de liberdade. Ou seja, [...] não há como procurar um conceito ou um conteúdo para a intimidade e a vida privada sem recorrer à ideia de uma liberdade de não-intromissão e de autonomia, concernentes a aspectos da vida pessoal do indivíduo. Garante-se, pois, com a determinação da inviolabilidade de certos dados da vida da pessoa, sua liberdade de auto-determinação, de tomada de posições ou decisões, sem o que se lhe tolhe a dignidade que está no centro e é o fim de todo o ordenamento.

No texto acima transcrito, evidencia-se a ligação entre proteção à intimidade e à privacidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se funda todo o direito. Conforme assinalado pelo autor, a tutela jurídica da intimidade e da privacidade nada mais é que a tutela da autonomia da pessoa, de sua liberdade de autodeterminação, de tomar decisões. A autonomia da pessoa constitui elemento central de sua dignidade, de forma que a sua proteção, por meio da tutela jurídica da intimidade e da privacidade, possui capital importância.

Feitas essas importantes considerações de caráter doutrinário, passa-se a uma breve análise do direito positivo e do regime constitucional dos direitos à intimidade e à privacidade.

Conforme afirmado anteriormente, os direitos à intimidade e à privacidade constituem-se de direitos da personalidade e estes contemplam uma ampla gama de dispositivos de nossa

Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), especialmente no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, e aparecem nos incisos V (direito de resposta), VI (liberdade religiosa), IX (liberdade de expressão), X (proteção da intimidade, da honra e da imagem), XI (inviolabilidade de domicílio) e XII (inviolabilidade de correspondência). Há ainda outras expressões de direitos da personalidade espalhados no texto constitucional nacional, tais como o dispositivo que impede a comercialização de órgãos e de sangue (artigo 199, § 4º).

Para os fins do presente trabalho, cumpre destacar a disposição do inciso XII, a seguir transcrito: “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 1988, *online*).

Com efeito, a inviolabilidade de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (aí incluídas por analogia também as comunicações por e-mail e redes sociais), integra a tutela jurídica do direito à privacidade, conforme lição de Carlos Alberto Bittar (2015, p. 173-174):

No campo do direito à intimidade são protegidos, dentre outros, os seguintes bens: confidências, informes de ordem pessoal (dados pessoais); recordações pessoais; memórias, diários; relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa ou conjugal; saúde (física e mental); afeições; entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno circuito de amizade) e, portanto, afastados da curiosidade pública.

Tendo em vista que o presente trabalho parte da análise de um precedente da jurisprudência alemã, se apresenta o dispositivo correspondente à questão da inviolabilidade de comunicação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), que reza em seu artigo 10: “(1) O sigilo da correspondência, assim como das comunicações postais e da telecomunicação é inviolável” (ALEMANHA, 1949, *online*). E prossegue, disciplinando as hipóteses em que se excepciona a inviolabilidade do direito:

(2) Limitações só podem ser ordenadas em virtude de lei. Se a limitação tiver por finalidade proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e de um Estado federado, a lei pode determinar que a limitação não seja levada ao conhecimento do indivíduo atingido e que, em vez de se seguir a via judiciária, o controle seja efetuado por órgãos principais e auxiliares, nomeados pelos representantes do povo. (ALEMANHA, 1949, *online*)

Da comparação entre as duas disposições, a nacional e a germânica, depreende-se claramente que a brasileira é mais restritiva quanto às hipóteses de exceções, permitindo a violação do sigilo unicamente “para fins de investigação criminal e instrução do processo penal”, ao passo que a constituição alemã traz disposição mais aberta, ao admitir limitações à garantia constitucional para “proteger a ordem fundamental livre e democrática ou a existência e segurança da Federação e

de um Estado federado”, expressões estas que podem abranger um número bastante amplo de situações.

No que diz respeito à Constituição Brasileira, cumpre ainda observar que tais direitos integram o rol de cláusulas imodificáveis, nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV (BRASIL, 1988, *online*). Constituem-se de garantias de que o cidadão está munido contra abusos de terceiros ou mesmo do arbítrio dos governantes.

Feitas essas considerações acerca dos conceitos de intimidade, privacidade e segredo, assim como de suas características e alcance e seu regime jurídico constitucional, passa-se à análise do problema da herança digital frente à natureza desses direitos, especialmente os seus caracteres de intransmissibilidade e irrenunciabilidade.

3. HERANÇA DIGITAL E PRIVACIDADE

Os avanços tecnológicos, especialmente os do campo informático, conforme já assinalado na introdução, criam diuturnamente novos desafios ao Direito. Se, por um lado as intensas mutações sociais desencadeadas a partir das últimas décadas, especialmente após o movimento de 68, cujos desdobramentos ainda experimentamos, exigem do universo jurídico respostas adequadas a situações totalmente novas, os avanços tecnológicos, por sua vez, acompanham esses mesmos fenômenos e, muitas vezes, catalisam a sua evolução.

Nesse contexto, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 178) chama a atenção para essa situação e alerta para a ameaça que se afigura contra os direitos à intimidade e à privacidade:

Mas esse direito tem sofrido estreitamento contínuo em razão da noticiada ampliação do espectro da vida social moderna, em que distâncias tem que ser percorridas entre os locais de residência e de trabalho, de negócios e de lazer, inclusive pelo uso de meios de transporte coletivo.

De outra parte, vem a tecnologia, com a inserção de mecanismos cada vez mais sofisticados de fixação e de difusão de sons, escritos e imagens – inclusive via satélite – contribuindo para um estreitamento crescente do círculo privado, na medida em que possibilita, até a longa distância, a penetração na intimidade da pessoa e do lar (teleobjetivas; gravações magnetofônicas; computadores; aparatos a *laser*; dispositivos miniaturizados de fotografia e de gravação, entre outros).

O impacto de toda essa conjuntura no universo jurídico se insere, certamente, naquilo que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2001) denominou de *modernidade líquida*. Vive-se atualmente numa *sociedade líquida*, num *tempo líquido* e, finalmente, numa *modernidade líquida*. Passamos de uma *modernidade sólida*, onde tudo é estável, regular e repetitivo, para uma *modernidade líquida*, onde tudo é instável, irregular e fluido (MONTEALEGRE ITURRA, 2012, *online*).

Desse modo, até mesmo certos conceitos jurídicos, anteriormente os mais sólidos e

estáveis, vem sofrendo modificação. Quanto ao direito à privacidade, outro importante *front* que tem pressionado pelo seu estreitamento é o da segurança pública, conforme bem ilustrado por BITTAR (2016, p. 178-179) na seguinte passagem:

A complexidade da vida social e a escalada da violência, em especial nos grandes centros urbanos, têm imposto uma ação mais rigorosa por parte do Poder Público, principalmente quanto ao combate a drogas e assaltos. Desenvolvem-se, mesmo à luz do dia, cenas de inusitada agressividade, em ação policial intensa, em que as informações têm sido obtidas mediante a captação de dados por métodos sofisticados, como a interceptação telefônica (em postos ou em mesas captadoras); as gravações em vídeo e em fitas sonoras; o exame de lixo, além do uso clássico de policiais na investigação e o recurso a detetives particulares (estes, inclusive, com ampliação de seu campo de ação). Formam-se, com frequência, agências especializadas em segurança e em investigações, com profissionais aptos a penetrar na órbita privada a serviço de seus clientes, numa invasividade na qual nem mesmo o Poder Público tem-se juntado.

A herança digital, conforme já apontado, também pode ser considerada um fator de estreitamento do direito à privacidade e, embora não se tenha, no Judiciário brasileiro, um precedente a respeito do assunto, de porte semelhante ao da decisão alemã analisada no primeiro capítulo, o assunto já foi objeto de projetos legislativos, com vistas a permitir a transmissão a herdeiros dos direitos dos usuários falecidos sobre as redes sociais. Trata-se do Projeto de Lei n. 4.847/2012 (BRASIL, 2012, *online*), o qual foi apensado ao Projeto de Lei n. 4.099/2012 (BRASIL, 2012, *online*). Há ainda o Projeto de Lei n. 1.331/2015 (BRASIL, 2015, *online*), que propõe a alteração da Lei do Marco Civil da Internet, com vistas a conceder aos herdeiros a legitimidade para promover a exclusão dos dados do herdeiro falecido.

A isso se soma que o atual quadro da hermenêutica constitucional é profundamente marcado pela doutrina do *neoconstitucionalismo*, a qual visa dar efetividade concreta aos direitos fundamentais e princípios insculpidos no texto da Constituição sem, no entanto, considerar como absoluto qualquer um deles.

Mais que isso: de acordo com essa perspectiva, os direitos fundamentais equivalem a princípios, ou melhor, são “comandos *prima facie*, pois, a exemplo dos princípios, somente no caso concreto será possível dimensionar as suas *possibilidades jurídicas e fáticas*” (CAMBI, 2016, p. 122). E ainda quando externam normas precisas, com clara descrição do tipo de conduta que abarcam, podem ser considerados como princípios, de forma que “mesmo os direitos fundamentais mencionados poderiam se sujeitar postulado (sic) da proporcionalidade. Somente a interpretação literal do conteúdo textual do art. 5º, XXXVI, LVI e LXVII, permitiria considerar tais direitos fundamentais como regras” (CAMBI, 2016, p. 123).

Dessa maneira, de modo que não possuem caráter absoluto, quando dois direitos fundamentais concorrem para a solução de um determinado caso concreto, deve o julgador buscar a sua harmonização e integração, por meio de um raciocínio de ponderação ou balanceamento

(*balancing*), evitando assim a exclusão completa de qualquer um deles, ainda que um deles prevaleça, porém, deve-se apontar em que medida deve prevalecer sobre o outro (CAMBI, 2016, p. 351).

Dessa maneira, também o direito à inviolabilidade de dados (art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal) pode ser considerado como princípio, não sendo dotado de caráter absoluto, comportando exceções outras que as previstas no texto constitucional (investigação criminal), mediante a pressão de outro princípio que possa ser considerado mais relevante para a resolução do caso concreto.

No caso da decisão da Corte Federal alemã, não se vislumbrou, ao se permitir o acesso dos herdeiros à conta da garota falecida, qualquer violação ao seu direito fundamental à privacidade, nem de terceiros que com ela se comunicaram via rede social. Não houve nenhum raciocínio de ponderação quanto ao direito à privacidade, mas a simples exclusão de sua incidência ao caso, uma vez que se considerou não haver qualquer violação da privacidade. Pergunta-se se essa seria a posição do direito brasileiro. Para tanto, passa-se à análise de algumas posições a respeito.

Inicialmente, apresenta-se a lição de Ives Gandra da Silva Martins (2002, p. 5, *online*) a respeito do sentido dos caracteres de irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade:

O princípio conforma a lista dos direitos individuais indisponíveis e intransmissíveis, exceção feita àqueles previstos em lei, desde que, implícita ou explicitamente, autorizados pela Constituição.

Em outras palavras, a lei não pode alterar, ao bel-prazer do legislador, direitos indisponíveis ou disponíveis, mas apenas aqueles cuja disponibilidade decorra de princípio geral flexível, admitido pela lei suprema. O que for, explícita ou implicitamente, indisponível na Constituição, não poderá tornar-se disponível por força de lei.

A vedação à limitação voluntária é decorrência natural da indisponibilidade e do pleno exercício de quem os detém.

Do excerto acima citado, se extrai que os atributos de irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade no direito brasileiro só são excepcionados mediante expressa previsão legal, devidamente amparada no sistema de princípios de nosso ordenamento constitucional.

Ressaltando a importância desses atributos, assim discorre Gilberto Haddad Jabur (2005, p. 89), acrescentando ainda que tais direitos são inestimáveis, ou seja, são extrapatrimoniais e, portanto, não passíveis de expressão econômica:

Os direitos personalíssimos são, suficiente e sinteticamente por isso, irrecusáveis e inestimáveis. Irrecusáveis porque, originados ab ovo – daí inatos –, a renúncia é inválida, não os faz fenecer, como defesa é qualquer abdicação traslativa. A Lei Privada registra a irrenunciabilidade, ladeada da intransmissibilidade (CC, art. 11, caput), duas entre diversas manifestações características dos direitos personalíssimos. Inestimáveis, porquanto neles não se encontra ou deles não deflui equípolência patrimonial nenhuma, por isso a extrapatrimonialidade que também os marca e distingue.

Aprofundando-se o debate ao tema da herança digital, Paula Galato de Faveri (2014, p. 84, *online*) sustenta a posição segundo a qual o instituto da herança digital pode ser admitido ao ordenamento jurídico brasileiro, mesmo à revelia de previsão legal nesse sentido:

Depreende-se, com isso, que, se por um lado os projetos de lei em foco têm a pretensão de incluir no ordenamento civil brasileiro o tema herança digital, a fim de regularem especificamente sobre essa situação, a hodierna ausência de tratamento específico sobre o legado virtual não implica na inexistência de um centro de interesses a ser tutelado juridicamente.

Sendo possível, para tanto, uma interpretação lógica e extensiva dos direitos sucessórios advindos do Código Civil de 2002, os quais estabelecem a quem se transmitirá a herança. Razão pela qual, caso não seja da vontade do usuário que os seus familiares tenham acesso aos seus dados privados virtuais, é de suma importância redigir um testamento virtual (FÁVERI, 2014, p. 82, *online*).

Em sentido contrário temos a posição de Livia Teixeira Leal (2018, p. 190, *online*), que estabelece a distinção entre situações patrimoniais e existenciais na rede. Nesse sentido, situações patrimoniais se constituem de realidades dotadas de valor econômico ou que possam encontrar alguma tradução em valores pecuniários, ao passo que as situações existenciais são aquelas não dotadas de valor econômico e que não são passíveis de obter qualquer tipo de expressão econômica. Na segunda situação é que se enquadram os direitos da personalidade, os quais, segundo a autora não podem ser objeto de transmissão via herança:

Não se pode ignorar que alguns direitos são personalíssimos, e, portanto, intransmissíveis, extinguindo-se com a morte do titular, não sendo objeto de sucessão, não integrando o acervo sucessório por ele deixado. Assim, como a herança refere-se ao acervo patrimonial do *de cuius*, as situações existenciais, ressalvadas as situações dúplices em alguns aspectos, não vão integrar o conceito de herança (LEAL, p. 191, *online*).

Como corolário desse raciocínio, sustenta a autora, de maneira taxativa, a impossibilidade da transmissão a herdeiros de dados da pessoa falecida constantes em contas de redes sociais:

Assim, não há transmissão *post mortem* dos direitos da personalidade no direito brasileiro, e sim a tutela de um centro de interesses relacionado à personalidade, considerada valor, que pode se operar até mesmo em face de uma violação perpetrada pelos familiares do *de cuius*. Vale dizer: os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do *de cuius*.

Desse modo, permitir que a privacidade da pessoa falecida seja devassada pelos familiares, por meio do acesso irrestrito às suas contas digitais e a seus dados ali contidos, não parece ser uma solução compatível com o sistema jurídico vigente. É nesse sentido que a proposta de transmissão automática das contas do usuário falecido aos herdeiros esbarra na proteção de interesses existenciais deste, que não deixam de receber tutela jurídica após a sua morte (LEAL, p. 194, *online*).

No mesmo sentido, ainda que não se referindo expressamente ao tema da herança digital, assevera Carlos Alberto Bittar (2015, p. 178):

Condenáveis, pois, são todos os mecanismos de intercâmbio – inclusive negociais – de informes pessoais, sem o consentimento do interessado e que repousem sobre dados arquivados por outrem e por exigências de cadastramento (assim, as fichas de bancos; de lojas de crédito; de entidades a que pertença o interessado etc., que somente os pode usar para seus fins próprios: abertura de contas; concessão de crédito; venda de bens).

Eis, portanto, em apertada síntese, a apresentação das questões problemáticas e os posicionamentos da doutrina em relação ao assunto. Por um lado, encontra-se o neoconstitucionalismo a assinalar que os direitos fundamentais equivalem a princípios, ou seja, conceitos de conteúdo aberto, ao mesmo tempo que nenhum deles pode ser considerado absoluto. Por outro lado, encontram-se as posições que enfatizam a impossibilidade da herança digital, sublinhando os caracteres de irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A herança digital consiste num dos muitos temas da atualidade que cobram uma resposta por parte do direito e, caso seja positiva à sua admissibilidade, esta resposta deve vir na forma de um reconhecimento legal ou jurisprudencial. Num ou noutro caso, a resposta costuma ser antecedida de um debate doutrinário que leve a uma fundamentação argumentativa capaz de dar suporte teórico ao passo a ser tomado.

No tocante à decisão do Tribunal Federal Alemão de Karlsruhe, trata-se de um precedente importantíssimo, dada a influência do direito alemão em todo o mundo. Nela reconheceu-se plenamente o direito à herança digital. Segundo referida decisão, tal forma de herança não implica em qualquer prejuízo à intimidade e à privacidade do *de cuius*. Os dados e todos os demais conteúdos de cunho virtual se transmitem assim como se transmitem diários, cartas e outros documentos em meio físico, ainda que de caráter pessoal.

Entretanto, a receptividade do novo instituto por parte de outros ordenamentos jurídicos pode não ser tão simples e a consideração do direito à intimidade e privacidade do *de cuius* pode ser levada mais em consideração do que o foi na corte alemã.

Conforme assinalado, tais direitos são dotados dos atributos de intransmissibilidade e irrenunciabilidade e, partindo-se da premissa de que os dados e conversas armazenados em redes sociais possuem caráter privado, não seriam, portanto, passíveis de ser transmitidos por herança.

Outro óbice possível de ser considerado é a perspectiva segundo a qual somente realidades dotadas de caráter patrimonial podem ser transmitidas por herança, ao passo que realidades que não possuem essa característica não são passíveis de transmissão.

Verificou-se ainda que, no caso do direito brasileiro, a renúncia e a transmissão de direitos da personalidade somente são passíveis mediante expressa autorização legal, feita em consonância com o regime constitucional desses direitos.

Dessa maneira, conclui-se que a recepção da herança digital pelo direito brasileiro pela via da construção jurisprudencial encontra óbice seja no regime constitucional e legal dos direitos da

personalidade, seja na posição predominantemente refratária da doutrina, de maneira que o caminho mais adequado de recepção se afigura o da via legislativa, com uma respectiva regulamentação legal do instituto que o harmonize com o regime jurídico nacional dos direitos à intimidade e privacidade.

Ademais, ao analisar-se a questão sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, atualmente adotado nas cortes brasileiras, não parece que os interesses em jogo estejam em suficiente grau de relevância, ou seja, que os interesses dos herdeiros possam ser considerados tão importantes quanto os direitos à intimidade e à privacidade da pessoa falecida, ao ponto de justificar uma construção jurisprudencial com vistas à admissibilidade do instituto pela via judiciária.

REFERÊNCIAS:

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

ALEMANHA. *German Civil Code*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 8 set. 2018.

ALEMANHA. *Telekommunikationsgesetz (TKG)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/TKG.pdf. Acesso em: 8 set. 2018.

ALEMANHA. Tribunal Federal. Mitteilung der Pressestelle. *Verhandlungstermin am 21. Juni 2018, 10.00 Uhr, Saal N 004 (Saalwechsel vorbehalten) – III ZR 183/17 (Zugang von Erben auf das Konto eines verstorbenen Nutzers eines sozialen Netzwerks)*. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2018-7&anz=17&pos=2&nr=80925&linked=pm&Blank=1>. Acesso em: 3 set. 2018.

ALEMANHA. Tribunal Federal. Mitteilung der Pressestelle. *Vertrag über ein Benutzerkonto bei einem sozialen Netzwerk ist vererbbar*. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2018-7&anz=17&pos=2&nr=85390&linked=pm&Blank=1>. Acesso em: 3 set. 2018.

ALONSO, Félix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge, (coordenadores). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 11-35.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 3 set. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 set. 2018.

BRASIL. *Lei n. 12.965, 23 abr. 2014*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 3 set. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015. 248 p.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. 727 p.

FACEBOOK. *Solicitação de memorial*. Disponível em:

<https://www.facebook.com/help/contact/651319028315841>. Acesso em: 3 set. 2018.

FÁVERI, Paula Galatto de. *Herança digital no Brasil: uma análise dos direitos da personalidade após a morte quanto aos arquivos deixados na internet*. 2014. 100 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma-sc, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/handle/1/3371>>. Acesso em: 08 set. 2018.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge, (coordenadores). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 119-148.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge, (coordenadores). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 85-106.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/230>. Acesso em: 8 set. 2018.

LOPES, Marcelo Frullani. *O sigilo das comunicações no marco civil da internet*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/04/07/o-sigilo-das-comunicacoes-no-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

MAICHAKI, Marcos Rodrigo. HERANÇA DIGITAL: O PRECEDENTE ALEMÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Florianópolis, v. 4, n. 2, p.136-155, 6 fev. 2019. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduação em Direito - CONPEDI.

<http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0243/2018.v4i2.5038>. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5038>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Os direitos da personalidade*. Disponível em:

[http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-](http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/04/e31ef8ba2002115_homenagem_miguel_reale.pdf)

[gandra/public/uploads/2013/02/04/e31ef8ba2002115_homenagem_miguel_reale.pdf](http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/04/e31ef8ba2002115_homenagem_miguel_reale.pdf). Acesso em: 3 set. 2018.

MONTEALEGRE ITURRA, Jorge. *Archipiélagos virtuales: Internet y registros de memorias en la*

sociedad líquida. Polis, Santiago , v. 11, n. 32, p. 399-422, agosto 2012 . Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682012000200019&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 set. 2018.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/230/212>. Acesso em: 8 set. 2018.

VIEIRA DE LORENZI CANCELIER, Mikhail. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 213-240, set. 2017. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p213>. Acesso em: 08 set. 2018.

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: A APLICAÇÃO NOS PRECEDENTES JUDICIAIS E NA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Rafaela Rabelo Daun¹
Olivie Samuel Paião²

RESUMO

O artigo tem, como objetivo, apresentar uma reflexão sobre a aplicação da inteligência artificial no judiciário brasileiro, com fito de corroborar e resolver a problemática de melhor aplicação dos precedentes judiciais trazidos pelo CPC de 2015. Abordar-se-ão os conceitos de inteligência artificial, algumas características dos precedentes previstos no CPC 2015, e exemplos de como a inteligência artificial tem sido usada atualmente no Brasil, especificamente nos tribunais. A metodologia constou de pesquisas bibliográficas e artigos eletrônicos. O método adotado é o hipotético-dedutivo. Por fim, aponta-se que a inteligência artificial não mais se dissocia do que entendemos por sociedade e que apresenta um possível caminho para a melhor aplicação dos precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Precedentes. Judiciário.

ABSTRACT

The article aims to present a reflection on the application of artificial intelligence in the Brazilian judiciary, in order to corroborate and solve the problem of better application of judicial precedents brought by the CPC of 2015. Simplified the concepts of artificial intelligence, some characteristics of the precedents foreseen in the CPC 2015, as well as examples of how artificial intelligence has been used in Brazil, specifically in the courts. The methodology consisted of bibliographical researches and electronic articles. The method adopted is hypothetical-deductive. Finally, it is pointed out that artificial intelligence no longer dissociates from what we mean by society and that it presents a possible way for the better application of precedents.

KEY-WORDS: Artificial Intelligence. Precedents. Judiciary.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil, passou a adotar o sistema de normas *common law*, além do legitimado culturalmente *civil law*, isto se mostra factível no código de processo civil de 2015, nos artigos 926 e 927, que determinam que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Ocorre que há insegurança jurídica sobre a possibilidade do cumprimento desta lei, pois lidamos com um grande problema, qual seja a imensa quantidade de

1 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), da linha de pesquisa Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, na qualidade de bolsista CAPES; Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Atualmente é advogada militante. Membro do grupo de pesquisa NEPI, do Centro Universitário Eurípedes de Marília-UNIVEM. E-mail: rafaelarabelod@gmail.com

2 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), da linha de pesquisa Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, na qualidade de bolsista CAPES; Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE). Atualmente é advogado militante. Membro do grupo de pesquisa CODIP, do Centro Universitário Eurípedes de Marília-UNIVEM. E-mail: olivie-samuel@hotmail.com/olivie2007@hotmail.com;

processos e o congestionamento do judiciário, fato que acarreta em litígios que não se findam devido a morosidade do sistema.

Em contrapartida, temos o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam celeridade de sua tramitação. Neste sentido, a proposta do presente artigo é apresentar meios que ajudem no cumprimento desta norma, que vem a ser à presença da Inteligência artificial no judiciário, no que diz respeito à facilitar a aplicação dos precedentes judiciais.

Assim, a pesquisa visa a apresentar como a tecnologia vem interferindo na vida do ser humano e no direito, em especial com a ascensão da inteligência artificial (IA), bem como, difundir seu conceito, e explicar seu funcionamento, para então defender sua aplicação judiciário, colaborando com a solução da dificuldade de aplicação dos precedentes.

Serão apresentados os sistemas judiciais que usam da IA e que visam alcançar este resultado, que são o Victor do STF e a plataforma Radar do TJMG, a fim de mostrar que tais tecnologias não substituirão o poder decisório do julgador, mas sim promoverão meios de busca das decisões paradigmas, que vão viabilizar a aplicação dos precedentes com maior segurança jurídica e celeridade.

Portanto este artigo abre espaço para a reflexão, sobre a intervenção da tecnologia no direito, mais especificamente a inteligência artificial, como ela se dá e quais as perspectivas de contribuição para melhorar o sistema judiciário com o intuito de trazer rapidez e eficiência na prestação dos serviços e melhor aplicação dos precedentes judiciais.

1. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO UMA INOVAÇÃO NO DIREITO

O direito, em razão de seu estudo e complexidade, traz a imagem de algo dissociado à tecnologia. Há anos, na seara jurídica, os operadores do direito se utilizam de livros físicos, canetas à tinta, processos físicos com inúmeros volumes e toda a dificuldade de organização por envolver “apenas” o ser humano.

Nos dias atuais, entretanto, a tecnologia chegou com o propósito de ficar e o mundo passa por uma verdadeira mudança de era, posto que as transformações e inclusões tecnológicas não são pontuais, mas generalizadas, alastrando-se gradativamente na vida humana e se fazendo indispensável em várias esferas, inclusive na esfera jurídica, trazendo um novo aspecto ao direito.

Ruas e redes se misturam, inteligência humana e artificial se fundem e novos tipos de conhecimento são criados. A evolução da internet é frenética e com isto, há uma verdadeira revolução tecnológica. Assim, temos que a tecnologia é um dos fundamentos para o

desenvolvimento de uma sociedade, como dispõe Magaldi.³

Nesse cenário de mudanças e desenvoltura tecnológica, os processos judiciais passaram a ser digitais e podem ser consultados de qualquer lugar que se tenha acesso ao respectivo tribunal a que se vincula. Os protocolos de petições e recursos podem ser feitos diretamente de casa, de forma eletrônica. As assinaturas perderam espaço para as certificações digitais. Audiências podem ser feitas à distância, se houver transmissão por vídeo. E essas mudanças são apenas o pontapé da tecnologia, posto que representam apenas uma parcela das transformações.

Estamos vivendo uma “nova revolução industrial”, onde softwares de ponta são desenvolvidos a todo instante, empresas multibilionárias têm investido fortemente na inovação e transformação, e a inteligência artificial⁴ tem ganhado espaço tanto no setor público como no setor privado.

A inteligência artificial (IA) é uma inovação tecnológica da quarta revolução industrial, e que acumula a presença dos três requisitos demonstrados por Schwab em sua obra “A Quarta Revolução Industrial” que são a velocidade, vez que as inovações são efetivamente colocadas em prática e globalizadas; a amplitude e a profundidade, pois ao mesmo tempo em que combina várias tecnologias, leva a uma mudança de paradigmas da sociedade, e impacto sistêmico, na medida em que provoca transformações, tendo grande impacto nas indústrias, e até mesmo nos países⁵.

A IA tem sido desenvolvida como um sistema de inteligência em aparelhos eletrônicos (mais especificadamente computadores) com objetivo de substituir o ser humano nas atividades rotineiras e ou repetitivas, com a finalidade de simplificar procedimentos. Logo, o conhecimento que visa a se equiparar engloba a compreensão e utilização da linguagem, reconhecimento de coisas e pessoas por meio de imagens, aprendizagem e sistematização. Atualmente, a IA já tem feito tarefas simples e se espera, dentre suas características, atribuir às máquinas conhecimento e reconhecimento, planejamento, comunicação e manipulação de objetos de forma autônoma.⁶

O estudo da IA não é realizado há dois ou três anos, isto é, não é novato. A IA vem sendo trabalhada desde seu surgimento em 1960, e a partir de então, o seu desenvolvimento tecnológico tem procurado, por meio de algoritmos matemáticos ou estatísticos replicar as atividades humanas e se aperfeiçoar cada dia mais.⁷ Ocorre que sua visibilidade no mundo jurídico tem se dado

3 MAGALDI, Sandro. **Gestão do amanhã**: tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4ª revolução industrial / Sandro Magaldi e José Salibi Neto. São Paulo: Editora Gente, 2018. p. 33.

4 *Cabe dizer que o intuito do presente artigo não é dissecar o que é a inteligência artificial, posto que até mesmo os profissionais da área da tecnologia têm encontrado dificuldades em limitá-la, mas dizer como a IA pode colaborar com o mundo jurídico (especificamente na busca de precedentes), haja vista não conseguirmos mais dissociar o que estamos vivendo, de fato, da tecnologia.*

5 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo, Edipro, 2016. p. 13

6 RUSSEL, S.; NORVIG, P. **Artificial Intelligence**: A Modern Approach. 2 ed. Prentice Hall, 2002.

7 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O uso da inteligência artificial no meio jurídico. **Justiça & Cidadania**. Ed. 223, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-uso-da-inteligencia-artificial-no-meio-juridico/>.

recentemente, aplicando-se na advocacia, no judiciário, nos órgãos auxiliares da justiça e que corroboram para o funcionamento da máquina judiciária.

Sabemos que nosso judiciário é demasiadamente abarrotado de processos e com muitas burocracias que o tornam moroso e custoso para solver a demanda existente. Não bastasse apenas a quantidade exagerada de processos gerada pela cultura de litigância, há a insegurança jurídica pela loteria das decisões judiciais, isto é, os processos, ainda que idênticos, nem sempre têm as mesmas decisões, corroborando para o descrédito do judiciário.

Sabendo disso e objetivando uma justiça mais célere, estável e isonômica, a fim de fazer valer o princípio da segurança jurídica, o CPC de 2015 trouxe um novo aspecto, um viés uniformizador de decisões, os conhecidos precedentes judiciais⁸.

Assim o próximo capítulo tratará de forma mais ampla sobre os precedentes judiciais, a previsão no código de processo civil e sua possível conceituação, ressaltando-se que não é objetivo do presente artigo tentar esgotar o instituto.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão tratadas características da IA que podem ser aplicados no sistema de precedentes judiciais para que sua aplicação tenha mais eficácia e segurança jurídica.

2. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA PROPOSTA DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Como visto, em um primeiro momento, foi aduzido sobre a ascensão da tecnologia na vida humana e no direito, com foco na inteligência artificial. Assim, neste tópico adentrar-se-á no mérito de que a legislação, em especial o código de processo civil de 2015, vem fomentando, cada vez mais a uniformização da jurisprudência, e atrelado a isto, a grande mola propulsora para a concretização desta lei é a inteligência artificial, que faz com que essa proposta se torne factível em grande escala.

Neste viés, expõe-se a seguir o significado de *common law* e *civil law*, a fim de demonstrar a convergência destes dois sistemas na atualidade, sendo o Brasil, um dos países que aderiu a esta união, pois a princípio seu sistema de normas era o *civil law*, e hodiernamente adota também o *common law*, protótipo disso são os artigos 926 e 927 do CPC/2015, que visam a unicidade das decisões.

De tal forma, dando ensejo ao presente tópico, convém salientar que é de suma importância

Acesso em: 14 jul. 2019.

8 A título de esclarecimento, vale dizer que o precedente trazido pelo CPC de 2015, apesar da identidade de nomenclatura, não se equipara àqueles precedentes do sistema jurídico da Common Law, ainda que fosse sua aspiração, não sendo mérito do presente trabalho fazer a comparação e diferenciação do direito brasileiro e do alienígena.

abordar os dois principais sistemas de direito, conhecidos mundialmente, *civil law* e *common law*, os quais cada país adota de acordo com o seu sistema de normas. Esses sistemas tiveram origem em momentos políticos e culturais diferentes, contudo cada um traz consigo uma tradição jurídica distinta.

A *civil law* por sua vez, surgiu sob os ideais da Revolução Francesa, a separação dos três poderes, executivo, legislativo e judiciário, e a declaração judicial da lei. Nesse sistema, as leis e os códigos têm primazia, isto é, devem ser vistos, aplicados e cumpridos antes de qualquer outra fonte de direito, a exemplo, o costume, como acontece na *common law*.

Em vista ao sistema judiciário brasileiro, ainda que tenhamos a aplicabilidade dos costumes, agora dos ditos “precedentes”, da tentativa de uniformizar as decisões, o Brasil tende a adotar em maior escala o sistema *civil law*, mesmo que não seja uma verdade absoluta.⁹

Neste contexto, expõe Gavenda e Oliveira, sobre a *civil law*:

A referida estrutura jurídica teve o seu grande marco histórico junto à Revolução Francesa, sendo que os privilégios excessivos concedidos aos nobres, ao clero e aos magistrados, foram responsáveis pelo surgimento dessa nova estrutura, estrutura esta, que veio acompanhada da elaboração de um novo direito, limitando o trabalho dos magistrados único e exclusivamente à aplicação do texto de lei.¹⁰

Por outro lado temos a *common law*, que se desenvolveu em países de origem anglo-saxônica, qual sejam, Inglaterra e Estados Unidos, este sistema utiliza dos costumes e das jurisprudências, tomando por base as decisões proferidas em casos passados, não priorizando a legislação nas decisões judiciais.¹¹

Assim, Nelson Rosenthal, conceitua *common law*:

A célebre expressão *Common Law* recolhe três significados: a) um direito comum para todos os ingleses, que no medievo substituiu o sistema de esparsas normas locais; b) um sistema fundamentalmente baseado em decisões judiciais ao invés da lei e dos costumes; c) o conjunto de países que seguem não apenas a lei inglesa substantiva e processual, mas também o seu sistema judicial, a estrutura das profissões jurídicas e o estilo de pensamento jurídico.¹²

Vistos os significados de *civil law* e *common law*, cumpre se atentar ao fato de que na atualidade os precedentes e as jurisprudências vêm apresentando cada vez mais visibilidade, sendo assim, a referência a precedente vem se tornando típica nos sistemas jurídicos, inclusive na *civil law*, quebrando com o paradigma tradicional de que os precedentes e jurisprudências só se aplicam

9 MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009. p. 12.

10 GAVENDA, Marcelo; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando. **A uniformização jurisprudencial imposta pelo novo código de processo civil e a possibilidade do uso de inteligência artificial pelas cortes**. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/5b451154df45e.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

11 Op. cit. GAVENDA&OLIVEIRA, 2018.

12 ROSENVALD, Nelson. **Desmistificando a Common Law**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/24/desmistificando-common-law/>. Acesso em: 16 de jul. 2019.

na *common law* e as normas (leia-se leis) só se apõem no sistema da *civil law*, pois na presente época, há uma compilação destes dois sistemas apresentados, pelos países a que foram originados e difundidos.¹³

Neste sentido, Rosenvald leciona que o século XXI apresenta uma evidente convergência entre a *common law* e a *civil law*, tanto pelo direito inglês como pelo direito europeu continental. O surgimento da doutrina jurídica, tornou o inglês mais acadêmico, dando espaço ao legislador para trazer maior racionalidade as decisões dos juízes. Ao passo que, a influência doutrinária na Europa continental é declinante e a extensão do judiciário cresce grandemente, havendo maior espaço para o método indutivo e um profícuo pragmatismo para o enfrentamento de problemas legítimos.

Assim, observa-se que nos dias atuais, não existe mais o costume de relacionar a *civil law* ao direito codificado e a *common law* com a jurisprudência: eles gradualmente se aproximam, mesmo em suas técnicas e métodos legais. A realidade das fontes legais é muito mais intrincada em ambos os lados. É claro que subsistem diferenças significativas, mas o antigo ideal das diferenças irreconciliáveis em termos de mentalidades jurídicas se torna cada vez mais precário.¹⁴

E é justamente isto que o Brasil tem adotado, embora seja um país da *civil law*, passa a vislumbrar a importância desta convergência e então adere à *common law*, e um exemplo de como isto vem acontecendo, é a aplicação desta teoria no código civil de 2015, em seu artigo 926, veja-se:

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

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

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.¹⁵

O artigo 926 do CPC não deixa dúvidas que as jurisprudências das cortes deverão ser acertadamente uniformizadas- íntegras, coerentes e estáveis. Neste contexto, é válido esmiuçar um pouco mais a presente norma acima exposta, segundo Streck (2018, apud Alvim e Leite, 2016) o significado de coerência não se baseia no simples fato de privar cada novo precedente ao que foi julgado anteriormente, mais que isso, se consolida na consistência das decisões, para que elas sejam tratadas em sua unicidade, e com igual consideração pelo poder judiciário.¹⁶

Já a integridade, traz em seu conceito, que todos devem ser tratados com igualdade, sob o aspecto do critério objetivo, ou seja, sem que os julgadores utilizem de suas próprias convicções, exigindo-se a devida motivação de suas decisões, visando assim conter as arbitrariedades

13 TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>. Acesso em: 04 jul. 2019. .p. 1.

14 Op. cit. ROSENVALD, 2018.

15 BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

16 Op. cit. GAVENDA&OLIVEIRA, 2018.

interpretativas vindas dos tribunais em determinados casos.¹⁷

Todavia, Eduardo Jordão leciona em sua obra, fazendo um paralelo na seara administrativa, sobre a problemática da subjetividade dos magistrados e a dificuldade de aplicação de uma decisão coerente e íntegra, nestas circunstâncias. Em suas palavras:

O problema da subjetividade dos juízos de razoabilidade permanece no entanto. A grande preocupação reside em que os magistrados se valham das impressões dos comandos deferenciais para impor suas próprias soluções, em detrimento daquelas da autoridade administrativa. Seguindo-se de fato as orientações das doutrinas deferenciais, era de se esperar que as preferências pessoais dos magistrados ficassem à margem dos julgamentos que eles promovem da razoabilidade das decisões administrativas. Contudo, a prática demonstra que estes juízos são influenciados tanto pelas concepções pessoais dos magistrados à margem dos julgamentos que eles promovem da razoabilidade das decisões administrativas. Contudo, a prática demonstra que estes juízos são influenciados tanto pelas concepções pessoais do magistrado daquilo que seria a decisão correta¹⁸.

E a fim de evitar esta subjetividade das decisões, que muitas vezes acarreta em julgamentos incoerentes, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 93, inciso IX que todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, exceto em casos de sigilo, e todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.¹⁹

Finda a análise do artigo 926 do CPC/2015, em acréscimo, a redação do artigo 927 do CPC expõe no sentido de trazer maior segurança jurídica para o jurisdicionado, posto que aos magistrados e tribunais foi imposto o dever de se atentarem as prévias decisões proferidas, com efeitos vinculantes, ou súmulas. Vejamos o disposto:

927. Os juízes e os tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.²⁰

Todavia, a mencionada norma dispõe sobre a uniformização da jurisprudência, através das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, das súmulas vinculantes, dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, dos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional, do STJ em matéria infraconstitucional e das orientações do plenário ou do órgão especial.

17 Op. cit. GAVENDA&OLIVEIRA, 2018.

18 JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros editores ltda, 2016. p.560.

19 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

20 Op. cit. Brasil, 2015.

Neste sentido, cabe um exame do art. 927 do CPC/2015, a título de uma melhor compreensão do assunto, expondo em um primeiro momento o conceito de súmula vinculante nas palavras de Marinoni e como seu contexto está intimamente ligado aos precedentes e a *ratio decidendi*:

Em suma, a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes – ou, excepcionalmente, de precedente – que versaram uma mesma questão constitucional. Assim, é indesculpável pensar em adotá-la, revisá-la ou cancelá-la como se fosse um enunciado geral abstrato, ou mesmo tentar entendê-la considerando-se apenas as ementas ou a parte dispositiva dos acórdãos que lhe deram origem. Lembre-se que a *ratio decidendi* nada mais é do que o fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão. Ora, se a elaboração da “súmula vinculante” depende da adequada percepção dos fundamentos determinantes do precedente – ou dos precedentes –, é pouco mais do que evidente a impossibilidade de aplicá-la, revisá-la ou cancelá-la sem se considerar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à sua edição.²¹

Nesta toada, os juízes e os tribunais, a quem o artigo 927 do CPC se destina, são os primeiros que devem extrair de tal norma sua eficácia plena. Assim, surgindo uma questão de direito em que a turma com o recurso sub *judice* não consiga concordar com o entendimento sobre a mesma questão já decidida pelas demais turmas do mesmo tribunal, não poderá meramente decidir contraditoriamente ao que outros órgãos fracionários decidiram, como se tais julgados inexistissem, ainda mais se houver entendimento sumulado. No mais, há também a possibilidade de suscitar o incidente adequado, incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou o incidente de assunção de competência (IAC), conforme o caso.²²

O IRDR, nos dizeres de Lemos (apud Abboud e Cavalcanti), passa por um “mecanismo processual coletivo proposto para uniformização e fixação de tese jurídica repetitiva” que detém o objetivo de “conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos”.²³

Já o IAC, também é uma forma de uniformização de jurisprudência, mas é baseada na transferência da competência recursal para um colegiado maior do que a câmara ou turma, para o julgamento de recurso em que a matéria contém questões relevantes de direito que apresente repercussão social, com o intuito de prevenir ou compor divergência, sem a existência de multiplicidade de demandas sobre essa questão. Porém, como uma importância e amplitude muito maior, como salienta Lemos.²⁴

Finalmente, diante das possibilidades do IRDR e do IAC, caso a turma ou câmara

21 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 490.

22 PRITSCH, Cesar Zucatti. **IRDR, IAC E STARE DECISIS HORIZONTAL: sugestões regimentais para evitar a criação de jurisprudência conflitante**. Revista eletrônica do TRT da 4ª região. n. 214, p. 52-90, jun. 2018. p. 56.

23 LEMOS, Vinícius Silva. **A possibilidade de fungibilidade entre o IRDR e o IAC: viabilidade e necessidade de sistematização**. Revista de Processo, v. 274/2017, p. 255 – 289, dez. / 2017. p. 256.

24 Op. cit. Lemos, 2017. p. 258.

eventualmente decida de forma desarmônica, ignorando a jurisprudência contrária de outros órgãos fracionários do mesmo tribunal, deve haver regramento regimental fixando o art. 926 do CPC, e determinando a uniformização, ex officio ou por provocação das partes.²⁵

Assim, diante de todo o exposto e da abordagem em relação aos artigos 926 e 927 do CPC/2015, resta cristalino as intenções do legislador contemporâneo, em fazer uma miscelânea de sistema, entre *civil law* e *common law* como instrumento para as tomadas de decisões no judiciário pelos julgadores, visando uma unicidade de decisões.

Por fim, é precisa a intenção do legislador, ao reafirmar a observância a esses precedentes vinculantes, é de estabelecer que não se tenhamos um jurídico de loteria no Brasil, mas que se garanta que a eficácia de uma decisão seja respeitada tanto vertical ou horizontalmente pelos tribunais, a fim de se fazer valer a segurança jurídica, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que tenhamos uma jurisprudência cordial, que os jurisdicionados não sintam que têm um judiciário instável e despreparado ou demasiadamente demorado. Busca-se, também, fazer valer a economia e celeridade processual, previstas na Carta Magna, corroborando com o as premissas do Estado e com a necessidade da sociedade, para que o direito em si tenha mais prioridade que as deficiências e ineficiências do judiciário.

3. PERSPECTIVAS DO USO DA IA NA BUSCA POR PRECEDENTES

Como exposto no tópico anterior, o artigo 926 do CPC/2015 dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Diante disso, o presente artigo propõe o uso da inteligência artificial, como forma de ajudar a trazer eficácia a esta norma.

Klaus Schuwab em sua obra, a quarta revolução industrial, diz que a inteligência artificial consiste em aprender a partir de situações anteriores, e registrar este aprendizado em um banco de dados, e assim automatizar os processos futuros de decisões complexas, facilitando e tornando mais rápidas as conclusões concretas com base nos dados e experiências.²⁶ Complementa ainda que:

A IA é boa para fazer correspondência de padrões e automatizar processos, que torna a tecnologia interessante para muitas funções em grandes organizações. É possível vislumbrar um ambiente futuro em que a IA poderá substituir várias funções desempenhadas hoje por pessoas.²⁷

Sendo assim, para que a inteligência artificial possa substituir as funções desempenhadas pelos seres humanos, é necessário que os próprios seres humanos criem um programa de computador e o alimente por meio da escrita de um algoritmo ou pseudocódigo, que venha especificar passo a passo as tarefas que realizamos com facilidade no nosso dia a dia, para que a

25 Op. cit. Pritsch, 2018. P. 56.

26 Op. cit. Klaus, 2016. p. 140.

27 Op. cit. Klaus, 2016. P. 141.

máquina assim possa fazer, resultando em um gerenciamento de banco de dados que pode ser facilmente consultado.²⁸

Todavia, Bem Coppin, em seu livro “Inteligência Artificial”, traz um conceito que vai de encontro com o que leciona os autores ora expostos neste terceiro tópico, trazendo duas vertentes de inteligência artificial, a IA forte e IA fraca.

A IA forte incide em um programa de computador “alimentado”, de forma que possa pensar e ser consciente da mesma forma que um ser humano, contendo grande capacidade de processamento.²⁹

Já a IA fraca é simplesmente a visão de que o comportamento inteligente pode ser modelado e utilizado por computadores para solucionar problemas complexos, ou seja, apenas o fato de um computador agir inteligentemente não prova que ele seja verdadeiramente inteligente no sentido humano.³⁰

Diante do exposto, conclui-se que a inteligência artificial foi programada por seres humanos, através de um banco de dados, para que possa haver uma busca pela informação desejada, e assim trazer o resultado que queremos, diante da filtragem dos dados. De forma alusiva Coppin expõe como isto funciona. Senão vejamos:

Busca é um método que pode ser utilizado por computadores para examinar um espaço de problema, de modo a encontrar um objetivo. Frequentemente, queremos encontrar objetivo o mais rápido possível ou sem utilizar muitos recursos. Um espaço de problema também pode ser considerado um espaço de busca, pois, de modo a solucionar o problema, faremos uma busca no espaço por um estado objetivo.³¹

Visto o conceito de inteligência artificial e como ela funciona, afirma-se que a mesma tem potencial para promover radicais impactos no congestionado do sistema judicial brasileiro, oferecendo maior eficiência e qualidade nos serviços, de modo a otimizar o andamento processual, reduzindo a morosidade.³²

Assim, cabe-nos de forma mais irrestrita, contudo ponderada, aplicar a IA para auxiliar nas funcionalidades do judiciário. Atualmente já existe um progresso neste sentido, através de sistemas que possuem capacidade de busca de informações, os quais foram treinados por pessoas para que pudessem exercer tal tarefa, otimizando o trabalho do ser humano.

Como exemplo será abordado neste tópico o sistema Victor do STF e a plataforma Radar do TJMG, pois estes vão de encontro aos objetivos deste artigo científico, ao passo que ajudam na

28 FACELI, Katti et al. *Inteligência artificial, uma abordagem de aprendizado de máquina*. Rio de Janeiro: Livros Técnico e Científicos Editora Ltda, 2015. p. 1.

29 COPPIN, Ben. *Inteligência Artificial*. Rio de Janeiro: Livros Técnico e Científicos Editora Ltda, 2017. p. 5.

30 COPPIN, Ben. *Inteligência Artificial*. Rio de Janeiro: Livros Técnico e Científicos Editora Ltda, 2017. p. 5.

31 Op. cit. Coppin, 2017. p. 64.

32 FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito**. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. p. 220.

identificação dos precedentes e conseqüentemente no julgamento dos recursos, que têm influenciado na celeridade processual, pois eliminam os trabalhos repetitivos e mecânicos do ser humano, a fim de que este possa apresentar um resultado de maior qualidade nos seus serviços.

O primeiro sistema jurídico abordado é o sistema Victor do STF, 'Victor', que é uma homenagem a Victor Nunes Leal, ministro do STF, seu cargo perdurou por 9 (nove) anos, de 1960 a 1969, foi o principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em Súmula, o que beneficiou a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos, e é justamente essa a ideia do sistema Victor, facilitar o emprego dos precedentes judiciais aos recursos.³³

O projeto tem como propósito a aplicação de métodos de aprendizado computacional de máquina a fim de usar seus potenciais no reconhecimento de padrões nos processos jurídicos relativos a julgamentos de repercussão geral do STF.³⁴ Neste sentido, de acordo com notícia publicada no site do "Estadão", o grande intuito é otimizar o andamento processual, basta analisar o que expõe:

O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal", assinalou o site do Supremo. "A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial."³⁵

Pois bem, é notório que o sistema Victor foi criado para agilizar no processo de seleção dos precedentes judiciais aos recursos, através de seu poder de busca avançada, contudo nunca teve o condão de decidir, pois o que foi substituído da mão de obra humana, foi a parte técnica de busca, e não a parte pensante, pois isso cabe ao ser humano, que detém da capacidade de formular o julgamento.

Outro sistema jurídico, colocado em pauta, é a plataforma Radar apresentada pela Diretoria Executiva de Informática (Dirfor) e desenvolvida pela equipe de informática do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) para um grupo de desembargadores. A Radar permite aos magistrados fazer pesquisa por palavra-chave em geral, por data de distribuição, por órgão julgador, por magistrado, por parte, por advogado e por outras demandas que os julgadores necessitarem. Seu objetivo é melhorar a prestação jurisdicional no sentido de identificar e agilizar os julgamentos de casos repetitivos, o que resultou em possibilidades mais amplas de pesquisa na área jurídica e administrativa.³⁶

33 MOURA, Rafael Morales; PUPO Amanda. **'Victor', o 12.º ministro do Supremo**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/victor-o-12-o-ministro-do-supremo/>. Acesso em: 01 de jul. 2019.

34 Op. cit. Filho e Junquilha, 2018. p. 225.

35 Op. cit. Moura e Pupo, 2018.

36 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Plataforma Radar aprimora a prestação jurisdicional**. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XS6A33tv_IU. Acesso em: 03 de jul. 2019.

Além das tantas possibilidades a ferramenta Radar do TJMG, possibilita os magistrados verificarem casos repetitivos no acervo da comarca, agrupá-los e julgá-los conjuntamente a partir de uma decisão paradigma,³⁷ ou seja, também facilita a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos, no mesmo viés do sistema Victor.

Esses dois sistemas do judiciário, o Victor do STF e a plataforma Radar do TJMG, amparam o julgamento dos recursos e fazem valer os precedentes, sendo importantes ferramentas para a solução da morosidade do judiciário, por isso é importante abordá-los, a fim de que tenham uma boa aceitação e sejam difundidos, pois são sistemas novos e atuais, e a expectativa é que abram portas para a criação de outros neste sentido.

Portanto, a presente pesquisa defende o uso da inteligência artificial no judiciário, vez que favorece não apenas os advogados e demais operadores do direito como também a população e os jurisdicionados, com a redução do tempo de duração dos processos e a viabilização de meios da Constituição Federal que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).³⁸

CONCLUSÃO

Por fim, conclui-se que a Inteligência Artificial tem sido aplicada, mas ainda está em fases iniciais no judiciário, e o que leva a crer é que se aplicada de forma correta, pode colaborar com a agilidade dos julgamentos, com a isonomia processual e ainda mais com a aplicação dos precedentes judiciais, por meio da análise e reconhecimento dos pedidos que versam sobre causas já julgadas ou decididas nos tribunais.

O que se busca desde os primórdios é uma jurisprudência una que atenda aos critérios de justiça e as necessidades de todos os judiciários. Ocorre que em dado momento a demasia de demandas e ‘ausência de comunicabilidade’ entre as instâncias do judiciário tornou impossível que as decisões fossem equânimes e isonômicas em todos os graus julgadores.

A criação dos precedentes e as previsões que fomentam sua difusão presentes no CPC/2015, por si só não suprem a necessidade do judiciário em reduzir a demanda existente e aumentar a qualidade de suas decisões, posto que, ainda que seja este o intento dos precedentes, o que há são julgamentos em lotes e que, com súmulas ou incidentes, eliminam vários processos dos tribunais.

Na ajuda para solver este problema de apenas extinguir processos, vemos a possibilidade da IA corroborar com o agrupamento e solução dos processos que realmente não merecem passar pelo crivo do judiciário, seja por, a exemplo, versar sobre causa já pacificada, com repercussão

37 Op. cit. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018.

38 Op. cit. Filho e Junquillo, 2018. p. 231.

geral ou coisa julgada, em simplificar atos mecânicos e que demandam tempo, como identificar os processos que tenham a mesma causa de pedir e pedido (e não tenham diferenças entre si), para que o órgão julgador possa se debruçar sobre o mérito e sobre o direito propriamente dito, se preocupando com a qualidade da decisão que será proferida ao caso concreto e não apenas com a quantidade.

Destarte, se corretamente aplicada e desenvolvida, a IA pode, em sinergia aos precedentes judiciais, trazer mudanças pontuais ao nosso judiciário a fim de que tenha uma nova aparência, de que os precedentes possam ser corretamente aplicados, que as decisões possam ser devidamente fundamentadas, em razão de todo trabalho mecânico e burocrático ser otimizado pela IA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 168 p. (Série Legislação Brasileira)

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Rio de Janeiro: Livros Técnico e Científicos Editora Ltda, 2017.

FACELI, Katti et al. **Inteligência artificial, uma abordagem de aprendizado de máquina**. Rio de Janeiro: Livros Técnico e Científicos Editora Ltda, 2015.

FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **Projeto Victor**: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018.

GAVENDA, Marcelo; OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando. **A uniformização jurisprudencial imposta pelo novo código de processo civil e a possibilidade do uso de inteligência artificial pelas cortes**. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/5b451154df45e.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.

JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma administração pública complexa. A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros editores ltda, 2016.

LE MOS, Vinícius Silva. **A possibilidade de fungibilidade entre o IRDR e o IAC: viabilidade e necessidade de sistematização**. Revista de Processo, v. 274/2017, p. 255 – 289, dez. / 2017.

MAGALDI, Sandro. **Gestão do amanhã: tudo o que você precisa saber sobre gestão, inovação e liderança para vencer na 4ª revolução industrial** / Sandro Magaldi e José Salibi Neto. São Paulo: Editora Gente, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no brasil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009.

MOURA, Rafael Morales; PUPO Amanda. **‘Victor’, o 12.º ministro do Supremo**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/victor-o-12-o-ministro-do-supremo/>. Acesso em: 01 de jul. 2019.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **IRDR, IAC E STARE DECISIS HORIZONTAL: sugestões regimentais paraevitar a criação de jurisprudência conflitante**. Revista eletrônica do TRT da 4ª região. n. 214, p. 52-90, jun. 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Desmistificando a Common Law**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/24/desmistificando-common-law/>. Acesso em: 01 de jul. 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo, Edipro, 2016

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul. dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em 04 de jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Plataforma Radar aprimora a prestação jurisdicional**. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/plataforma-radar-aprimora-a-prestacao-jurisdicional.htm#.XS6A33tv_IU. Acesso em: 03 de jul. 2019.

PEC Nº 333/2017 E A EXTINÇÃO DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA CRIMES COMUNS: O IDEÁRIO DA IMPUNIDADE E A RESTRIÇÃO DO FORO ESPECIAL DO PELO STF

Bruno Augusto Pasion CATOLINO¹

RESUMO

O presente artigo analisa o instituto do foro especial por prerrogativa de função, e a Proposta de Emenda à Constituição nº 333/2017 que prevê a extinção das hipóteses de foro especial no caso do cometimento de crimes comuns. Por meio da análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal 937 que, por maioria de votos, restringiu o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores, se objetivou demonstrar que a reestruturação do sistema de foro especial, visando uma maior eficiência e celeridade do Judiciário, não depende tão somente da mera abolição das hipóteses constitucionais de foro especial nos crimes comuns. Após a análise de dados estatísticos, e dos pareceres de vários pensadores relevantes no cenário jurídico nacional, constatou-se que ainda é necessária a manutenção do foro especial por prerrogativa de função para crimes comuns, eis que remeter processos criminais para serem julgados pelas instâncias ordinárias comuns não significam maior celeridade nem justiciabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Foro Especial por prerrogativa de função. PEC nº 333/2017. Questão de Ordem na Ação Penal 937. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article analyzes the special forum institute by prerogative of function, and the Proposal of Amendment to the Constitution nº 333/2017 that foresees the extinction of the hypotheses of special jurisdiction in the case of committing common crimes. By analyzing the decision of the Federal Supreme Court on the Question of Order in Criminal Action 937, which, by a majority of votes, restricted the forum by virtue of the prerogative of a function conferred on federal deputies and senators, it was aimed to demonstrate that the restructuring of the special forum system aiming at greater efficiency and celerity of the Judiciary, does not depend only on the mere abolition of the constitutional hypotheses of special jurisdiction in common crimes. After the analysis of statistical data and the opinions of several relevant thinkers in the national legal scenario, it was found that it is still necessary to maintain the special forum by function prerogative for common crimes, which is to refer criminal cases to be tried by the ordinary courts do not mean greater celerity nor justiciability.

KEYWORDS: Special Forum by function prerogative. PEC No. 333/2017. Question of Order in Criminal Action 937. Supreme Federal Court.

INTRODUÇÃO

Apesar de haver um movimento nacional que milita pela extinção do foro especial por

1 Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Professor convocado da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Graduação e Pós-Graduação. Docente das Faculdades Integradas de Paranaíba. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MS no biênio 2011-2012. Advogado militante na comarca de Paranaíba-MS. Sócio-fundador do escritório ?Souto Catolino Advocacia e Consultoria?. Atua nas seguintes áreas do conhecimento: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais.

prerrogativa de função, o foro especial por prerrogativa de função (foro privilegiado) ainda é vigente no ordenamento jurídico nacional. Entretanto, existe proposta em trâmite no legislativo federal que objetiva extinguir o instituto nos moldes atuais. A Proposta de Emenda Constitucional foi iniciada no Senado (sob o nº 10/2013), de autoria do Senador Álvaro Dias, e intenta a extinção do foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns. A mesma foi aprovada por unanimidade no Senado (por 69 votos a 0) em 2017, e encaminhada a Câmara dos Deputados, onde recebeu o número de PEC nº 333/2017.

Desde então, quando foi recebida na Câmara, a PEC vem sendo debatida com os mais diversos setores da sociedade civil, e mais atualmente, vem sendo objeto de inúmeros pedidos de inclusão na ordem do dia no Plenário da Câmara. Contudo, o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM), ainda hesita colocá-la em votação.

1. O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: CONCEITO E ACEPTÕES

O foro por prerrogativa de função é um benefício concedido àqueles que ocupam determinados cargos públicos/políticos, devendo ser processados e julgados por órgãos jurisdicionais diversos das que são julgadas as pessoas que não ocupam tais cargos. Geralmente, estes órgãos jurisdicionais são superiores.

O conceito de privilégio, segundo o dicionário Aurélio é:

Direito ou vantagem concedido a alguém, com exclusão de outros. 2 - Título ou diploma com que se consegue essa vantagem. 3 - Bem ou coisa a que poucos têm acesso. 4 - Permissão especial. 5 - Imunidade, prerrogativa. 6 - Qualidade ou característica especial, geralmente positiva (AURÉLIO, 2017)

O foro por prerrogativa de função é uma proteção destinada a um cargo público/políticos e não à pessoa, por isso não há, em uma primeira análise, violação à Constituição Federal, em especial ao princípio da isonomia.

No que tange à competência do foro especial por prerrogativa de função, o foro especial é destinado também a acusados que não gozam de foro especial na hipótese de haver concurso de pessoas, conforme o artigo 77, I e artigo 78, III do Código de Processo Penal. Mesmo que o Tribunal competente absolva o agente que usufrui do benefício do foro especial por prerrogativa de função em concurso de pessoas, ainda assim o Tribunal permanecerá competente para o julgamento de corréus que não tenham a mesma prerrogativa.

O foro por prerrogativa de função se relaciona com a função exercida (geralmente pública), e o foro privilegiado é um termo utilizado em relação a uma diferenciação feita do órgão julgador em atenção a interesses pessoais do acusado, não a uma função que este ocupa. A crítica que se faz é que não deve o foro especial por prerrogativa de função se assemelhar a uma forma de foro

privilegiado.

Neste sentido dispõe o julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 88.536, de relatoria do Min. Marco Aurélio (julgamento em 25-9-2007, DJE de 15-2-2008): “A prerrogativa de foro, prevista em norma a encerrar direito estrito, visa a beneficiar não a pessoa, mas o cargo ocupado”.

TOURINHO FILHO (2013, p.137), traça a aludida diferenciação entre os termos ao dizer que “o privilégio decorre de benefício à pessoa, ao passo que a prerrogativa envolve a função”. Ao conceituar o instituto do foro especial por prerrogativa de função afirma MIRABETE (2000, p.67) que “dá-se tratamento especial não à pessoa, mas ao cargo ou função que exerce, de especial relevância para o Estado”.

A justificativa para a existência do foro especial, em virtude da prerrogativa de função, é de que o foro especial protege a função exercida e a atividade desenvolvida por estes cargos. Logo, não seria ‘a pessoa’ privilegiada, mas o interesse público. Tanto que o foro especial por prerrogativa de função só pode ser mantido em caso de efetivo exercício funcional. Caso este cesse, não se aplicam as regras constitucionais e do processual penal do foro especial. Neste sentido é a Súmula 451 do STF que dispõe: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional” (BRASIL, 2017).

É possível constatar que a ideia de privilégio esteve associada às Ordenações e aplicada no direito do Brasil Colônia. Entretanto, a concepção reservada para o privilégio não se confunde com a prerrogativa de função. Houve, entre nós, uma cumplicidade em prol do antigo privilégio de caráter pessoal e da prerrogativa de função de cunho objetivo, traduzindo-se numa sensação histórica de amordaçamento e comodismo, ou seja, o privilégio foi admitido enquanto o indivíduo vislumbrasse a possibilidade de um dia gozar da mesma benesse. A concessão em demasia do foro por prerrogativa de função por intermédio de lei ou da Carta Estadual leva a sua descaracterização, o que torna o tema susceptível às críticas e, principalmente, reflexões sobre a sua extinção (BELÉM, 2008, p.158).

Contudo, tal confusão e a utilização dos termos como se sinônimos fossem é compreensível no direito brasileiro atual, eis que há uma ampla abrangência das hipóteses constitucionais de foro especial por prerrogativa de função (como visto nos tópicos anteriores), e ao grande rol de pessoas públicas e políticas que o usufruem, pode haver a conclusão de que existe uma verdadeira classe de pessoas, a partir de seus cargos, que tem direito a foro especial.

Portanto, em verdade, tratar atualmente foro privilegiado e foro especial por prerrogativa de função como sinônimos significa entoar criticamente o instituto do foro especial segundo o raciocínio acima.

2. AS ATUAIS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

A abordagem constitucional pretende expor o panorama geral das hipóteses de foro especial, para que possa ficar demonstrado como é massivo o rol de funções (e conseqüentemente pessoas) que detém o foro especial por prerrogativa de função. Do mesmo modo, apresentar as hipóteses constitucionais contribui para uma melhor compreensão das razões da atual Proposta de Emenda Constitucional que pretende extinguir o instituto, e da recente decisão do Plenário do STF no julgamento de questão de ordem na Ação Penal (AP) 937 que, por maioria de votos, restringiu o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores, se aplicando o instituto apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas².

O foro por prerrogativa de função para os Congressistas (deputados federais e senadores), conforme a atual redação da Constituição (art. 102, I, b), foi instituído em 1824 pela Constituição Imperial, e extinto da Constituição Republicana de 1891, não constando em todas as outras que seguiram, só retornando por meio da Emenda Constitucional nº 01/1969 – dentro de um período não democrático.

Portanto, o modelo brasileiro do foro por prerrogativa de função, em hipóteses tão amplas, não é seguido pelos outros países do mundo. Os poucos países que estabelecem foro especial por prerrogativa de função, e estabelecem a competência originária da Corte Máxima, são exceções, e ainda assim em hipóteses bem mais sumárias do que a Constituição Federal de 1988.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, conforme visto acima, traz um rol extenso de agente políticos que detém o foro especial por prerrogativa de função. Ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, foi determinado o julgamento originário de diversas pessoas com foro privilegiado, em decorrência da função.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre competências especiais para o julgamento a membros de vários outros poderes, não apenas o judiciário. Ao Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos dos artigos 102, I, “b” e “c”, cabe julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de

² <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>

Estado, os membros dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), cabe o julgamento, nos termos do art. 105, I, “a”, nos crimes comuns, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e, nestes e nos de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os membros de Tribunais de Contas dos Estados, TRFs, TRTs, TREs, Conselhos e Tribunais de Contas dos Municípios e agentes do Ministério Público que atuem nos Tribunais.

Aos Tribunais Regionais Federais, conforme o art. 108, I, “a”, cabe julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, dos Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Militares e Procuradores da República, da área de sua jurisdição.

Os Tribunais de Justiça (dos Estados), conforme os artigos 29, X e art. 96, III, tem a função de julgar os Prefeitos, os Juízes de Direito e os membros do Ministério Público, Secretários de Estado e outras autoridades conforme previsão nas Constituições Estaduais.

O Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do art. 29, VIII, tem a função de julgar os Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais e, a estes, julgar os Juízes Eleitorais, nos crimes de responsabilidade.

E como forma de controle do Poder Judiciário, há a função atípica do Senado Federal, conforme o art. 52, I e II, para que julgue o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Ministros do STF, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, nos crimes de responsabilidade. Estas são as hipóteses constitucionais atuais, cujo rol é taxativo, que se pode chamar de foro especial por prerrogativa de função.

3. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 333/2017

A PEC nº 333/2017, com as modificações em relação a proposta que tramitou no Senado, propõe o fim do foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns (alterando os artigos 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal e revogando o inciso X do art. 29 e o § 1º). A Proposta de Emenda, portanto, prevê que apenas nos crimes exercidos em razão da função pública exercida é que são mantidas as prerrogativas especiais decorrentes do foro.

Entretanto, estatisticamente, conforme apresentado no “V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo”, da Fundação Getúlio Vargas, de 2017, aponta que entre os processos que tramitavam de 2002 a 2016, em que as partes gozavam da prerrogativa de foro especial a maioria, temos que a maioria dos Inquéritos, não versam sobre crimes comuns: o mais versado são crimes da Lei de Licitações, seguido dos crimes de responsabilidade, e eleitorais (em terceiro).

O assunto mais comum nos inquéritos é Crimes da Lei de Licitações, com 230 processos. Os crimes de responsabilidade e os eleitorais figuram em segundo (193) e terceiro (185) colocados, respectivamente. Somados, os crimes contra a honra representam 342 processos, uma fatia maior, portanto, do que o de qualquer um dos três assuntos mais frequentes. Entre os assuntos com menos de 80 processos e agrupados em “Outros” estão, por exemplo, outros crimes contra a honra, quadrilha ou bando e falsidade ideológica (FALCÃO et al., 2017, p.48).

Logo, é preciso ponderar que a maioria dos Inquéritos que tramitam no Supremo Tribunal Federal não se tratam de crimes comuns. Desta forma, mesmo que aprovada a PEC nº 333/2017, na prática, o STF ainda terá a competência para a maioria, não se esgotando os Inquéritos sob sua competência.

O que se observa é que a PEC nº 333/2017 é divulgada na mídia, e permanece no ideário das pessoas, como a “PEC do fim do foro privilegiado”, mas os resultados (de redução do número ações penais e inquéritos no STF) não serão atingidos. Como adiante abordaremos, o que intui a aprovação desta emenda constitucional é a construção de uma ideia em que a Supremo Corte é morosa, indutora da impunidade e da prescrição (nas ações penais).

4. A RESTRIÇÃO DO ALCANCE DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Nº 937)

Em Maio de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) restringiu o alcance do foro privilegiado, decidindo, no julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. Tal Questão de Ordem foi invocada pelo Relator do caso Min. Luís Roberto Barroso, uma vez que após reiteradas vezes houve a mudança de foro competente para julgar o processo contra o ex-deputado e ex-prefeito de Cabo Frio (RJ), Marcos da Rocha Mendes, e isso trazia o risco de prescrição da pena.

De tal modo, a questão de ordem, discute a possibilidade de dar interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de foram que haja a limitação da aplicação do foro às acusações por crimes cometidos no cargo e que digam respeito estritamente ao desempenho exercido por tal cargo ao qual a Constituição assegura foro especial.

No caso, o réu fora denunciado pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), quando era candidato à Prefeitura de Cabo Frio (RJ). Ao ser denunciado, porém, já ocupava o cargo de prefeito e, assim, tinha foro especial no Tribunal Regional Eleitoral. Posteriormente, com o encerramento do mandato, o TRE declinou da competência para o juízo eleitoral de 1ª instância.

Na sequência, após a diplomação do réu como deputado federal, o processo foi encaminhado para o Supremo Tribunal Federal. Um ano depois, o réu se afastou do mandato temporariamente e logo o reassumiu, de modo que a Corte voltou a ter competência para julgá-lo. Finalmente, após o término da instrução processual e a inclusão do processo em pauta para julgamento, o réu foi novamente eleito prefeito de Cabo Frio e renunciou ao mandato de deputado. Como o julgamento, pelo STF, o processo foi remetido ao juízo eleitoral de Cabo Frio, e por lá deverá permanecer e ser julgado.

Ao invocar a Questão de Ordem, foi posta em discussão os seguintes pontos controversos: 1) o foro por prerrogativa de função deve abranger apenas as acusações por crimes estritamente relacionados ao desempenho do cargo e enquanto o réu estiver no exercício daquele cargo ao qual a Constituição assegura um determinado foro privilegiado; 2) a jurisdição do STF deve se perpetuar nas hipóteses em que a cessação do mandato ocorra após o término da instrução processual; 3) no caso, o STF deve declinar da competência para o Juízo eleitoral de 1ª instância, para o Tribunal Regional Eleitoral, ou julgar o processo, uma vez que a instrução processual já foi encerrada e o feito já havia sido incluído em pauta para o julgamento antes da renúncia do réu ao mandato de deputado federal.

Este é o enredo fático da problemática que envolve a decisão do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937 Rio De Janeiro, cuja ementa é necessário transcrever, na íntegra, para que após possamos estabelecer os pontos decididos pelo STF:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. 2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo. 4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF 5. A partir do final da

instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância (BRASIL, 2019, p.780-781).

Do julgamento de tal Questão de Ordem prevaleceu o entendimento do Min. Luís Roberto Barroso, seguido pela maioria³, em que o caso deveria voltar à primeira instância, que já havia finalizado a instrução processual, uma vez que o réu não é mais detentor de foro por prerrogativa de função no STF.

Restou fixado também que após o final da instrução processual, com a publicação do despacho para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em virtude do agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, independentemente do motivo. Caso o delito tenha sido cometido antes do exercício da função pública, o entendimento adotado é o de que o parlamentar será processado pelas vias ordinárias.

O entendimento já foi aplicado a outros processos em situação semelhante, sendo que vários Ministros do STF já remeteram a instâncias inferiores processos que anteriormente estavam sob suas relatorias⁴.

Outro ponto que merece destaque é que a decisão do STF já teve reflexos em outros Tribunais, como o STJ, na Ação Penal nº 866, em que o Ministro Luis Felipe Salomão, tendo em vista a decisão do STF, aplicou o princípio da simetria para determinar a remessa ao Tribunal de

3 Seguiram integralmente o voto do relator as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, e os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello, e em parte o ministro Marco Aurélio.

4 “Em um desdobramento envolvendo a decisão que restringiu o foro por prerrogativa de função de parlamentares federais, o ministro Marco Aurélio, do STF, determinou a remessa à primeira instância de 17 inquéritos e quatro ações penais envolvendo deputados e senadores. O ministro Alexandre de Moraes enviou seis inquéritos e uma ação penal a instâncias inferiores. O pacote inclui investigação sobre o senador Aécio Neves (PSDB), que passa à responsabilidade da Justiça comum, em Minas Gerais. Um dia após o STF limitar o foro especial, o ministro Dias Toffoli mandou para as instâncias ordinárias seis ações penais de sua relatoria. Para esclarecer dúvidas sobre o tema e “impedir insegurança jurídica”, Toffoli apresentou duas propostas de súmula vinculante. O ministro Celso de Mello também já determinou a remessa de inquéritos contra o deputado federal Tiririca (PR-SP), por suposta prática do crime de assédio sexual, e outro que apura se o deputado Éder Mauro (PSD), conhecido como Delegado Éder Mauro, participou de um caso de tortura” (<https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/decisao-stf-limitar-foro-deixa-duvidas-reeleicao>).

Justiça da Paraíba a ação penal contra o atual Governador do Estado, por acusações de crimes praticados antes de este assumir efetivamente o cargo.

Assim, a decisão do Supremo vem gerando um “efeito cascata” em vários Tribunais, que vem seguindo a orientação da nova jurisprudência do STF para aplicar uma interpretativa restritiva ao foro especial por prerrogativa de função.

5. DA NECESSIDADE DE REDUÇÃO DAS HIPÓTESES DE FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Luis Roberto Barroso (2015), entende que o foro especial conferido a diversas funções públicas perfaz uma “reminiscência aristocrática”, e que em outras democracias não existem disposições semelhantes. A Constituição Federal prevê que muitas autoridades federais respondam perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, nas ações penais.

Barroso destaca ainda três razões negativas do sistema do foro especial:

(i) trata-se de uma fórmula não republicana, que faz parecer que uns são mais iguais do que outros; (ii) o STF não é aparelhado para esse tipo de função, além de sujeitar o Tribunal a um tipo de contágio político que não é bom; e (iii) o modelo é extremamente disfuncional e se presta a todo tipo de manipulação de competência da Corte, mediante renúncia a mandato ou desistência de candidatura, entre outros expedientes. Tudo isso compromete a celeridade, induz à prescrição e gera impunidade (BARROSO, 2015, p. 22)

O ponto (iii) merece destaque, pois justamente nesse ponto, anos depois, que Luis Roberto Barroso, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, invocou a questão de ordem na ação penal nº 937, para que pudesse se pronunciar sobre uma saída interpretativa limitando o foro especial por prerrogativa de função.

Um dos pontos apresentados por Barroso (2015) que fazem por compreender o sistema como “*extremamente disfuncional*”, é justamente a hipótese da “*renúncia a mandato ou desistência de candidatura*”, ou seja, exatamente o que ocorreu no caso do ex-deputado e ex-prefeito de Cabo Frio (RJ), Marcos da Rocha Mendes. Percebe-se portanto, que o STF já sabia dos problemas processuais que envolviam a manutenção do sistema anterior do foro especial.

Dizemos “*sistema anterior*”, porque com a decisão do STF na ação penal nº 937, o número de processos que permanecerão sob a competência da Suprema Corte serão vertiginosamente minimizados, e a impressão de impunidade (do julgamento de ações penais pelo STF) que tal sistema trazia também será alterada.

Estas mesmas impressões resultaram do “V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo”, da Fundação Getúlio Vargas, divulgado em 2017. A pesquisa coletou dados de processos que tramitavam no STF entre 2002 e 2016, em que as partes gozavam da prerrogativa de foro especial (FALCÃO et al., 2017).

6. DOS RESULTADOS APONTADOS PELO “V RELATÓRIO SUPREMO EM NÚMEROS: O FORO PRIVILEGIADO E O SUPREMO”

Desde 2014, com a operação “Lava-Jato”, e a divulgação, em todos os meios de mídia, de políticas e ações de combate à corrupção, houve o aumento vertiginoso do número de ações penais em tramite no STF.

Em 2015, a Procuradoria-Geral da República (PGR), em 2015, enviou ao Supremo Tribunal Federal o nome de 50 políticos para abertura de inquéritos. E em 2017, após as delações realizadas por Marcelo Odebrecht, a PGR enviou ao STF mais 83 parlamentares para investigação, além de outro 320 pedidos de declínio de competência, arquivamentos e outras providências (AGUIAR et. al, 2018).

Em abril de 2017, o Senado divulgou, após pesquisa, o número de autoridades públicas detentoras da prerrogativa do foro especial: 54.990 pessoas. O número de processos na Supremo Corte, em 2016, atingia 77.159, dos quais, em torno de 500 são inquéritos e ações penais sob foro privilegiado. Outra informação do relatório versa sobre os casos de declínio de competência e declaração de prescrição: de 2012 a 2016, de um total de 515 processos, em 44,27% dos casos houve o declínio da competência e, em 4,47% a declaração da prescrição. Somados, temos que 48,74% dos processos não tiveram o mérito analisado pelo STF (FALCÃO et al., 2017).

O relatório passa a ideia e a sensação, ao leitor, de que houve um aumento na impunidade e na ineficiência do Judiciário. Este relatório, e seus resultados, quase que de forma automática ganharam manchete nos maiores meios de comunicação, associando o foro especial por prerrogativa de função à impunidade no julgamento de políticos que cometeram crimes.

Assim, expandiu-se ao longo de, pelos menos, dos últimos 5 anos a lógica de que o foro especial por prerrogativa de função é um instrumento de impunidade e proteção política, utilizado por muitos dos que pleiteiam cargos políticos para abster-se do julgamento nos juízos criminais.

Neste mesmo sentido, escreveu Lênio Streck em sua coluna periódica no Consultor Jurídico (CONJUR):

[...] Benjamin Disraeli um dia disse que existem mentiras pequenas, grandes e... estatísticas. Parece correto, pois não? Como se vê, a partir dos dados “adiantados” foi dada a largada para propagar a ideia de que a impunidade está associada à prerrogativa de função e que a rapidez e eficiência da Justiça ocorre somente na primeira instância. Bingo! Em um país em que, pateticamente, agências de viagens de Curitiba organizam visitas à Justiça Federal para que a horda de fiéis possa conhecer de perto a nossa Meca da antítese da impunidade, o problema desse enunciado performativo “impunidade” logo se transfere e se reduz ao STF e ao chamado foro privilegiado (STRECK, 2017, n.p)

Mais adiante STRECK (2017), conclui o raciocínio (do qual partilhamos), o qual transcrevemos diretamente abaixo pela necessidade de preservação da forma como o raciocínio foi

exposto pelo mesmo.

[...] Não nego — e seria tapar o sol com a peneira ignorar isso — que existem muitos abusos. Existe uma enorme quantidade de cargos públicos que não deveria receber o *status* de foro privilegiado. Mas, a partir disso, concluir que um regime republicano seria incompatível com esse instituto é o mesmo que fazer terra arrasada de nossa complexa engenharia constitucional. Ou alguém acredita que seria interessante para a estabilidade política e o equilíbrio entre os Poderes ver o ministro da Justiça julgado pela primeira instância? Foro de prerrogativa de função existe em razão do cargo, e não em razão da pessoa. E mais, se a pesquisa da FGV (ou a reportagem de *O Globo*) dá a entender que a impunidade se concentra principalmente no STF e que na primeira instância os processos caminham de maneira mais eficiente, *estariamos autorizados a transferir tudo para a primeira instância?* (STRECK, 2017, n.p)

No mesmo sentido, se manifestou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, reiterando seu posicionamento anterior, sopesando a “certeza” dos números apresentados na pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV). O Ministro aduz que “a jurisdição prestada pelo STF não é pior do que aquela pelas instâncias ordinárias”, e faz um comparativo entre velocidade de julgamentos e efetividades das instâncias entre, o STF, e outras instâncias ordinárias.

O Ministro Gilmar Mendes cita, em seu voto, o exemplo 13ª Vara Federal de Curitiba, que além de ser especializada em razão da matéria, recebe da Corregedoria do TRF da 4ª Região, todo o apoio no desenvolvimento dos trabalhos. Na mesma Vara, as forças policiais e o Ministério Público, atuam nos feitos de forma prioritária (BRASIL, 2019).

No que concerne a efetividade entre instâncias, usa do exemplo da ação penal 470 (“Mensalão”). Naquela ação, ressaltou que o Supremo julgou e condenou vários acusados, sendo que muitos já cumpriram suas penas. Já nas instâncias ordinárias, aponta que desdobramentos da investigação original e demandas análogas até hoje ainda estão pendentes na justiça. Exemplifica também o caso do que chama de “mensalão tucano”: a denúncia foi ofertada em 2007, recebida e instaurada como Ação Penal 536.

Contudo, o STF declinou da competência para a primeira instância, com o processo já instruído em 2014. Até a presente data, ressalta que o processo não se findou. Muito pelo contrário, está em fase recursal no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No mesmo sentido, aduz sobre o “mensalão do DEM⁵”, que até a presente data não gerou em nenhuma ação penal (BRASIL, 2019).

Conclui o Ministro que “[...] não temos sequer estatísticas confiáveis da atuação da justiça criminal no Brasil. Os poucos dados existentes não são reconfortantes. A primeira instância do Poder Judiciário é notória por sua disfuncionalidade” (BRASIL, 2019, p. 1167).

No mesmo sentido, Lênio STRECK (2017) assevera que o problema da impunidade não é

5 “Mensalão do DEM” é o nome popular do escândalo de corrupção que surgiu no final de novembro de 2009 pela Polícia Federal, através da *Operação Caixa de Pandora* e baseada nos depoimentos de Durval Barbosa. Entre os envolvidos destacavam-se diversos membro do DEM, o governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda, entre diversos outros exercentes de mandatos eletivos.

a existência do instituto do foro especial por prerrogativa de função. O problema é muito mais amplo e multifatorial.

[...] Também em casos de corrupção, dados apresentados pelo CNJ em 2013 mostravam que, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2011, foi declarada a prescrição de 2.918 casos (vamos comparar isso com o STF?). Além disso, conforme a mesma pesquisa, em 2012 ocorreram 1,4 mil denúncias por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Dos 422 julgamentos de pessoas acusadas por esses crimes, em casos que envolviam 609 réus, foram condenados em definitivo 180 réus [3] (isso é pouco ou muito?). É claro que a questão do foro decorrente do cargo (e não da pessoa) deve ser debatida e pensada com maior racionalidade. Mas não creio que esse, mesmo da forma que esteja, seja o responsável pela impunidade. A realidade indica que esses processos demorariam ainda mais caso iniciados no primeiro grau, onde os juízes estão tão ou mais assoberbados de trabalho que os tribunais. Ainda, o destino final desses processos seria, por via de recursos, os mesmos tribunais (STRECK, 2017, n.p).

O aludido Relatório da Fundação Getúlio Vargas criou condições favoráveis para que a PEC do fim do foro privilegiado (à época ainda pendente de votação do Senado, sob o nº 10/2013), fosse trazida ao debate e posteriormente para votação⁶. Isso porque os dados do Relatório foram replicados, quase que instantaneamente, por todos os grandes veículo de comunicação em massa, que em seus editoriais, concluíram – mesmo antes de serem divulgados os resultados finais da pesquisa da FVG – que a manutenção do instituto do foro privilegiado significa impunidade, e que o STF, no julgamento de ações penais, é moroso e ineficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, com o passar dos tempos, e advento das várias Constituições, houve o aumento desmedido das hipóteses constitucionais em que pessoas que exercem funções públicas tenham foro especial em decorrência desta função que exercem. Se a análise se restringir às hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal tem a competência originária para processar e julgar, o rol ainda continua bastante extenso.

Importante consignar também que o instituto do foro especial pela prerrogativa da função não é incompatível com isonomia no tratamento jurídico entre todas os cidadãos. Muito pelo contrário.

Inegável, ademais, que o instituto é importante para evitar perseguições políticas contra os agentes políticos (que exercem um múnus público) bem como pressões de investigados poderosos sobre juízes de primeiro grau.

A reformulação do sistema jurídico brasileiro (constitucional e processual penal) sobre o foro especial por prerrogativa de função é medida necessária para que possa transparecer o objetivo do instituto de trazer uma segurança para a própria democracia brasileira e para que se veja que o

⁶ Reitera-se o fato de que a PEC, no Senado, foi aprovada por unanimidade – fato raro na prática institucional do legislativo federal e que causa estranheza.

foro especial por prerrogativa de função não significa necessariamente manter um “privilégio” para a figura do “político” brasileiro, mas sim uma garantia constitucional necessária – se aplicada de forma ponderada.

No Brasil, país que sofre (democraticamente), nas vivências institucionais, pelo domínio de oligarquias, ainda é necessária a manutenção do foro especial por prerrogativa de função – inclusive para crimes comuns.

Primeiro, porque como demonstrado, o número de processos sob a égide do STF não reduzirá de forma a desafogar a Suprema Corte. Segundo, julgamento de ações penais e inquéritos no STF, como apontado por Lênio Streck e pelo Min. Gilmar Mendes, não significa, invariavelmente, maior impunidade ou penalização (vide os vários exemplos apontados pelo Min. Gilmar Mendes). Terceiro, o Supremo Tribunal Federal, não é o Tribunal pátrio (nas suas atribuições “*ultra corte constitucional*”) mais moroso – não há nenhum dado que comprove isso. Quarto, é equivocada a ideia de que o regime republicano seria incompatível com a permanência do instituto, desmerecendo, de todo, a construção e a prática constitucional (conforme apontou Lênio Streck) – seria algo benéfico ao sistema de justiça brasileiro um Ministro de Estado sendo julgado pelas instâncias ordinárias comuns?

Assim sendo, a realidade judiciária indica que os inquéritos e ações penais demorariam mais, se fossem processadas nas instâncias ordinárias, em primeiro grau, eis que os juízes estão mais, ou igualmente, atulhados de trabalho em comparação com os Tribunais. E outra, pela via recursal, tais processos, iriam, invariavelmente, serem postos sob apreciação dos tribunais.

Nos parece necessária a revisão dos mecanismos constitucionais e processuais penais relativas ao foro especial pela função exercida. Contudo, a PEC N 333/2017, é simplória, e não resolverá os problemas de morosidade na Justiça, de impunidade para com autoridade públicas e prescrição de fatos puníveis criminalmente. A PEC, apenas prevê a revogação de vários dispositivos constitucionais, no ponto “crimes comuns”.

Uma reforma essencial, seria previamente pensada e debatida com setores do Judiciário, legislativo e a sociedade civil, para criar um sistema de foro especial, reduzido, mas que ainda mantivesse, possibilidades especiais de foro, para pessoas que por suas funções públicas cometessem crimes comuns, sob pena de se verem situações anacrônicas (de altas autoridades sendo julgadas por juízes singulares).

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio César de. et al. O fim do foro especial por prerrogativa de função. **Revista de informação legislativa**, v. 55, n. 217, p. 115-134, jan./mar. 2018.

AURÉLIO (Dicionário On-line). **Dicionário de Português**. Disponível em:
<<https://dicionariodoaurelio.com/privilegio>>. Acesso em: 13 Jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Estado, sociedade e direito: diagnósticos e propostas para o Brasil. **Revista de Direito da ADVOCEF**. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, p. 13-28, n.20, 2015.

BELÉM, Orlando Carlos Neves. **Do Foro Privilegiado à Prerrogativa de Função**. 2008. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na Ação Penal Nº 866 - DF (2013/0258052-5)**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 20 junho 2018. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85094168&num_registro=201302580525&data=20180803&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937 RJ**. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=937&classe=AP-QO>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 451**. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 10 abr. 2017.

FALCÃO, J. et al. **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em:
<http://bon039.cloud.fgv.br/Foro_privilegiado_no_Supremo_Final.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

STRECK, Lênio. STF paga o pato! Existem mentiras pequenas, grandes e... estatísticas. **Consultor Jurídico (Conjur)**. [S.I.]. 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/senso-incomum-stf-paga-pato-existem-mentiras-pequenas-grandes-estatisticas>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 2. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL POR INICIATIVA POPULAR: NOVOS PARADIGMAS À REFORMA CONSTITUCIONAL

Carla Nader GERVASONI¹
Ellãn Araújo SILVA²

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a proposta de emenda constitucional por iniciativa popular. Diante do silêncio do constituinte originário, a análise dos princípios constitucionais inerentes ao tema é essencial, de forma que se chega à conclusão de que a opção pela impossibilidade de exercício do poder reformador pelo povo gera a mitigação do princípio da soberania popular em virtude de uma ponderação de valores desproporcional.

PALAVRAS-CHAVE: emenda constitucional; iniciativa popular; democracia.

ABSTRACT

The purpose of this work is the proposed constitutional amendment by popular initiative. In the face of the silence of the constituent, the analysis of the constitutional principles inherent to the subject is essential, so that one arrives at the conclusion that the option for the impossibility of exercise of the reformer power by the people generates the mitigation of the principle of popular sovereignty by virtue of a disproportionate values-weighting.

KEYWORDS: constitutional amendment; popular initiative; democracy.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é investigar a possibilidade de proposta de projeto de emenda constitucional por iniciativa popular, considerando, sobretudo, os princípios constitucionais que sustentam a ordem democrática.

Inicialmente, cabe ressaltar que a democracia, regime de governo consagrado pela Constituição Federal de 1988, pressupõe um poder exercido pelo e para o povo, de forma que dela é inexorável a participação popular indireta, por meio de representantes, e direta, através de mecanismos específicos de sua efetivação, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular – previstos, primeiramente, no Capítulo dos Direitos Políticos na Carta Maior.

Interessa aqui estudar a iniciativa popular, a qual volta a ser abordada na Constituição na Seção VIII, que dispõe sobre o processo legislativo, e já é prevista, expressamente, em

1 Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e do 2º ano do curso de Filosofia da Universidade Paulista “UNIP”. E-mail: carlanader@outlook.com

2 Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do CNPq/PIBIC (2018/2019), decorrente do projeto de pesquisa intitulado “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos sob o prisma do Direito Processual Constitucional Transnacional: análise crítica do processo concebido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos como violador dos direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos em comparativo com o Sistema Europeu de Direitos Humanos”. ellanaraujo56@gmail.com

Constituições Estaduais, como na da Bahia e do Pará, como forma de exercício do poder de reforma.

Recentemente, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 825, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ajuizada pelo governo do Amapá, decidiu-se pela constitucionalidade do dispositivo da Constituição Estadual do Pará que prevê a possibilidade de emenda à Constituição por iniciativa popular, o que leva a questionar sobre a reforma da própria Carta Federal por vontade do povo.

Ao discutir a possibilidade de projeto de emenda constitucional por iniciativa popular, debate-se, inevitavelmente, princípios constitucionais, democracia e hermenêutica constitucional, levando-se em consideração a ausência de previsão expressa, na Carta Maior, da possibilidade de reformar o texto constitucional da maneira como está sendo explanado.

O princípio da soberania popular, unidade da Constituição, concordância prática e rigidez constitucional ganham destaque no embate, de forma que a [im]possibilidade de iniciativa popular em proposta de emenda à Constituição leva a questionar se a ponderação de valores não acaba por mitigar um dos mais importantes princípios democráticos em favor da rigidez constitucional e da interpretação literal.

2 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A SOBERANIA POPULAR

A exposição do tema está adstrita à possibilidade, com base constitucional, de proposta de emenda constitucional por meio de iniciativa popular, e, para tanto, faz-se mister assentar algumas conceituações que servirão de plano de fundo para o desenrolar do trabalho.

A começar que, como é cediço, após o fim do regime militar que assolou o país de 1964 à 1987, houve a preocupação de estabelecer um ordenamento de conteúdo reacionário em detrimento do cenário que figurava naquele momento – de supressão da ordem democrática e violação dos Direitos ditos materialmente fundamentais, imprescindíveis para a existência da espécie humana, com reiteradas torturas, desaparecimentos e assassinatos, tanto do lado militar como do lado da oposição, mas de sobremaneira do lado militar.

Ocorre que, naquele período, o Brasil vivia verdadeira “guerra civil”. O constante temor alimentado pelas atrocidades cometidas pelos militares, conjuntamente com o cerceamento da liberdade de expressão, base para qualquer regime democrático, reclamou que uma nova ordem, uma verdadeira revolução constitucional, fosse imposta, fundada na legitimidade popular, colocando a dignidade da pessoa humana no mais alto patamar jurídico.

Promulgada, portanto, aquela que muitos denominam “Constituição Cidadã”, que exaltou normas-princípios, ou normas fundamentais do Estado - como o princípio republicano, princípio da

unidade federativa, o princípio democrático, o princípio da soberania popular, princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros -, houve afinal, após anos de reiteradas violações aos direitos humanos, uma ordem “feita pelo povo”, o que atribuiu legitimidade à nova ordem que insurgia contra a passada; uma ordem governada pelo povo, primando pela soberania popular, e, por fim, para o povo, de forma que o Estado Democrático de Direito estivesse à serviço dos interesses de seus cidadãos.

Dispõe, destarte, o art. 1º, § único da Constituição Federal:

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

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Essa proposição “*Todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição*”, nada mais é do que a base normativa em que está inerente em seu genoma, com todo o seu esplendor e romanticismo, o princípio democrático.

De acordo com o sobredito princípio, o Estado Democrático de Direito não possui um ser que está acima de todos os outros e que governa conforme a sua vontade ou lei que ele próprio criou, pois todos os indivíduos estão em uma relação de igualdade política. Os mais e os menos afortunados não mais devem se enxergar como ímpares, mas devem se enxergar como pares, dentro de sua liberdade inviolável, tanto pelo Estado quanto pelos co-cidadãos, de modo a existir uma proteção vertical (frente ao Estado) e horizontal (frente ao seu par) dos Direitos Fundamentais do homem, a essa altura, melhor dizer do ser humano.

Toda essa gama ideológica há muito foi proclamada já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no seu saudoso art. 3º, que dispõe: “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. Uma proposição que parece ter sido redigida pelo próprio Jean-Jacques Rousseau, ao proclamar, em seu ensaio sobre o Contrato Social:

Ora, sendo o soberano só formado pelos particulares que o compõem, não tem nem pode ter interesses contrários aos deles; conseqüentemente, o poder soberano não tem precisão alguma da garantia para com os súditos, porque é impossível querer o corpo prejudicar todos os seus membros [...].³

A soberania que parece estar ausente no Estado Democrático de Direito, na realidade, está figurada na unidade composta pela multitude de indivíduos que compõem determinado Estado, emanando suas vontades particulares, representada por um princípio universal abstrato de vontade geral, de forma macroscópica, que se divide nas mais diversas vontades, que, comumente, divergem entre si, quando observado de forma microscópica, e assim mostra-se a Democracia nos dias

3 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 3ª Ed. 1ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 31

hodiernos.

Em verdade, como preleciona José Afonso da Silva, “[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”⁴.

O próprio termo “Democracia”, possui topografia ou semântica diversa do conceito assentado no século III a.C. por Aristóteles e a noção de Democracia que temos hoje.

As lições aristotélicas partem da premissa de que a diferença entre os gêneros Democracia e Oligarquia não está na quantidade dos que governam, já que é comum que haja mais pobres do que ricos em uma cidade, dando a impressão acidental de que a Oligarquia é o governo em que poucos governam, Democracia é aquele governo em que muitos governam, mas a real diferença está na pobreza e na riqueza dos que governam⁵, de forma que há Democracia quando o lado vitorioso, e a partir de então soberano, é o dos pobres⁶.

De outro lado, a noção de regime democrático que temos agora, vai muito além de considerar a riqueza ou não dos cidadãos de determinado Estado, e se eles governam ou não. Pode-se considerar as linhas gerais do que seja Democracia partindo de duas máximas, quais sejam, a da Liberdade e da Igualdade.

Não há como subsistir um regime democrático sem que haja a possibilidade de agir conforme os interesses particulares, de dispor da existência como bem entender. Não há como a Democracia se sustentar sem a possibilidade de se expressar de forma deliberada e livre, de apresentar ideias sem que se seja tolhido o direito de ter pensamento próprio.

Além do direito de pensar, há o direito de pensar de forma diferente – eis o porquê de a Democracia, em essência, ter como plano de fundo conceitual a existência de opostos.

Presume-se que por meio do dissenso, chegar-se-á em um consenso, e ninguém deve ser reduzido à negação existencial pelo simples fato de dissentir, pois essa é a natureza democrática, emanção de potências diversas, de agires diversos e de fazeres diversos, dentro de uma área de atuação restrita, fronteira à liberdade, e conseqüente dignidade, de outrem.

Essa é a máxima de Liberdade da Democracia, e talvez o que se tem de melhor em sua essência: a consciência e respeito pela existência de seu igual e respeito pela expressão anímica da personalidade deste, dê que não vá contra aquilo que se entende como “sociedade civilizada”, porquanto, a afronta à civilização é uma afronta ao próprio instinto de sobrevivência humana e, inexoravelmente, o celerado que perpetrar condutas valoradas em “infrações penais”, irá sofrer

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 126

5 ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2018, p. 111 (Livro III, Capítulo VIII)

6 *Ibid.*, p. 159 (Livro IV, Capítulo XI)

represálias.

De outra banda, a Democracia não sobrevive em um regime que as potências contrárias existentes, que se digladiam no campo físico e metafísico, sobrepõem-se a outra, apoiando-se, uma delas, em privilégios indevidos. A Democracia alimenta-se dessa equação e, como na matemática, há um princípio de igualdade dos lados para a descoberta da incógnita.

Poder-se-ia dizer que a Democracia é o direito de todos terem uma espada e uma balança em mãos. O resultado é que se pressupõe uma igualdade política e uma igualdade formal dos cidadãos que estão sob a ordem constitucional, pois estes são tratados de forma indiferente na conferição de Direitos de Fundamentais, em tese, já que a realização desses direitos é problematização de ordem prática.

O ponto é que, é imprescindível, para que a Democracia seja saudável, que haja uma paridade na atribuição de “valor social” às diversas emanações de vontades, inexistindo qualquer tipo de hierarquia de castas sociais, seja por sexo, cor, raça, situação financeira, nacionalidade, e qualquer outro tipo de critério de diferenciação.

Portanto, só pode haver democracia no âmbito das normas jurídicas que se mantenham constantemente abertas à formação democrática e renovadora de opinião e de vontade, de forma que cada cidadão tenha chances iguais e livres de co-participação na organização das relações públicas.⁷

Assim desdobra-se o princípio universal abstrato da vontade geral, detentor da soberania prevista no art. 1º, I da Constituição Federal, e do poder que enuncia o art. 1º, § único da mesma Lei Fundamental.

2.1 O Poder Constituinte Derivado ou Reformador e a Soberania Popular

O art. 1º, § único da Constituição Federal prevê: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Mas afinal, que poder é esse?

Para responder essa pergunta, deve-se retroagir a delinear o Princípio da Separação de Poderes, extraído do art. 2º da Constituição Federal:

Ao discorrer sobre a jurisdição no quadro do poder estatal, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes ensinam:

A jurisdição costuma ser conceituada com a tríplice qualificação como *poder*, como *função* e como *atividade*, mas essa assertiva merece uma retificação. Ela não é propriamente *um poder*, mas uma *expressão de poder estatal*, o qual é uno e não comporta qualquer ramificação.
[...]

7 KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**: Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático (*Einführung in die Staatslehre Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*). 6ª Ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 364

A função exercida na atividade *legislativa* é a de instituir normas de caráter geral e abstrato destinadas a reger no futuro a vida dos integrantes da sociedade (legislação). A função exercida na atividade *administrativa* é a de promover o bem comum mediante a oferta de serviços e segurança à população (administração). E a função exercida na atividade *jurisdicional* consiste na busca da pacificação de sujeitos ou grupos em conflito.⁸

Com essa lição, há que se destacar dois pontos: o primeiro é o da unicidade do poder estatal; o segundo é uma suposta separação de poderes com base no critério- função.

A sociedade é organizada de forma política a demandar três funções, pilares para o efetivo governo estatal, pois uma sociedade pautada em regras de condutas reclama três atividades, a serem expostas em três indagações: Quem cria as regras de conduta? Quem executa as regras criadas pelo primeiro para garantir a ordem? Na iminência do descumprimento da regra, quem torna indene a ordem?

A resposta, respectivamente, é o Legislativo, Executivo e Judiciário; três searas que exercem uma parcela do poder que é uno, todavia, que não é assaz para exercer todas as funções, impedindo-se, destarte, arbitrariedades.

Isso porque, se o ato de legislar e de julgar são atribuídos a mesma pessoa, o poder dado a ela será tamanho que, quem dita as regras, será o mesmo que diz como elas serão aplicadas no caso concreto, possuindo a sociedade sob seu controle. Se o ato de executar e de julgar é atribuído a uma mesma autoridade, eventual violação da ordem no momento da execução pode não ser reprimida, justamente porque quem julga é o mesmo que executa. Se o ato de legislar e executar é atribuído a mesma autoridade, este poderá formular as regras que quiser, posto que elas serão necessariamente executadas. Se todos esses atos são atribuídos a uma mesma pessoa, há, por conseguinte, o absolutismo.

Esses são os denominados poderes constituídos, pois eles são expressões de um poder uno, o qual foi criado, constituído ou instituído por um poder primordial, pelo constituinte originário, tendo em vista que criou e redigiu a Constituição que prevê tal separação de funções.

Entretanto, a sociedade é dinâmica, e está em constante movimento e evolução, pois a sociedade é como o rio e o homem de Heráclito⁹, e a única coisa que permanece é a mudança.

A Constituição (no sentido formal ou textual, e não no seu sentido real ou material) e as Leis são apenas textos que expressam preceitos normativos, registros linguísticos feitos em determinado lapso temporal, estáticos na mudança - feitos devido à incapacidade humana em permanecer em harmonia com os seus da mesma espécie - sem utilidade caso não sejam aplicados pelos magistrados, ou não sejam obedecidos pelos chefes do executivo, e esquecidos no tempo caso

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3º Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 77

9 O homem que volta ao mesmo rio, nem o rio é o mesmo rio, nem o homem é o mesmo homem.

não renovados pelo legislador.

Sociedade e Direito não estão descolados, mas ao contrário, as repercussões em um, reflete em igual potência no outro, quase como irmãs siamesas. Se esses dois planos estão em dissonância, não há motivos para não observar, eventualmente, que os costumes e a moral sobreponham-se à Lei e à Constituição formal, ou que o Estado, que era Democrático de Direito, passe a ser um Estado Totalitário, um verdadeiro *Leviatã*, devido à insistência em se aplicar normas deslegitimadas, e uma vez que ganhem (as normas) esse *status*, a única forma de impô-las é pelo uso da força, caso contrário, naturalmente, não serão obedecidas.

Este é o efeito que textos normativos ou interpretações, anacrônicos, podem causar em uma sociedade, caso o instituto jurídico e o instituto social não estejam em harmonia.

Por isso, o poder constituinte originário não poderia deixar ao alvedrio do tempo, os rumos da sociedade, precisava criar meios para que o Direito acompanhasse o movimento evolutivo social, a fim de manter a coerência entre os institutos, e conservar a legitimidade popular dada ao Estado, que não era mais um fim em si mesmo, mas uma entidade creditada em assegurar os Direitos Fundamentais de uma dada sociedade, como bem diz John Locke:

Mas, embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade assim o requeira, cada uma age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir a cada um sua propriedade, remediando aqueles três defeitos que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante.¹⁰

Em que pese o legalismo da época de John Locke, vertente, inclusive, adotada por ele, superou-se as teorias filosóficas do Direito que almejavam acima de tudo, descobrir qual era a fonte do Direito, atribuindo por vezes à razão (caso de Locke e muitos contratualistas), à experiência ou à Divindade, e mesmo que Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, tenha chegado perto do que estamos defendendo, sendo o precursor da Escola Histórica do Direito, o fato é que o grande erro dos filósofos do século XVII e XVIII, foi pensar que dessa forma iriam encontrar a Lei que poderia ser aplicada a todo caso concreto de forma indiferente.

Ignoraram o fato de que o Direito, encontrando seu fim na sociedade, não se constrói apenas em análises e prognósticos sociológicos e a criação de proposições universais em que todos os casos estão subsumidos. Mas em um universo composto de contrários, a construção do Direito vai além disso, pois há uma margem imprevisível que somente é apurada no caso concreto que se opõe à previsão legal, diante de um fato não regulamentado, ou uma situação em que a aplicação da Lei entra em atrito com a essencialidade humana, ou seja, sua dignidade, a Lei é escassa em

10 LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil** – e outros escritos. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 159.

respostas. Aristóteles já dizia o que a Escola Exegética e Napoleão Bonaparte pareceram ignorar:

As diferentes prescrições jurídicas e legais estão, no que diz respeito às ações que elas determinam, na mesma relação que o universal com os casos particulares, pois as ações realizadas são muitas, ao passo que cada uma dessas prescrições é uma, sendo universal.¹¹
[...]

Ademais, mesmo no tocante a leis escritas, não é melhor mantê-las imutáveis. A política, bem como as demais artes, não pode esboçar todos os pormenores. A lei deve ser universal, mas as ações concernem ao particular. Daqui podemos concluir que às vezes, em alguns casos, certas leis devem ser mudadas.¹²

Diante dessa dificuldade, houve a necessidade de um poder que seria responsável por realizar as mudanças pontuais, um poder de reforma, um poder que deriva do poder constituinte originário, assim, foi instituído o poder constituinte reformador ou derivado, que reformaria a ordem constitucional por meio de Emendas Constitucionais. Se uma vez o poder constituinte originário representou o princípio universal abstrato da vontade geral, a partir de agora, quem o fará será o poder constituinte reformador ou derivado.

2.2 Emenda Constitucional por Iniciativa Popular e o Supremo Tribunal Federal

Neste momento, necessário é estabelecer três premissas: a concepção constitucional da Emenda Constitucional, a iniciativa popular e essa dentro do contexto do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 825, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ajuizada pelo governo do Amapá, para discutir a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de dispositivos da Constituição Estadual do Amapá, que entre os dispositivos considerados constitucionais, está aquele que prevê a possibilidade de emenda constitucional por iniciativa popular.

2.2.1 Emenda à Constituição

A Constituição, enquanto Lei Maior que ordena um Estado soberano e baseia todo seu sistema normativo, não pode ser imutável, porquanto o povo não o é. Dessa forma, “Se perder a sintonia com seu tempo, a Constituição já não poderá cumprir a sua função normativa e, fatalmente, cederá caminho para os fatores reais do poder. Estará condenada a ser uma Constituição meramente nominal, quando não semântica”¹³.

Da mesma maneira que não pode permanecer inerte, a Carta Federal não pode se modificar com tamanha facilidade que a fragilize e a torne inconsistente, sob pena de desvirtuar-se a própria democracia, diante da vontade de grupos dominantes e da vontade política do momento.

11 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2017, p. 140 (V, 1135a, 5)

12 *Idem, Op. cit.*, p. 80-81 (Livro II, Capítulo VIII)

13 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 178. Livro digital. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/pageid/178>>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

Por esse motivo, o constituinte de 1988 optou pela rigidez constitucional, pretendendo conferir maior estabilidade à Carta. A reforma da Constituição, portanto, obedece a grande rigor procedimental e é pautada pelo equilíbrio entre a [i]mutabilidade e a vulnerabilidade.

É da lavra de James Bryce a tradicional distinção entre constituições flexíveis e rígidas: no que diz com as primeiras, “as leis constitucionais” só diferem das demais leis pela matéria, mas não pela hierarquia, visto que o procedimento apto a produzi-las é idêntico, inexistindo óbices a que as normas constitucionais sejam alteradas a qualquer tempo pela autoridade legislativa ordinária; já as constituições rígidas se distinguem pela supremacia hierárquico-normativa que ostentam em face das leis em geral, revelada pela sujeição da reforma constitucional a processo mais rigoroso do que o atinente à produção de leis.¹⁴

A esta altura, quase que desnecessário dizer que Emenda Constitucional é a espécie normativa destinada a modificar, formalmente, o texto constitucional, de forma a evitar rupturas constitucionais e preservar sua identidade e elementos essenciais.

No que concerne à sua posição no ordenamento jurídico vigente, está prevista nos art. 59 e 60 da Constituição Federal, com os respectivos textos: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição”; “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada[...]”.

Seu *quórum* de aprovação está previsto no § 2º do art. 60, em que dispõe que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Diferente das Leis Ordinárias e Complementares, a legitimidade para a propositura é mais restrita, em suposto respeito ao Princípio da Rigidez Constitucional.

Destarte, a proposta poderá ser feita: a) por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) pelo Presidente da República; c) por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros.

2.2.2 *Iniciativa Popular*

Como exposto alhures, a soberania popular funda-se no princípio universal abstrato da vontade geral, de forma que a participação do povo no governo, e a maneira como essa participação é feita, é tema fundamental a ser discutido em uma democracia.

Primordialmente, quando se fala em soberania popular, imprescindivelmente, adentra-se no campo dos Direitos Políticos, que são, de forma singela, os Direitos Fundamentais que permitem que o indivíduo, como cidadão, possua prerrogativas, atributos ou faculdades para intervir na vida política de seu país, em respeito ao Princípio Democrático, estabelecendo as hipóteses de exercício direto do poder estatal pelo povo.

14 CANOTILHO, Gomes, J. J.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Série IDP - **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

A iniciativa popular de Lei (regulamentada pela Lei n. 9.709/98) nada mais é que um dos meios para o exercício desses Direitos Políticos. Dispõe o Art. 14 da Constituição Federal: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I- plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”.

A iniciativa popular, portanto, confere ao cidadão, preenchido os requisitos, o direito de, diretamente, propor projeto de Lei, seja Ordinária ou Complementar.

Acerca do exercício da iniciativa popular no processo legislativo, dispõe o autoexplicativo art. 61, § 2º da Constituição Federal: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento dos eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

Segundo a Lei (9.709/98), em seu art. 13, iniciativa popular “consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

2.2.3 A Emenda à Constituição por Iniciativa Popular no Supremo Tribunal Federal

A Constituição não prevê expressamente a possibilidade de exercício do poder de reforma à Constituição através da iniciativa popular, muito embora, diversas Constituições Estaduais já o façam.

A Constituição Estadual da Bahia, em seu art. 74, inciso IV, dispõe: “Art. 74. Esta Constituição poderá ser emendada mediante proposta: IV – dos cidadãos, subscrita por, no mínimo, meio por cento do eleitorado do Estado”.

A Constituição do Pará, no seu art. 8º: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Assembleia Legislativa de projeto por, no mínimo, meio por cento do eleitorado do Estado. Parágrafo único: Tratando-se de projeto de emenda à Constituição, os subscritores devem estar distribuídos, pelo menos, por dez Municípios, sendo necessário, em qualquer hipótese, o mínimo de três décimos por cento dos eleitores de cada Município”. E ainda no art. 103: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: V – popular, na forma do art. 8º”. A Constituição do Pernambuco no art. 17, inciso III, a Constituição de Santa Catarina no art. 49, a Constituição de São Paulo no art. 22, inciso IV. A Constituição do Amapá no art. 110.

Esta última, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 825, em que visava o debate da constitucionalidade ou não de alguns pontos da Constituição do Amapá, entre eles, o art. 110.

Na data de 25 de outubro de 2018, a Ação, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, por maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora a Constituição não autorize proposta de iniciativa popular para emendas ao próprio texto, mas apenas para normas infraconstitucionais, não há impedimento para que as constituições estaduais prevejam a possibilidade, ampliando a competência constante da Carta Federal¹⁵.

Todavia, a Constituição Federal, deveras não autoriza Proposta de Emenda Constitucional por meio de iniciativa? Seria um vício formal subjetivo de inconstitucionalidade da Emenda à Constituição? Se for, qual justificativa? Talvez não seria muito mais curial, segundo uma interpretação sistemática e contextual da Constituição, que a iniciativa popular fosse usada também para proposta de Emenda Constitucional?

Como visto, o art. 1, § único da Constituição Federal dispõe claramente, que o poder soberano é pertencente ao povo, representado pelos poderes constituídos, ou diretamente.

O art. 14 da Constituição prevê quais são as formas de participação direta na vida política do país, mas afinal, o rol do art. 60 da Constituição, aqueles que são legitimados para propor a Emenda Constitucional, primordialmente, que função lhes é conferido para tanto? Antes não são representantes do povo, que é titular do poder soberano? Ou isso feriria o Princípio da Rigidez Constitucional? Talvez não seja válido refletir que, se a previsão de emenda constitucional por iniciativa popular nas Constituições Estaduais não é contrária à Constituição Federal, o que validaria que tal aumento da amplitude democrática na própria Constituição Federal fosse vedada? Não estaríamos retroagindo ao pensamento da Escola Exegética francesa, que já se demonstrou ineficiente? Ou será que a Constituição cidadã, que, em regra, cria um Estado Democrático de Direito, abre exceções para que a população fique tão somente ao alvedrio do Legislador?

Paulo Bonavides dispõe o seguinte sobre o tema:

No artigo 14 se nomeiam os instrumentos plebiscitários da democracia direta; não todos, senão os três mais importantes: o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Mas a Lei Almino Afonso, ato legislativo retardatário, ao preencher a reserva legal do sobredito artigo, chegou com uma década de atraso, reproduzindo e espelhando fielmente a má vontade das casas congressuais em repartir com o povo a participação legislativa, cuja força e densidade devem radicar na firmeza, alcance e extensão de um princípio e não na fragilidade de uma regra.

[...]

Será essa a segunda fase da grande caminhada democrática começada com a campanha de introdução de emenda à Constituição por iniciativa popular, que ora recebe o apoio de distintas Assembleias Estaduais, onde o poder constituinte das unidades autônomas da Federação já escreveu em suas respectivas Cartas o dispositivo instituidor da iniciativa popular em matéria constitucional.

[...]

Os refutadores da democracia participativa, em geral, apresentam-se movidos menos da fé e lealdade a princípios do que do empenho em promover, executar e fazer, durante o exercício da função representativa, a defesa de interesses, não raro, oportunistas, egoístas e privatistas. Temem, por conseguinte, que a perda, supressão, ou quebra do freio do art. 49,

15 < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393827>>

XV, no que toca à competência exclusiva do Congresso Nacional sobre a matéria ali estatuída, escancare a porta da expansão participativa do povo em assunto de legislação constitucional.¹⁶

Tendo isso em mãos, passa-se a analisar a possibilidade ou não de proposta de emenda constitucional por iniciativa popular.

2.3. Emenda Constitucional por Iniciativa Popular: Uma Questão De Hermenêutica

De modo geral, muito se fala sobre a interpretação constitucional. São diversos os constitucionalistas que elencam métodos e princípios relacionados à hermenêutica. Para os fins do presente trabalho, cabe destacar três planos de análise da interpretação constitucional elencados por Luís Roberto Barroso.

O primeiro deles é o plano essencialmente jurídico ou dogmático, que “envolve as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica”¹⁷, dentro do qual estão as regras de hermenêutica, os elementos de interpretação (de acordo com a doutrina tradicional, interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica) e os princípios específicos da interpretação constitucional.

O segundo plano é o teórico ou metodológico, que “compreende a construção racional da decisão, o itinerário lógico percorrido, entre a apresentação do problema e a formulação da solução”¹⁸. É nesse plano que as escolas de pensamento jurídico se destacam, podendo ser agrupadas em quatro categorias: o formalismo, marcado por escolas que privilegiam uma visão mecanicista do Direito, fundada na subsunção acrítica do fato à norma, como a Escola da Exegese e Jurisprudência dos Conceitos; a reação antiformalista, que confere maior importância aos fatos sociais e rejeitam a redução do Direito à norma, tendo como expoente o jurista Rudolph von Ihering; o positivismo jurídico, que pretende que o Direito seja uma ciência objetiva e neutra, através de pensamentos que defendem, dentre outras particularidades, a separação entre o Direito e a Moral e entre lei humana e direito natural – vinculada a essa categoria está a *Teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen; por fim, a última categoria, a volta dos valores, surge no período pós-guerra e é marcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, internacionalmente, e pela centralidade da dignidade da pessoa humana.

O terceiro plano elencado é o da justificação política ou da legitimação democrática, o mais importante para o estudo por ora desenvolvido, vez que é nesse âmbito que se discute a

16 BONAVIDES, Paulo. **A Primeira emenda à Constituição por iniciativa popular**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008, p. 54.
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224179/000862400.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2019.

17 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 313

18 *Ibid.*, p. 313

separação de Poderes e a legitimação das decisões judiciais, sobretudo no tocante a tensões que surgem da interpretação constitucional, como quando o judiciário atua na ausência de manifestação expressa do legislador, visando a máxima efetivação dos valores e fins consagrados pela Carta Maior.

Especificamente no que concerne ao silêncio da Constituição, assinala Barroso que uma das formas pela qual se manifesta a postura ativista é através da “aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”¹⁹, o que nos remete ao caso da reforma da Carta Federal por proposta do povo.

A iniciativa popular, em se tratando de projeto de emenda constitucional, em que pese não esteja elencada no rol do § 2º, do artigo 60, da Constituição Federal, não é vedada por nenhum de seus dispositivos. Pelo contrário, partindo-se de uma análise da conjectura constitucional, aufere-se que a Constituição Cidadã, como manifestação democrática do poder constituinte, preza pela participação popular, pelo poder exercido pelo e para o povo. Com isso, o constituinte originário preocupou-se em basear a nova ordem constitucional em princípios democráticos, que da Constituição emergem e nela permeiam.

Para que esses princípios não deixem de ser utilizados como paradigmas para aplicação das regras, o princípio da unidade constitucional, que ganhou destaque na doutrina e jurisprudência alemãs, designa que em nenhum caso as normas constitucionais hão de ser interpretadas como dispositivos isolados, mas deve-se, obrigatoriamente, observá-las como parte de um todo, haja vista que a interpretação dessas deve ser feita de tal maneira a se evitar contradições com outras normas da Constituição²⁰.

Com efeito, elucida Luís Roberto Barroso:

Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: “O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal”. O fim primário do princípio da unidade é procurar determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições. A tarefa, todavia, pode revelar-se mais complexa do que parece à primeira vista²¹.

O jurista alemão Konrad Hesse, ao desenvolver sobre o princípio da unidade, consignou que em íntima relação com esse princípio está o da concordância prática, do qual extrai-se que “os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que, na solução

19 *Ibid.*, p. 323

20 HESSE, Konrad. **Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 113. Livro digital. Retirado de: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139480/>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

21 BARROSO, Roberto, L. *Op. cit.* p. 208

do problema, todos eles tenham preservada a sua identidade”²².

Seguindo a lógica da concordância prática em momentos de colisão principiológica, o método da ponderação de valores não pode, de maneira alguma, ser exercido de forma a mitigar um dos valores envolvidos no embate, cabendo ao intérprete realizar a otimização desses valores, assegurando a efetividade de todos²³.

No caso da iniciativa popular no projeto de emenda constitucional, não havendo previsão expressa dessa possibilidade na Carta Maior, há, justamente, o embate entre o princípio da soberania popular e rigidez constitucional, resultando do confronto a mitigação do primeiro deles.

O argumento do silêncio da Constituição nada mais revela do que o triunfo do princípio da rigidez constitucional, tendo em vista que, dentre a escolha pela primazia de um dos mais relevantes princípios democráticos, senão o mais, opta-se, deliberadamente, pela prevalência da rigidez constitucional, de maneira que a *proporcionalidade* necessária à efetivação dos princípios da concordância prática e unidade é deixada de lado

Doutro lado, a possibilidade do projeto de emenda por iniciativa popular salvaguarda a soberania popular sem que seja flexibilizada a Constituição, propiciando, portanto, a proporcionalidade na ponderação de valores, vez que as limitações procedimentais e materiais continuam a sedimentar a rigidez constitucional e limitar o poder derivado ao processo legislativo especial para a modificação de texto.

3 CONCLUSÃO

Com base no conteúdo apresentado, é possível aperceber que o projeto de emenda constitucional por iniciativa popular é uma questão que remete às raízes da Constituição Federal de 1988 e da ordem democrática vigente.

A iniciativa popular é uma das formas de exercício da soberania popular e da democracia direta, prevista, inicialmente, no capítulo dos direitos políticos da Constituição. Em relação ao processo legislativo, a iniciativa pelo povo exsurge quando o assunto é projeto de lei.

A dúvida sobre a possibilidade de reforma da própria Constituição por vontade do povo foi sanada por decisão do Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, entendeu pela constitucionalidade de dispositivos que preveem a iniciativa popular como forma de emenda da Carta Estadual.

Em âmbito federal, há a ausência de previsão expressa da possibilidade de emenda à Lei Maior por meio da iniciativa popular, o que, entretanto, não é óbice para o seu exercício, tendo em

22 HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 113.

23 BARROSO, Roberto, L. *Op. cit.*, p. 208.

vista a máxima efetivação dos valores democráticos exaltados pela atual Carta Magna, de forma que impossibilitá-la resulta em indesejada mitigação do princípio da soberania popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2017.

BARROSO, Roberto, L. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 7ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. Livro digital. Retirado de:

<<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502075313/>>. Acesso em 16 de julho de 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro digital. Retirado de: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601042/pageid/178>>. Acesso em: 19 de junho de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **A Primeira emenda à Constituição por iniciativa popular**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224179/000862400.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

CANOTILHO, Gomes, J. J; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Série IDP - **Comentários à Constituição do Brasil**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3º Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP). Livro digital. Retirado de:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139480/>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado: Os fundamentos históricos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático** (*Einführung in die Staatslehre Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*). 6ª Ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil** – e outros escritos. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NORMA do Amapá que permite iniciativa popular para proposta de emenda à Carta estadual é constitucional. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393827>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. 3ª Ed. 1ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O BPC

João Victor Fernandes Martins de PONTES¹
Rubia Souza Pimenta de PADUA²

RESUMO

O presente trabalho visa expor um debate que permeia as discussões sobre a Previdência Social atualmente: os problemas orçamentários que dela decorrem, mostrando a necessidade da reforma da Previdência Social, porém sem trazer grandes impactos sociais, especialmente entre os mais pobres. O artigo defende que a Reforma da Previdência Social, chamada PEC 06/2019, apresentou diversos pontos que podem ser considerados uma afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social. Será enfatizada a proposta de constitucionalização dos critérios para que idosos recebam o Benefício de Prestação Continuada (BPC), apresentados na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que, na prática, impediria que o juiz pudesse enquadrar a classificação de miserabilidade conforme o caso em julgamento. A proposta desconstrói a jurisprudência e entendimento do Supremo Tribunal Federal, que é firme para possibilitar a mitigação da lei em observância da realidade de cada pessoa. Verifica-se, assim, que o ponto modificado pode ser julgado inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade humana, além de representar um retrocesso aos direitos sociais adquiridos, especialmente de uma das camadas mais pobres do País.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social, reforma, PEC 06/2019, Benefício de Prestação Continuada, BPC, princípio da vedação ao retrocesso social, constitucionalização.

ABSTRACT

The present paper aims expose a debate that permeates the discussions about Social Security currently: the budgetary problems arising from it, showing the need for Social Security reform, but without major social impacts, especially among the poorest. The article argues that the Social Security Reform, called PEC 06/2019, presented several points that can be considered an affront to the principle of the prohibition of social retrogression. It will be emphasized the proposal of constitutionalisation of the criteria for the elderly to receive the Continuous Benefit Benefit (BPC), presented in the Organic Law of Social Assistance (LOAS), which, in practice, would prevent the judge from setting the classification of miserability as the case on trial. The proposal deconstructs the jurisprudence and understanding of the Federal Supreme Court, which is firm to allow the mitigation of the law in compliance with the reality of each person. Thus, the modified point can be considered unconstitutional, as it violates the principle of human dignity and represents a setback to acquired social rights, especially one of the poorest strata of the country.

KEYWORDS: Social Security, reform, PEC 06/2019, Continuous Benefit, BPC, principle of the prohibition of social retrogression, constitutionalisation.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa expor um dos grandes debates que permeia as discussões acerca

1 Atualmente, é graduando em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

2 Possui graduação em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), em 2005. Pós-graduação, em nível de especialização, em História, Arte e Cultura pela UEPG, concluída em julho de 2006. Estudou História Licenciatura na Universidade Estadual de Maringá (UEM) entre 2011 e 2014. Atualmente cursa Direito na Universidade Estadual Norte do Paraná (Uenp).

da Previdência Social atualmente: de um lado os problemas orçamentários e fiscais que dela decorrem, mostrando a necessidade de modificação em seus parâmetros, e por outro, a importância de proteger conquistas que, caso modificadas, podem causar graves prejuízos sociais.

O artigo analisa o princípio da vedação ao retrocesso social, que objetiva impedir que leis modifiquem direitos sociais adquiridos constitucionalmente, e caros à população, especialmente a hipossuficiente.

Para melhor ilustrar, o trabalho se atentará à aplicação do referido princípio ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), exposto no art. 203 da Constituição Federal. O BPC visa garantir a deficientes físicos e idosos que não tenham renda, ou integrem famílias em situação de miséria, o direito de auferir um salário-mínimo por mês.

Tal benefício é considerado uma das conquistas que consolidou a Previdência Social como um dos pontos comuns na Constituição de países que adotam o Estado de Bem Estar Social, como o Brasil. Assim, iniciamos o trabalho fazendo um resgate histórico da previdência social, suas primeiras experiências no mundo e seu início no Brasil, demonstrando sua evolução até chegarmos aos dias atuais.

Posteriormente o trabalho apresenta as dificuldades que tal modelo vem acarretando, não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo, que têm na previdência social um dos grandes temas polêmicos a serem discutidos entre gestores públicos e a população.

O trabalho apresentará, amparado em fontes de órgãos estatais, como a Previdência Social vem consumindo cada vez mais o orçamento do País, em função da estagnação da economia e do aumento da expectativa de vida das pessoas. Ante a ausência de recursos, o governo alega que falta dinheiro para investir em áreas como infraestrutura, educação, segurança e saúde.

Para diminuir gastos com a Previdência Social, o Poder Executivo apresentou a Proposta de Emenda Constitucional 06/2019 (PEC 06/2019) que visa modificar o texto da Carta Magna sobre este tema. O presente trabalho irá mostrar que a proposta muda os critérios para recebimento do benefícios, como aumento da idade, possibilidade de recebimento inferior a um salário mínimo, entre outros, ferem o princípio da vedação ao retrocesso social.

Mesmo que tal ponto tenha sido suprimido pela Câmara de Deputados, outro quesito, relativo ao BPC, foi aprovado e, se sancionado, pode significar um grande retrocesso aos direitos sociais adquiridos, especialmente da classe mais pobre. Trata-se da constitucionalização dos critérios para que os idosos acima de 65 anos possam receber o BPC, hoje expostos na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), qual seja, renda familiar per capita não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo nacional vigente.

Ocorre que a jurisprudência atual entende que a classificação de miserabilidade não pode

se ater a limites meramente matemáticos, sendo necessário uma análise do contexto social do indivíduo. Assim, o entendimento atual é que o juiz pode avaliar o caso concreto e conceder o benefício mesmo a pessoa que tenha renda superior ao estipulado na lei infraconstitucional. Com a constitucionalização, a mitigação seria dificultada ou até impedida.

Assim, o presente trabalho visa mostrar que a aprovação de tal ponto, que inclui na Constituição Federal os critérios para que idosos recebam o BPC, vai contra todo o pensamento jurisprudencial construído ao longo de décadas, podendo, até, ser pensada a sua inconstitucionalidade, uma vez que o entendimento atual visa obedecer, justamente, o princípio da dignidade humana e a vedação ao retrocesso social.

2. METODOLOGIA

Para realizar esse estudo foram realizadas pesquisas bibliográficas sobre o tema em livros, revistas de artigos científicos, portais jornalísticos e sites de análise jurídica. Estes últimos se mostram importantes visto que a reforma da Previdência Social é um assunto bastante atual. Jornais e sites de notícias têm dado ênfase detalhada em sua cobertura, bem como portais dedicados a análises jurídicas do tema.

Também foram feitas pesquisas no portal do Congresso Nacional e junto ao gabinete de deputados federais, citados no artigo, que disponibilizaram o texto integral da emenda realizada à PEC 06/2019, debatida neste trabalho.

Necessário foi também a busca de dados e números em institutos ligados à previdência e à análise econômica, como o Ministério da Economia, Ministério da Fazenda, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), bem como órgãos ligados aos trabalhadores, como o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP), para averiguar a pluralidade de análises sobre a questão orçamentária relacionada à previdência social, e suas projeções em relação ao crescimento demográfico e aumento da sobrevivência da população.

3. HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO MUNDO

O sistema de previdência é uma conquista dos trabalhadores a partir do século XIX. Ela inicia como necessidade da sociedade de se proteger os mais vulneráveis durante a velhice, bem como de riscos inerentes ao cotidiano do trabalhador, como acidentes, doenças, que podem causar incapacidades temporárias para o labor ou até invalidez.

Sua história segue atrelada à do direito do trabalho. Durante muito tempo, as pessoas que

não tinham uma família para ampará-los nos momentos de necessidade, acabavam sobrevivendo da caridade, vindo do próprio governo ou de organizações religiosas (JARDIM, 2013). No fim do século XVIII ocorreram mudanças fundamentais, econômicas, sociais e filosóficas, cujos motores principais foram a mudança do modo de produção de uma sociedade baseada no sistema mercantil para o capitalismo industrial, em um processo histórico conhecido como Revolução Industrial, na Inglaterra, bem como a transformação na forma como enxergar as relações humanas, com a difusão dos ideais da Revolução Francesa, que ocorria na mesma época, quais sejam o liberalismo jurídico, político e econômico, base principiológica do sistema que surgia naquele tempo, e que se consolidaria nos seguintes séculos como dominante internacionalmente.

A proteção assistencial começa a ser institucionalizada progressivamente. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aponta, no artigo 21º, que “os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”.

Entretanto, historicamente, os princípios liberais advindos da Revolução Francesa se mostraram insuficientes para garantir uma existência digna à classe proletária, que padecia à época em condições severamente precárias de trabalho, o que fez eclodirem reivindicações sociais ao longo do século XIX, clamando por direitos com o objetivo de protegê-los.

A nação que iniciou um sistema mais organizado de previdência social foi a Alemanha, em 1833. “A Lei do Seguro Social garantiu o seguro-doença, evoluindo para abrigar também o seguro contra acidentes de trabalho (1884) e o seguro de invalidez e velhice (1889)” (JARDIM, 2013). Neste sistema, os recursos vinham de prestações do trabalhador, do empregador e do governo. Na mesma época, em 1875, houve a criação do primeiro sistema de aposentadoria nos Estados Unidos, pela empresa American Express Company.

Com a vigência da Constituição Francesa de 1848, começa-se a criar a ideia de um Estado que baseie o seu desenvolvimento na garantia de direitos sociais à toda população, o chamado Estado de Bem Estar Social, ou *Welfare State*. Tal ideia extrai-se do artigo 13 da Carta Magna francesa, trazendo o conceito que se consolidaria no século seguinte.

Refletindo esse pensamento, foi promulgada a Constituição Mexicana de 1917, que foi a primeira no mundo a incluir a previdência social (JARDIM, 2013). Também o fez a Constituição Soviética (1918), e a Carta Política de Weimar, em 1919, na Alemanha, com significativos avanços na descrição de direitos sociais.

Após a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, a discussão foi impulsionada e progressivamente diversos países foram incluindo as discussões previdenciárias em

suas legislações e constituições.

Nos Estados Unidos o Estado de Bem Estar Social, chamado *New Deal*, é implementado a partir da década de 1930. Na Europa, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, as questões previdenciárias ganham destaque especial na pauta pública. Um marco ocorreu na Inglaterra, em 1942, com o Relatório Beveridge, que “estabelece a responsabilidade do Estado, além do seguro social, na área da saúde e assistência social” (JARDIM, 2013).

Verifica-se, então, que paulatinamente grande parte das nações implantaram algum sistema de seguridade. Atualmente sua reformulação é discutida em muitos países, em função do aumento da longevidade da população e dos déficits governamentais. Como veremos a seguir, o grande desafio contemporâneo é manter a qualidade de vida, especialmente dos mais vulneráveis e a saúde econômica do Estado simultaneamente.

3.1 Previdência Social no Brasil

No Brasil, o sistema de aposentadorias começou no fim do Império, em 1889, inicialmente para os funcionários dos Correios. Em 1923 foi criado um plano de assistência social público, conhecida como “Lei Eloy Chaves”, que determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, a ser instituída pela empresa. Esta é considerada o marco inicial da Previdência Social que hoje existe no Brasil. (CAMARANO, 2016, p. 266).

Foram surgindo posteriormente diversas Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), como dos portuários (1926), dos serviços telegráficos e radiotelegráficos (1930), de força, luz e bondes (1930), tanto que, em 1937, havia 183 delas instaladas no país.

Com o crescimento do movimento sindical a partir de 1930 iniciou-se um movimento para que o Estado assumisse a gestão, surgindo daí os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs). Em 1960 é aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que estendeu a previdência aos empregados em geral e autônomos, consolidando a formação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), e em 1971 foram incluídos os trabalhadores rurais (BERTUSSI, TAJEDA, 2003, p. 33).

Com a ampliação do conceito de seguridade social (previdência, assistência social e saúde), a ampliação do número de pessoas beneficiadas e o aumento do envelhecimento gradativo da população, iniciam os primeiros debates sobre a preocupação das contas públicas. Com a complexidade da causa, é criado, em 1977, o Ministério da Previdência e Assistência Social.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a seguridade social foi introduzida no ordenamento jurídico, bem como foi organizada a sua estrutura organizacional e orçamentária (BERTUSSI, TAJEDA, 2003, p. 34). Ela aparece no rol de direitos sociais presentes em seu art. 6º,

que versa:

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)

Foram definidas regras mais brandas para aposentadoria, estabelecimento de ao menos um salário mínimo para os beneficiários, redução do tempo de contribuição para mulheres e trabalhadores rurais, entre outros.

O aumento da sobrevida do brasileiro e o não acompanhamento da receita para suportar as despesas origina déficit orçamentário, alvo de diversas discussões políticas e propostas de reformas desde então, tornando-se, atualmente, um dos grandes debates polêmicos da administração pública brasileira.

4. A NECESSIDADE DE UMA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Existem diversos sistemas de aposentadoria. O instituído no Brasil após 1988 e vigente até agora, é o chamado ‘repartição’, que se organiza da seguinte forma: quem está trabalhando contribui, sendo que o recolhimento é feito pelo Estado, que utiliza esse dinheiro para pagar as aposentadorias.

Ao analisar os grandes desafios da sustentabilidade da previdência social, necessários pensar que a vida do ser humano se divide em três fases: o período de trabalho, o que vem antes e o que vem depois do labor. Nestes dois últimos a pessoa não produz. Crianças e adolescentes são sustentados pelos pais, enquanto que os idosos dependem da previdência social, que, conforme o nosso sistema, também precisa ser sustentada por alguém.

O grande desafio do sistema é balancear esses três períodos, levando em conta a idade que o indivíduo começa a trabalhar, a expectativa de vida, o tempo de trabalho, o valor que se poupa e o que se recebe na velhice (SCHWARZER, 2009, p.181).

Nas últimas décadas, vem aumentando o número de pessoas idosas, enquanto que a proporção de jovens diminui, em função do número cada vez menor de filhos nas famílias. Do ponto de vista do bem-estar da população é boa a informação de que a população está vivendo mais, e aproveitando a aposentadoria, porém o envelhecimento tem um efeito colateral que pesa pro sistema de previdência.

Para analisar os problemas da previdência social, necessário olhar para dois pontos distintos: o do sujeito e o social. Ao avaliar a questão individualmente, verifica-se que, na maioria dos casos, a contribuição previdenciária é menor que o benefício a ser recebido pelo aposentado. Para que essa conta chegue próximo de se igualar, é preciso que o tempo de contribuição não seja

maior que o tempo de suprimento.

De forma geral, atualmente os brasileiros podem se aposentar se contribuírem durante 30 anos, se mulher, ou 35 anos, se homem. Ocorre que a expectativa de vida está aumentando. No Brasil, esta era, em 2017, de 72,5 anos para homens, e para mulheres 79,5 (IBGE, 2018).

Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), divulgados em 2018, em 15 anos a duração média dos benefícios concedidos por tempo de contribuição saltou de 14,7 anos para 20,9 anos, no caso dos homens, e de 15,2 anos para 21,2 anos, no caso das mulheres. “Isso significa que os brasileiros que se aposentam por tempo de contribuição ficam um quarto de suas vidas na inatividade, recebendo os pagamentos do INSS”. (TOMAZELLI, 2019).

Logo, se uma pessoa contribui com até 11% do salário durante 35 anos, e vive outros 21 anos com o salário quase inteiro, não haverá uma igualdade entre contribuição e pagamento das aposentadoria. Em 2018, o déficit dos trabalhadores do INSS foi de R\$ 195,2 bilhões (SECRETARIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2019).

Para se analisar a questão social, necessário verificar a evolução por idade nos últimos anos. Em 1940 a pirâmide etária do Brasil mostrava uma grande quantidade de jovens e um número reduzido de idosos. Com o passar do tempo, ela foi se modificando: as pessoas passaram a viver mais tempo e tendo menos filhos. O resultado é que hoje há um número menor de jovens e uma população idosa crescente. As projeções mostram que o envelhecimento continua até a pirâmide quase se inverter em 2060, com faixa mais largas na casa dos 50 a 69 anos (IBGE, 2013, p. 32). Assim, se não houver mudanças, haverá cada vez menos gente contribuindo e mais gente utilizando a previdência, e por mais tempo.

De acordo com dados do Ministério do Trabalho e Previdência no “Fórum de Debates sobre Políticas de Emprego, Trabalho e Renda e de Previdência Social” de 2016, a razão entre segurados ainda em atividade e aposentados foi de 3 x 1 no ano de 2014. “Estima-se que essa razão decrescerá no futuro, demandando mais aportes da União, pois o sistema em repartição é sensível à alteração do perfil populacional, em particular da razão de dependência do idoso” (FAZIO, 2018, p.03). É por conta das mudanças demográficas que os governos de diversos países estão tentando alterar as regras e/ou dificultar a aposentadoria.

A reforma proposta pelo governo do presidente Jair Bolsonaro tem medidas impopulares: é pensada para que as pessoas se aposentem mais tarde e contribuam mais ou recebam menos.

Uma das propostas é acabar com os planos de aposentadoria por tempo de contribuição. Ao instituir apenas a idade mínima, o governo levanta a linha de aposentadoria: tem mais gente pagando e menos gente recebendo. Atrasa um pouco os efeitos da mudança demográfica. Ao mesmo tempo, ao aumentar a contribuição e dificultar o acesso ao benefício integral, a reforma

tenta balancear o montante que o trabalhador paga enquanto trabalha e o que recebe na aposentadoria.

As despesas previdenciárias no Brasil consomem metade do orçamento do governo federal. Quando se somam todas as receitas e todas as despesas da previdência social há déficit. Em 2018 ele foi de R\$ 81,4 bilhões no regime dos trabalhadores do setor privado urbano, R\$ 113 bilhões no rural, R\$ 46,4 bilhões dos servidores civis (regime próprio) e R\$ 43,9 bilhões dos militares. Os dois últimos atendem menos gente e têm maior déficit per capita (SECRETARIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2019).

Esta é a metodologia historicamente utilizada pelos vários governos brasileiros. A discussão sobre a existência ou não do déficit existe porque diferentes grupos usam diferentes metodologias para fazer os cálculos. Mas a questão é que as contribuições continuam sendo menores que as despesas com a previdência, e a arrecadação do governo continua menor que os gastos.

Outro ponto são as despesas previdenciárias crescentes, enquanto que as receitas não são. Os gastos com a previdência vão crescer nos próximos anos, mas as despesas totais não vão crescer por conta do teto de gastos, que fica congelado. À medida que o gasto com a previdência for crescendo, haverá menos recursos para tudo que não é aposentadoria e pensão (MARTELLO, 2018).

Para sustentar o crescimento das despesas da previdência sem a reforma, seria necessário definir uma forma da arrecadação do governo crescer na mesma proporção. Soluções como cobrar os devedores da União, acabar com a corrupção, ou aumentar a tributação sobre os mais ricos são questionadas, pois tidas como insuficientes para compensação. Outros ressaltam a necessidade de maior geração de empregos e incentivo ao emprego formal, porém, sem indicar caminhos concretos para tanto.

Outros economistas, no entanto, ressaltam que o País é bastante generoso com a renúncia fiscal de grandes capitais, e reforçam que as propostas em voga irão prejudicar a classe mais pobre e vulnerável. Sem estes recursos, aumentará a pobreza no país, diminuindo o consumo e consequentemente a geração de serviços, comércio e fabricação de produtos. “São regras muito duras e que atingem em cheio 30 milhões de brasileiros que dependem diretamente desses benefícios para sua sobrevivência e de sua família” (GENTIL apud ELIAS, 2019).

Verifica-se, portanto, que a maior discussão da atualidade é encontrar soluções que possibilitem diminuição do déficit orçamentário, permitindo que o Estado possa voltar a investir em outras áreas, sem prejudicar a classe mais desfavorecida do país, evitando retrocessos que poderiam causar o aumento da pobreza e todos os problemas sociais dela decorrentes.

5. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Para iniciar a abordagem da proibição do retrocesso social, faz-se imprescindível salientar o conceito de democracia econômica, social e cultural, pontuado pelo jurista português Joaquim José Gomes Canotilho, que dispõe em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” o seguinte:

“O **princípio da democracia econômica, social e cultural** tem a mesma dignidade constitucional do princípio do estado de direito e do princípio da democracia política, estando, tal como eles, garantido contra leis de revisão substancialmente perversoras (*cf. infra*). Todavia, ele apresenta duas dimensões específicas relativamente a estes dois princípios: (1) uma dimensão teleológica, pois a democracia econômica, social e cultural é um <<objectivo>> a realizar no contexto de um processo público aberto - “Estado social como processo” -, e, por isso ela apresenta-se como um fim do Estado (art. 9º/s)³; (2) e uma dimensão impositivo-constitucional, pois muitas das suas concretizações assentam no cumprimento de fins e tarefas por parte de órgãos de entidades públicas” [*sic*] (CANOTILHO, 1999)

Analisando o art. 3º da Constituição Federal em sua totalidade, podemos perceber a presença do princípio mencionado em sua dimensão teleológica, pois, o mesmo trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ou seja, os principais fins do Estado brasileiro, quais sejam:

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [grifo nosso] (BRASIL, 1988).

No processo histórico que resultou na atual realidade brasileira, a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 representou um marco na instituição do Estado de Bem Estar Social em nosso país, que tem, dentre outros valores, a luta pela erradicação das desigualdades sociais, e, conforme interpretação do artigo, esta é necessária ao exercício pleno da democracia em seu plano material.

Canotilho pontua em sua obra “O princípio do não retrocesso social”, conforme segue abaixo:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de <<contra-revolução social>> ou da <<evolução reaccionária>>. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. [*sic*] (CANOTILHO, 1999)

Por serem resultados de conquistas históricas da humanidade, resultados de reivindicações

3 Constituição de Portugal

e lutas, os direitos fundamentais, bem como os direitos sociais, são dotados da proibição do retrocesso. Também afirma o seguinte, *in verbis*:

“A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica) mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.” (CANOTILHO, 1999)

Portanto, faz-se imprescindível a razoabilidade no momento de aplicação do princípio em tela face à realidade econômica de um Estado e a garantia da “existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, 1999).

5.1 O Princípio da Vedação à Retroatividade Social no ordenamento jurídico brasileiro

O tema da proibição do retrocesso social é bastante atual, tendo em vista a realidade socioeconômica e jurídica do País, conforme já dito anteriormente, necessitando ajustar suas contas públicas.

Em dezembro de 2018, manifestou-se o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em decisão de sua Egrégia Nona Turma, que consta no Acórdão 26588/2018, presente no Recurso de Apelação Cível nº 2016.61.83.004734-4/SP, sobre o princípio em tela, conforme ementa abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO NOVO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA. PENSÃO POR MORTE. DEVIDA PELO PRAZO DE 4 MESES. LEI 13.135/2015. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POR PERÍODO SUPERIOR A 2 ANOS. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO. NÃO IMPEDIMENTO DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 870.947. DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO INTERPOSTO PELO INSS.

- Fundado no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, o artigo 74, da Lei 8.213/91, prevê que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

- Entre os dependentes do segurado encontram-se o(a) companheiro(a) (art. 16, I, da citada lei) e os filhos. A dependência econômica é presumida, na forma do artigo 16, § 4º, da Lei 8213/91.

- Cuida-se de benefício que depende da concorrência de dois requisitos básicos: a qualidade de segurado do falecido e a de dependente dos autores.

- No caso em foco, resta comprovada a relação de dependência em relação à autora, tendo em vista a prova documental do endereço comum (f. 24/37) da convivência, tudo confirmado pelos depoimentos das três testemunhas vidas (f. 183). Trata-se de prova bastante para fins de comprovação dos fatos constitutivos do direito da autora.

- Entretanto, não há comprovação da duração da união estável em prazo superior a 2 (dois) anos. Na petição inicial, alega a autora que viveu com o de cujus por 4 (quatro) anos, mas esse prazo não restou comprovado, pela precariedade da prova produzida nos autos.

- Nos termos do artigo 77, § 2º, V, "b", da Lei 8.213/91, com a redação da Lei nº 13.135/2015, devida a pensão pelo período de 4 (quatro) meses.

- Ao Supremo Tribunal Federal caberá o julgamento das ADI 5.246 e da ADI 5.230 concernente à edição das Medidas Provisórias 664 e 665, ambas editadas em 30 de dezembro de 2014, que trazem uma série de alterações no regime jurídico de benefícios da seguridade social, previstos em favor dos servidores públicos e dos trabalhadores em geral, a exemplo do seguro-desemprego, da pensão por morte, do abono salarial, do auxílio-

defeso e do auxílio-doença.

- **Não se concebe, nos dias de hoje, que o princípio doutrinário da vedação do retrocesso social possa impedir o legislador de realizar reformas necessárias, para adequar a dimensão da proteção social oferecida pelo Estado aos seus cidadãos à vista das reais possibilidades econômicas do sistema, desde que respeitado um nível mínimo ou razoável de proteção constitucional e legal. (Marcelo Casseb Continentino, "proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal"(...). [grifo nosso] (TRF 3ª REGIÃO, 2018)**

O acórdão defende que o princípio da vedação ao retrocesso social deve adequar-se à real possibilidade econômica do sistema no qual está inserido, não impedindo o legislador de realizar reformas necessárias com vistas a tal adaptação “desde que respeitado um nível mínimo ou razoável de proteção constitucional e legal.” (CONTINENTINO, 2015).

Serve de base teórica para a redação do documento o artigo escrito pelo Procurador do Estado de Pernambuco Marcelo Casseb Continentino, e publicado na página eletrônica ‘Conjur’, em 11 de abril de 2015, época de propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5246 pela Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP).

A ADI em questão, extinta sem resolução de mérito em 17/09/2015 por decisão monocrática do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, questionava a constitucionalidade da Medida Provisória 664/2014, convertida na Lei 13.135/2015, a qual alterou a Lei de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social e instituiu novos critérios para a concessão de benefícios previdenciários, como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-reclusão e pensão por morte.

6. O BPC A IDOSOS E A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) devido ao idoso, no valor de um salário mínimo, é um direito consagrado legalmente e positivado pela Constituição Federal de 1988. Dispõe o art. 203 da nossa Lei Maior:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - **a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.** [grifo nosso] (BRASIL, 1988)

Para regulamentar o que foi trazido pelo legislador constituinte, foi editada a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), aprovada em 7 de dezembro de 1993, que colocou em seu artigo 20 o seguinte:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de **um salário-mínimo mensal** à pessoa com deficiência e ao **idoso com 65** (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem **não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.**

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º-Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família **cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.** [*grifo nosso*] (BRASIL, 1993)

Observa-se, conforme o §3º do mencionado dispositivo, que o único critério para que uma pessoa idosa de 65 anos ou mais possa inserir-se entre os beneficiários é viver em um lar onde a renda *per capita* dos que ali residem seja inferior a ¼ do salário-mínimo nacional vigente.

6.1 – A dignidade humana sob a ótica dos Direitos Sociais

O legislador foi enfático ao trazer a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil logo em seu primeiro artigo. Assim, não há que se falar em Estado democrático atualmente sem considerar o binômio fundamental de sua existência. Ressalta-se que a dignidade é estritamente necessária para o exercício pleno da cidadania.

Já o art. 6º de nossa Magna Carta traz, em seu caput, um rol de direitos denominados “direitos sociais”, também conhecidos como direitos humanos de segunda geração, quais sejam “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 (...) (BRASIL, 1988).

Analisando-se o art. 1º, em consonância com o art. 6º, do mencionado dispositivo legal, temos que o princípio da dignidade humana, necessário ao exercício pleno da cidadania, só se satisfaz mediante a concretização dos direitos sociais, como bem pontua o professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“[...] para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III) necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como “piso mínimo normativo”, ou seja, como direitos básicos.” (FIORILLO, 2000).

Com isso, temos a ideia de que os direitos sociais são elementos indispensáveis à dignidade humana e ao exercício da democracia em seu sentido material, devendo ser protegidos e

promovidos pelo Estado, adequando-se sua prestação à sua realidade temporal.

6.2 – O mínimo existencial

Para podermos entender a análise do princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica dos direitos sociais, é necessário que compreendamos também a importância do conceito de mínimo existencial, como argumenta o Professor Doutor Thadeu Weber, em seu artigo “A ideia de um ‘mínimo existencial’ de J. Rahls”:

As experiências de humilhação da pessoa humana no transcurso da história foram inúmeras. Aprendemos com elas: deram-nos a lição do que não é dignidade e o quanto ela foi violada. Por isso, falamos em conquistas da história. Se o que motivou a criação do estado e justifica sua manutenção é a preservação e proteção da vida digna, é obrigação do mesmo assegurar, em primeiro lugar, o acesso às condições materiais mínimas dos cidadãos para realizar esse objetivo. Considerar a dignidade como fundamento constitucional significa colocar o indivíduo, em primeiro lugar, como sujeito de um direito ao mínimo existencial. (WEBER, 2013)

Compreende-se, portanto, que não podemos falar em criação e manutenção de Estados atualmente sem haver um devido debate sobre a proteção da vida digna, afinal, o transcurso da história nos mostrou o que é uma existência indigna e nos deu lições de violações de dignidade ao longo da mesma. Falarmos em tutela do mínimo existencial é colocarmos em prática os ensinamentos que nos foram dados pelo processo histórico da humanidade em relação a esse tema.

6.3 – Proposta da PEC 06/2019

Vimos que com o Benefício de Prestação Continuada é garantido um salário-mínimo ao idoso que comprovar não possuir meios de prover à própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família o mínimo de salvaguarda constitucional garantida a uma parcela da população que, além da avançada idade, padece de renda para sobrevivência, e não possui a quem recorrer para auxílio em relação ao mínimo para poder se viver uma vida digna.

Entretanto, o texto original da PEC 06/2019 (Reforma da Previdência) encaminhado ao Congresso em fevereiro de 2019 propôs uma série de mudanças, dentre elas, em seu capítulo VII, chamado de Disposições Transitórias Relacionadas à Assistência Social e Outras Matérias, a alteração na regra que controla a concessão e o valor do benefício acima mencionado, conforme segue:

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS RELACIONADAS À ASSISTÊNCIA SOCIAL E A OUTRAS MATÉRIAS (...)

Transferência de renda à pessoa idosa em condição de miserabilidade

Art. 41. Até que entre em vigor a nova lei a que se refere o inciso VI do caput do art. 203 da Constituição, à pessoa idosa que comprove estar em condição de miserabilidade será assegurada renda mensal de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a partir dos sessenta anos de idade.

§ 1º A pessoa que estiver recebendo a renda na forma prevista no caput ao completar

setenta anos de idade, e desde que atendidos os demais requisitos, fará jus à renda mensal de um salário-mínimo prevista no inciso VI do caput do art. 203 da Constituição.

Art. 42. Até que entre em vigor a nova lei a que se referem os incisos V e VI do caput do art. 203 da Constituição, serão observados os seguintes critérios, em complemento ao disposto no § 1º do referido dispositivo:

I - para verificação da condição de miserabilidade, o patrimônio familiar deverá ser inferior a R\$ 98.000,00 (noventa e oito mil reais); e

II - para fins do disposto neste artigo, considera-se que a família é composta pelo requerente e, desde que vivam sob o mesmo teto, por: a) cônjuge ou companheiro; b) pai ou mãe; c) irmãos solteiros; d) filhos e enteados solteiros; ou e) menores tutelados 40 Parágrafo único. Na ausência dos membros da família a que se refere a alínea “b” do inciso II, a família poderá ser composta por madrasta e padrasto do requerente, desde que vivam sob o mesmo teto.[grifo nosso] (BRASIL, GOVERNO FEDERAL, 2019)

Vale ressaltar também que o texto da Proposta acima mencionada também modifica o art. 203 da Carta Maior, conforme segue abaixo:

“Art. 203 (...)

VI - garantia de renda mensal de um salário-mínimo para a pessoa com **setenta** anos de idade ou mais que comprove estar em condição de miserabilidade, que poderá ter valor inferior, variável de forma fásica, nos casos de pessoa idosa com idade inferior a setenta anos, vedada a 12 acumulação com outros benefícios assistenciais e com proventos de aposentadoria, ou pensão por morte dos regimes de previdência social de que tratam os art. 40 e art. 201 ou com proventos de inatividade e pensão por morte decorrentes das atividades de militares de que tratam os art. 42 e art. 142, conforme dispuser a lei (BRASIL, GOVERNO FEDERAL, 2019).

Verificou-se, assim, uma tentativa de dificultar o acesso à prestação pelos idosos, modificando a legislação atual de duas formas diferentes: uma pelo critério da idade e outra pelo critério da verificação do patrimônio familiar para análise da condição de miserabilidade.

Entretanto, os critérios atuais para a concessão do benefício tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional, tratam do mínimo de resguardo destinado a esta parcela da população, que já é afetada pelos malefícios da grande desigualdade social, e vulnerável a qualquer mudança que afronte o princípio da proibição da evolução reacionária.

Também atenta contra o princípio acima mencionado a diminuição do valor atual da prestação em um salário-mínimo, tendo em vista ter essa quantia a natureza de caracterizar o mínimo necessário para subsistência. Sobre tal conceito, a Mestre em Estudos Urbanos e Regionais Suzana Carolina Dutra Macêdo afirmou em sua obra “O atual salário mínimo brasileiro sob a perspectiva do mínimo existencial digno” o seguinte:

(...) O salário mínimo se traduz numa ideia básica de intervenção jurídica na defesa de um nível de vida abaixo do qual será impossível ao homem que trabalha uma existência digna e compatível com as necessidades elementares de sobrevivência humana. (MACÊDO apud NASCIMENTO, 2013)

Importante ressaltar a Emenda 89/2019 que modificou o texto da PEC 06/2019, apresentada pelos deputados federais Felipe Rigoni (PSB-ES) e Tábata Amaral (PDT-SP) na Comissão Especial da Reforma da Previdência na Câmara dos Deputados, suprimindo as mudanças propostas no texto original da PEC 06/2019 em relação ao valor da prestação estatal aqui estudada:

É preciso separar a Previdência e a Assistência Social, por meio de benefícios maiores para quem contribui. É isso que fazemos nesta Emenda. A proposta do governo para o BPC do idoso pobre é demasiado dura. Atualmente, a previdência é responsável por 18% da desigualdade do Brasil no índice Gini. Somente 3% dos recursos da previdência vão para os 20% mais pobres no país. Esses são justamente os desequilíbrios que devemos corrigir, e não agravar, com esta Proposta de Emenda à Constituição. Com a supressão, portanto, mantemos o BPC em sua forma original, preservando a proteção de idosos em condição de miserabilidade. (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019)

A referida emenda também trouxe alterações à proposta que pretendia modificar o critério patrimonial para análise de condição de miserabilidade da população favorecida pelo benefício

Suprimimos também a previsão de critério de patrimônio na concessão do BPC. O valor de R\$ 98.000 carece de maior discussão e pode ser excludente, inclusive para as famílias com pessoas com deficiência. O critério de fluxo, pela linha de pobreza, parece suficiente e é o tipo de critério que baliza outras políticas públicas, como o próprio Bolsa Família. (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019)

A referida emenda foi aprovada e retirou as alterações relativas ao critério patrimonial de acesso ao BPC-Loas para o idoso da proposta de reforma da Previdência Social, que foi aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados no dia 12 de julho de 2019. O projeto segue agora para análise e debate em segundo turno no plenário da Câmara dos Deputados.

6.4 – Constitucionalização do Critério de Renda do BPC

Embora a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) traga parâmetros para o enquadramento do que seria miserabilidade para recebimento do BPC pelo idoso (renda per de até ¼ do salário-mínimo), faz-se mister salientar que a jurisprudência entende que este critério, embora trate do mínimo de proteção legal destinado aos mesmos, pode ser mitigado. Conforme o entendimento, cabe ao magistrado adequar o caso concreto às diretrizes constitucionais fundamentais de respeito à dignidade humana. O texto abaixo foi retirado do acórdão prolatado pela 5ª turma do TRF-4 no Recurso de Apelação nº 0005865-69.2016.4.04.9999/RS:

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) concedeu, no final de agosto, benefício assistencial a um morador de Três de Maio (RS) de 68 anos por entender que ele e a esposa não têm condições de sustentar suas necessidades básicas. Segundo a 5ª Turma, ainda que o casal tenha renda familiar per capita superior a um quarto do salário mínimo, requisito legal para a concessão, o Supremo Tribunal Federal (STF) flexibilizou o entendimento, reconhecendo que cabe aos magistrados decidirem caso a caso depois de verificarem a situação e as condições reais do requerente.

(...) Quanto à aferição da condição de miserabilidade, a juíza ressaltou que o Supremo Tribunal Federal (STF) relativizou o critério estabelecido em lei de um quarto do salário mínimo per capita na família. “Diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade”, escreveu Taís em seu voto, reproduzindo jurisprudência do STF. [grifo nosso] (TRF 4ª REGIÃO, 2016)

O mesmo posicionamento se tornou majoritário também o Supremo Tribunal Federal,

como é possível verificar, no texto abaixo, o entendimento do ministro Gilmar Mendes:

A norma constitucional do art. 203, V, da Constituição foi introduzida no constitucionalismo brasileiro no bojo de uma ambiciosa agenda social instituída pela Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”. A ênfase em uma agenda social está estampada logo no início da Carta Constitucional. No artigo 3º, a Constituição declara que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Tem-se uma Carta que, ao lado das disposições tradicionais sobre o modelo democrático, consagra um amplo catálogo garantidor dos direitos individuais, e incorpora um número elevado de direitos sociais. **A Constituição consagra, entre direitos de perfil fortemente programático, o direito a um salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador urbano e rural (art. 7º, IV), e à assistência social para todos aqueles que dela necessitarem** (art. 203). [grifo nosso] (STF, 2013)

Consoante ao que expomos no presente trabalho, o Ministro também ressalta a importância da agenda social instituída pela Carta Política de 1988, que concedeu a assistência social “para todos aqueles que dela necessitarem” (STF, 2013). Em outro ponto da referida decisão da Suprema Corte, o julgador afirmou veementemente a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da LOAS, como segue:

Tendo em vista o direito fundamental ao benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, parece sensato considerar a omissão legislativa parcial no tocante ao § 3º do art. 20 da LOAS. O próprio histórico da concessão judicial desse benefício, tal como acima apresentado, demonstra cabalmente a insuficiência da LOAS em definir critérios para a efetividade desse direito fundamental. (...) Ante o exposto, voto no sentido de (1) julgar improcedente a reclamação e (2) declarar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, sem pronúncia da nulidade, (3) mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014. [grifo nosso] (STF, 2013)

Entretanto, o texto da PEC 06/2019 aprovado no plenário da Câmara dos Deputados em primeiro turno, no dia 12 de julho de 2019, prevê a **constitucionalização** do critério de ¼ do salário-mínimo nacional vigente para a concessão do benefício. A consequência deste ato é que haverá, a partir do momento em que for sancionado, um impedimento de ordem constitucional para a interpretação extensiva do mesmo nas análises dos casos concretos apresentados aos magistrados brasileiros.

Segue abaixo trecho do parecer da Comissão Especial da Reforma da Previdência publicado em 13 de julho de 2019 para a votação em segundo turno da mencionada PEC, que menciona o que afirmamos:

“Art. 203 (...) Parágrafo único. Para os fins do disposto no inciso V do caput, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência 11 ou idosa a família **cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário mínimo**, admitida a adoção de critérios de vulnerabilidade social, nos termos da lei”. (NR) [grifo nosso] (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2019)

Tal mudança em nossa Carta Magna representa uma afronta clara às diretrizes constitucionais da dignidade da pessoa humana, já estabelecidas por entendimentos jurisprudenciais de nossa mais alta Corte, pois, em tese, não permitiria mais que o juiz pudesse analisar o caso

concreto, verificando as reais necessidades básicas dos postulantes para deferir o recebimento do benefício.

Corroborando o que foi dito pela Suprema Corte em 2013 e que, até a data da edição do presente trabalho, pretende ser constitucionalizado pelo Congresso Nacional, “O próprio histórico da concessão judicial desse benefício, tal como acima apresentado, demonstra cabalmente a **insuficiência da LOAS em definir critérios para a efetividade desse direito fundamental.**” [grifo nosso] (STF, 2013).

A jurisprudência reforça esse entendimento, uma vez que limites matemáticos não bastam para verificar as reais necessidades de cada pessoa/família, uma vez que há inúmeros critérios adjacentes, que podem corroborar com o estado de pobreza, mesmo com renda superior, como a região em que a família reside, a existência de quadro de doenças graves que consomem recursos, entre outros.

Assim, é possível afirmar que a proposta de constitucionalizar os critérios da LOAS para recebimento do benefício fere o princípio da vedação ao retrocesso social. Verifica-se que o legislador mais preocupado está com o contingenciamento de recursos, do que em ofertar melhores condições sociais à classe mais necessitada do Estado, como os idosos em situação de miserabilidade, numa clara afronta aos direitos sociais hoje admitidos.

7. CONCLUSÃO

O artigo 1º da Constituição Federal, em seu Parágrafo único, anuncia: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Assim, o Brasil assume que sua vontade se expressa por meio dos representantes eleitos, e que estes consolidam leis que espelham os valores morais e éticos da população.

Com a aprovação na Câmara de Deputados de um texto que traz reformas no sistema previdenciário, é possível admitir que grande parte dos brasileiros entendem a necessidade de realizar modificações. Porém, a substancial quantidade de emendas, fruto de discussões no parlamento, bem como na mídia e sociedade civil organizada, demonstram que a maior parcela da população acredita que os ajustes orçamentários devem ser feitos, porém de forma ponderada, sem prejudicar os já são demais desfavorecidos.

As discussões preliminares não permitiram que a proposta de instituição de critério patrimonial à concessão do Benefício da Prestação Continuada (BPC) chegasse à votação em plenário, numa manifestação expressa de que aqueles que já são considerados hipossuficientes, como idosos em condição de miserabilidade e deficientes físicos incapacitados para o trabalho, não

podem ser ainda mais prejudicados.

Ao evitar que idosos e deficientes físicos percam a garantia de viver com o mínimo existencial, que atualmente é refletido no salário-mínimo, mostrou-se a soberania do princípio da vedação ao retrocesso social, que, embora entenda e admita modificações para enquadramento e harmonização ao quadro econômico do Estado, não permite o aniquilamento de direitos sociais conquistados ao longo dos anos, uma vez que indispensáveis à dignidade humana e ao exercício da democracia.

Ocorre, porém, que a proposta de constitucionalização dos critérios objetivos de renda presente na LOAS ($\frac{1}{4}$ do salário-mínimo nacional vigente) para a liberação de tal prestação estatal a idosos acima de 65 anos, é possível de ser considerada inconstitucional. Ela vem contra o pensamento construído ao longo dos anos sobre a adequação das leis aos princípios da dignidade humana e à vedação ao retrocesso social.

Assim, afirma-se que a constitucionalização destes critérios pode ser questionada por sua inconstitucionalidade (afronta à dignidade humana e limitação de direitos fundamentais), além de possibilitar o agravamento da desigualdade social, pois atinge justamente uma classe, bastante significativa no Brasil, que possui grande dificuldade para se sustentar.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTUSSI, L. A. Sleimann; TAJEDA, César. **Conceito, Estrutura e Evolução da Previdência Social no Brasil**. Teoria e Evidência Econômica, Passo Fundo - RS, v.11, n.20, maio de 2003.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/267553460_CONCEITO_ESTRUTURA_E_EVOLUCAO_DA_PREVIDENCIA_SOCIAL_NO_BRASIL. Acessado em 14 de julho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda supressiva 89/2019 ao texto da PEC 06/2019**. Brasília, 2019. Altera o art. 41 da PEC 06/2019. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1757271>. Acesso em 13 de julho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **REDAÇÃO PARA O SEGUNDO TURNO DE DISCUSSÃO E VOTAÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 6-F, DE 2019**. Brasília, 2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências.. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1779085&filename=Tramitacao-PEC+6/2019>. Acesso em 16 de julho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 14

de julho de 2019.

BRASIL. Governo Federal. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 06/2019**. Altera a Constituição Federal de 1988. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019> . Acesso em: 21 de maio de 2019. Texto Original.f

BRASIL. LEI Nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm> . Acesso em: 14 de julho de 2019.

BRASIL, Senado Federal. Instituição Fiscal Independente. **Relatório de Acompanhamento Fiscal: Especial Previdência – Março de 2019**. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/554772/RAF26_MAR2019_Diagnostico_Previdencia.pdf. Acessado em 19 de maio de 2019.

CAMARANO, Ana Amélia. GIACOMIN, Karla Cristina. **Política nacional do idoso: velhas e novas questões**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/161006_livro_politica_nacional_idosos.PDF. Acessado em 19 de maio de 2019.

CANOTILHO. J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CONTINENTINO, Marcelo Caleb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Conjur. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf#_ftn1>. Acessado em 13 de julho de 2019;

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O direito de Antena em Face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

FAZIO, Luciano. **A capitalização e o Regime Geral de Previdência Social: Elementos de Análise**. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. Disponível em <http://www.diap.org.br/images/stories/fazio-previdencia-capitalizada.pdf>. Acessado em 19 de maio de 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Desidratação reduz economia da reforma para menos de R\$ 850 bilhões**. Seção: Mercado, 13 de julho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/desidracao-reduz-economia-da-reforma-para-menos-de-r-850-bilhoes.shtml>. Acessado em 14 de julho de 2019.

GENTIL, Denise apud ELIAS, Juliana. **Nova Previdência dificulta acesso e pode aumentar pobreza, diz economista**. UOL. Seção: Economia, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/02/21/especialistas-avaliam-reforma-previdencia.htm?cmpid=copiaecola>. Acessado em 14 de julho de 2019.

IBGE. **Projeção da População por Sexo e Idade: Brasil 2000 – 2060**. Instituto Brasileiro de

Geografia e Estatística (IBGE), 29 de agosto de 2013. Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000014425608112013563329137649.pdf>. Acessado em 19 de maio de 2019.

JARDIM, Rodrigo Guimarães. **Antecedentes históricos da seguridade social no mundo e no Brasil**. Jus.com.br. Seção: Artigos, dezembro de 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26145/antecedentes-historicos-da-seguridade-social-no-mundo-e-no-brasil>. Acessado em 14 de julho de 2019.

MACÊDO, Suzana Carolina Dutra. **O atual salário mínimo brasileiro sob a perspectiva do mínimo existencial digno**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3788, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25751>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MARTELLO, Alexandre. **Previdência consumirá em 2019 três vezes mais recursos que saúde, educação e segurança juntos, prevê governo**. G1. Seção: Economia, 16 de setembro de 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/16/previdencia-consumira-em-2019-tres-vezes-mais-recursos-que-saude-educacao-e-seguranca-juntos-preve-governo.ghtml>. Acessado em 19 de maio de 2019

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direitos sociais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-1/direitos-sociais>

SECRETARIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Previdência Social teve déficit de R\$ 195,2 bilhões em 2018**. Ministério da Economia, 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/2019/01/previdencia-social-teve-deficit-de-r-1952-bilhoes-em-2018/>. Acessado em 19 de maio de 2019.

SCHWARZER, Helmet (org). **Previdência Social: Reflexões e Desafios**. Brasília: Ministério da Previdência Social, Coleção Previdência Social, Série Estudos; v. 30, 1ª ed. 2009. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_100202-164641-248.pdf. Acessado em 19 de maio de 2019.

TOMAZELLI, Idiana. **Brasileiro já passa 21 anos na aposentadoria**. O Estado de São Paulo. Seção: Economia e Negócios, 20 de dezembro de 2018. Disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-ja-passa-21-anos-na-aposentadoria,70002652744>. Acessado em 19 de maio de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF 3ª Região). **Apelação cível nº 0004734-88.2016.4.03.6183/SP** (2016.61.83.004734-4/SP). Apelante: Cristina Paiva Rego. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relator: Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias. São Paulo, 21 de novembro de 2018. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201661830047344&data=2018-12-12>. Acessado em 13 de julho de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF 4ª Região). Apelação cível nº 00005865-69.2016.4.04.9999/RS. Apelante: João Dorneles Taborda. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relatora: Juíza Federal Thaís Schilling Ferraz. Porto Alegre, 05 de setembro de 2016. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=8561538&hash=76d16b8ca3a87576fd30f0922c925151>. Acessado em 16 de julho de 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF 4ª Região). Renda per capita familiar não pode ser único critério para concessão de benefício assistencial. Porto Alegre, 16 de setembro de 2016. Disponível em <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12261>. Acessado em 16 de julho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5246**. Requerente: Associação Nacional dos Auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil. Requerido: Presidente da República. Brasília, 16 de setembro de 2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307751725&ext=.pdf>>. Acessado em 16 de julho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 4734/PE. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de abril de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acessado em 16 de julho de 2019.

WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls**. Kriterion: Revista de Filosofia, vol.54, no.127, Belo Horizonte – MG, Junho, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011. Acessado em: 14 de julho de 2019.

REGULAMENTAÇÃO DA DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA: CONSTITUIÇÃO FEDERAL E REFORMA TRABALHISTA

Jéssica Maiara de ALMEIDA¹
Lara Caxico Martins MIRANDA²

RESUMO

O trabalho objetiva analisar a falta de aplicabilidade, em razão da suposta ausência de regulamentação, do artigo 7º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), que dispõe sobre a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa nas relações empregatícias. A pesquisa justifica-se no momento em que a Constituição já completa três décadas de publicação e o legislador infraconstitucional permanece omissivo frente a dispositivo de tamanha envergadura. A publicação da Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, abriu possibilidades para que o assunto fosse abordado, mas, na contramão da premissa constitucional, a positivação foi no sentido de ampliar as possibilidades de demissões sem justa causa, conforme se verifica no artigo 477-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. A partir do método dedutivo-crítico e se valendo de pesquisas bibliográficas, o trabalho concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 477-A da CLT bem como pela conduta passiva do legislador e de caráter eminentemente contrário aos pilares constitucionais de valorização da pessoa humana e de dignidade do trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa arbitrária. Reforma Trabalhista. Regulamentação legislativa.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the lack of applicability, due to the alleged lack of regulation, of Article 7, item I, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CF / 88), which provides for the prohibition of arbitrary or unjustified employment relationships. The research is justified by the fact that the Constitution has already completed three decades of publication and the infraconstitutional legislator remains silent about such a large device. The publication of Law no. 13.467 / 2017, known as the Labor Reform, opened up possibilities for the subject to be addressed, but contrary to the constitutional premise, the positivation was to expand the possibilities of dismissals without just cause, as is verified in Article 477-A of the Consolidation of labor laws. From the deductive-critical method and using bibliographical research, the work concluded by the passive conduct of the legislator and a character eminently contrary to the constitutional pillars of appreciation of the human person and the dignity of the worker.

KEYWORDS: Waiver arbitrary. Labor Reform. Legislative regulation.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) é o instrumento legislativo basilar da sociedade brasileira moderna. Em razão do seu caráter vinculativo, traz a imposição de que os atos de quaisquer dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, guardem uma correlação com seus dispositivos para que sejam válidos. Para essa pesquisa, dar-se-á

1 Aluna do curso de Direito da Faculdades Integradas do Vale do Ivaí (UNIVALE). E-mail: jessicamaiaraoficial@gmail.com.

2 Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, laracaxico@hotmail.com.

destaque para a atuação do Legislativo e a consequente necessidade de que a produção normativa infraconstitucional se volte aos exatos cumprimentos do texto da Carga Magna.

Em razão das inúmeras diretrizes constitucionais que carecem de atenta análise dos juristas, o estudo realizou um recorte temático para tratar da proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista em seu art. 7º, I, da CF/88. Diante da imprescindibilidade da proteção do trabalho e do seu caráter essencial ao ser humano, justifica-se o estudo das atuais mudanças legislativas infraconstitucionais da seara trabalhista e a tendência ou não de cumprir esse dispositivo constitucional.

O objetivo da presente pesquisa é fazer uma análise a respeito da falta de regulamentação da dispensa arbitrária sem justa causa dentro dos 30 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por via da pesquisa bibliográfica e utilizando-se do método-dedutivo crítico o estudo passará pela análise da importância do trabalho e as consequências da demissão, a análise do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal e a suposta necessidade de sua regulamentação para culminar na discussão sobre a demissão desmotivada frente às inovações trazidas pela Reforma Trabalhista.

Diante da recente Reforma Trabalhista, ocorrida pela publicação da Lei n. 13.467, em 13 de julho de 2017, abriu-se novamente a possibilidade de se discutir e solucionar esse impasse. Apesar disso, novamente a questão foi deixada de lado, evidenciando o caráter da Lei menos protetivo ao empregado, o que pode ser evidenciado com a ampliação das possibilidades de demissões sem justa causa, conforme se verifica no artigo 477-A, o que deve ser visualizado como um desrespeito aos valores inerentes ao ser, os quais são indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais.

1. O TRABALHO DECENTE COMO DIGNIFICADOR DO HOMEM

O trabalho é um instituto que se inseriu em diversas sociedades como meio para suprir necessidades culturais, psíquicas e de sobrevivência. Como um dos mecanismos de emancipação do ser humano, seja esta emancipação da natureza ou da relação de dominação homem versos homem, o labor perdura por séculos. Apesar disso, notório é que as transformações econômicas, sociais e tecnológicas imputam cotidianamente mutações no âmbito do trabalho. Sua importância para a dignificação do homem, todavia, não perdeu ainda magnitude.

Nesse aspecto, é possível considerar que o homem e o trabalho se encontram ligados por uma espécie de engrenagem, no sentido de que um depende do outro para a sua plena realização no meio social. Talvez por essa razão é que “o direito do trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a emergir [...]” (MARTINEZ, 2016, p. 82), consequentemente, por conta de sua força expansiva, foi

um grande estimulador para construir os demais direitos sociais, dentre os quais a educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade e a infância bem como assistência aos desamparados.

Não é sem motivo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) reconhece o valor social do trabalho como um dos seus fundamentos (artigo 1º, IV). Sua proteção especial ainda é vista pela sua característica de direito social fundamental, conforme preconiza o *caput* do artigo 6º da CF/88. Complementando a qualificação, o Texto Magno ainda positiva direitos inerentes às relações trabalhistas em um artigo específico dentro do seu capítulo II: o artigo 7º que possui finalidade de promover melhores condições sociais trabalhistas.

Nesse sentido, tem-se que o trabalho é de suma importância para o indivíduo, “eis que dele depende o bem maior do ser humano, que é o bem da vida” (FERRARI; NASCIMENTO; FILHO, 2011, p. 56). Por meio dele é possível obter os meios necessários para a sua subsistência, bem como em determinados casos, o de sua família. Além do fato de ser um meio para que o homem consiga se auto-realizar é possível ser um caminho para que o indivíduo se auto-defina e desenvolva suas habilidades em meio a uma dada sociedade.

Segundo Ribeiro (2017, p. 07), o trabalho é o meio pelo qual o indivíduo se consolida economicamente e socialmente, permitindo que ele se engrandeça e se torne um ser de valor. Partindo dessa análise, é possível constatar que inúmeras pessoas que possuem uma atividade laborativa compõem o seu padrão de vida com base nela e que inúmeras outras, situadas afora da redoma legislativa trabalhista, inclinam-se para a exclusão e marginalidade social. A marginalização legislativa abre espaço para o trabalho informal, fazendo com que este se torne a melhor alternativa para subsistência. Em consequência lógica, a informalidade colabora para a precarização. Portanto, o trabalho formal desempenha importante papel para o desenvolvimento econômico de uma localidade.

Na sociedade moderna, é possível visualizar o trabalho como um mecanismo que auxilia na formação do caráter e desenvolvimento integral do indivíduo, tendo-o como “[...] um direito ao mesmo tempo humano e fundamental” (LEITE, 2017, p. 38). Trata-se de direito humano por ser reconhecido de modo solene em documentos internacionais, a contar do Tratado de Versalhes, de 1919. Além disso, é direito fundamental, posto que se encontra positivado na Constituição Federal e tutelado como princípio essencial do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, II, III e IV, CF/88); direito social (artigos 6º e 7º, CF/88) e valor fundante da ordem econômica (artigo 170, VIII, CF/88), o qual possui o objetivo de assegurar a todos uma vida digna em consonância com as regras da justiça social e o pleno emprego.

Segundo Delgado (2017, p. 88), as questões sociais, econômicas e culturais, relacionadas

aos Direitos Humanos, passam pela seara trabalhista, tendo em vista que esta regula o meio pelo qual o indivíduo se insere no sistema socioeconômico capitalista. As tutelas positivadas na ordem constitucional e na legislação infra asseguram um nível civilizatório de direitos e garantias jurídicas, as quais o trabalhador sozinho, por meio de suas próprias forças e habilidades, não conseguiria alcançar.

Nesse sentido, para se ter de maneira efetiva a promoção da dignidade da pessoa humana, não basta apenas a proteção da sua liberdade e intangibilidade física e psíquica. Faz-se imprescindível também garantir a conquista e a afirmação de sua individualidade tanto no meio econômico quanto no social, já que essa gera repercussões positivas na integralidade do ser. No contexto da pesquisa, isso se mostra possível de ser alcançado através da garantia do trabalho ou emprego decentes.

Segundo Oliveira e Oliveira Junior (2007, p. 207), "a figura do trabalho decente caminha lado a lado à questão da dignidade do trabalhador". Para saber se o trabalho é ou não decente basta observar sua forma contrária: o trabalho degradante. Este é desenvolvido em péssimas condições ambientais, baixíssimos salários, expõe à saúde do indivíduo a riscos, não considera formas de manutenção do emprego e despreza questões pertinentes a rescisão contratual. O trabalho decente relaciona-se, necessariamente "à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais" (BRITO FILHO, 2004, p. 52).

No que tange a inserção do indivíduo na sociedade, o trabalho decente desempenha um papel fundamental, podendo ser compreendido, segundo Miraglia (2009, p. 149), por dois aspectos: como um direito individual subjetivo de todo homem e como um direito social. Pelo viés individual, tem-se o direito de se ter acesso ao mercado de trabalho, bem como a capacidade de prover tanto para si quanto para a sua família, através de um trabalho que seja digno, os meios necessários para a subsistência. De modo que resguarda a integridade física e psíquica do homem, relaciona-se com as liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Pela perspectiva social, todavia, trata de um direito coletivo atinente a um determinado grupo merecedor de uma proteção especial frente as desigualdades fáticas. Logo, deve ser fixado um nível mínimo civilizatório, proveniente da igualdade substancial, que tenha como base a dignidade da pessoa humana, a qual traz afirmação do homem como um ser que pertence a sociedade. Conclui-se que também se relaciona com as liberdades positivas dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão.

Partindo da constatação de que o trabalho é importante à vida, uma das maiores preocupações contemporâneas é a alta taxa de demissões e, conseqüentemente, desemprego

presente na sociedade brasileira. Em pesquisa publicada em março de 2019, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), constatou-se que os índices de desemprego no ano apontado subiram para 12,4% e a população subutilizada é a maior desde 2012. De acordo com o estudo, "o aumento representou a entrada de 892 mil pessoas na população desocupada, totalizando 13,1 milhões de trabalhadores nessa condição. Já a taxa composta de subutilização da força de trabalho ficou em 24,6%, somando 27,9 milhões de pessoas" (PARADELLA, 2019).

O trabalho possui significância da mesma magnitude que a demissão. Isso porque essa última gera na vida do indivíduo várias implicações pessoais e econômicas. O fruto do trabalho permite que o indivíduo consiga efetivamente participar da sociedade e usufruir de direitos sociais por vezes não garantidos pelo Estado, como educação, saúde, lazer e outros essenciais para a obtenção de uma vida digna. Portanto, conforme preceitua Leite (2017, p. 39), deve-se visualizar o trabalho como sendo um valor fundante de um ordenamento jurídico, político, econômico e social.

O término do contrato de trabalho implica no rompimento de uma condição social e por vezes gera abalo na estrutura psicológica e familiar do indivíduo. Por essa razão, a Constituição Federal garantiu a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, além de indenização compensatória nesses casos (artigo 7º, I, CF/88). Ademais, previu o direito ao seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (artigo 7º, II, CF/88) e o fundo de garantia do tempo de serviço (artigo 7º, III, CF/88). Todos esses direitos sociais, expressamente previstos, visam dar tutela à proteção do trabalhador e a garantia da continuidade da relação de trabalho, princípios pertinentes à ciência trabalhista.

Em relação ao término do contrato de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), jurisprudência e doutrina, se encarregaram de discutir, sistematizar e proteger. Assim, didaticamente esse instituto foi dividido em modalidades, dentre as quais se encontram a rescisão, rescisão, resolução e força maior (CORREIA; MIESSA 2018, p. 780-956). Para o estudo em apreço, será destacada a hipótese de rescisão como direito supostamente potestativo do empregador.

A rescisão refere-se à extinção do contrato de trabalho sem ter havido algum tipo de falta grave que venha a determinar o seu fim. Pode ocorrer, de acordo com Delgado (2017, p. 1279), de maneira unilateral ou bilateral. A rescisão bilateral, é aquela em que há um acordo entre as partes para o fim do contrato de trabalho, denominada distrato. A unilateral, por sua vez, refere-se à situação em que uma das partes da relação de emprego coloca fim ao contrato de trabalho sem motivação. Para a pesquisa, far-se-á o recorte temático para tratar do desemprego decorrente da rescisão por iniciativa do empregador, sem justa causa, também chamada de despedida arbitrária.

A dispensa arbitrária ou sem justa causa, refere-se à situação em que o empregador rompe o vínculo empregatício por meio de uma denúncia vazia. O conceito, previsto no *caput* do artigo

165 da CLT, prevê que não se funda em motivos de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira (MARTINEZ, 2016, p. 1105). Cumpre salientar que tal hipótese é expressamente vedada pela norma do artigo 7º, inciso I da CF/88, que dispõe que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa" (BRASIL, 1988).

Verifica-se que o legislador constituinte procurou assegurar a manutenção do emprego, já que é através de seus frutos que se obtém o necessário para se ter de maneira efetiva uma vida digna. Apesar da aplicabilidade imediata do dispositivo (art. 5º, §1º, CF/88), que consubstancia uma norma de direito fundamental, sob o argumento vazio da necessidade de uma lei complementar para regulamentar o tema, tal hipótese de rescisão vem sendo amplamente aplicada. Ressalta-se que a defesa da necessidade de uma lei complementar que regulamentasse o artigo em comento, já foi debatida e declarada vazia inúmeras vezes pela doutrina. Para a pesquisa em apreço e, como se demonstrará, há clara desnecessidade da regulamentação do dispositivo constitucional para que este tenha eficácia jurídica.

2. DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA: A DESNECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

A relação de trabalho foi constituída com o intuito de perdurar. Observa-se essa premissa nos requisitos da pessoalidade e habitualidade necessários para a formação do vínculo empregatício. É pessoal porque o indivíduo é escolhido em razão de suas características pessoais para formar um elo que interesse as suas necessidades e as do empregador. É ainda habitual porque não eventual, corriqueira ou passageira, mas sim prolonga-se pela característica contratual do trato sucessivo.

Nesse cenário, se faz pertinente mencionar o princípio da continuidade da relação de emprego, vigente na ciência trabalhista, o qual, segundo Saraiva e Souto (2018, p. 32), preconiza que há uma presunção de que os contratos sejam estabelecidos por prazo indeterminado. Isto posto, o trabalhador passa a incorporar a estrutura da empresa de maneira permanente, admitindo o contrato por prazo determinado ou a termo apenas em casos excepcionais.

Nessa seara, Delgado (2017, p. 1252) ressalta que de acordo com esse princípio a ideia que se tem é que a ocorrência da extinção contratual extrapola o mero interesse individual das partes, vindo a causar impactos comunitários mais amplos. Conseqüentemente, são necessários institutos e normas que venham a privilegiar a permanência da relação empregatícia, tanto o é que a Carta Magna rechaça a dispensa arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, inciso I, CF/88), pois esta se realiza sem possuir uma mínima fundamentação que seja considerável.

De acordo com o dispositivo, "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...] relação

de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos" (BRASIL, 1988). Nota-se que o objetivo do constituinte originário era não permitir que a existência de resilições contratuais como direito potestativo do empregador, ou seja, que para a finalização do contrato houvesse motivação razoável. Destacou ainda a necessidade da promulgação de uma lei complementar que assegurasse uma indenização compensatória para o caso de descumprimento constitucional e efetivação da despedida arbitrária.

Em razão da ordem de criação de uma lei complementar, que não seria publicada de modo célere, o constituinte dispôs ainda no artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADTC), norma a ser utilizada até a vinda do instrumento legislativo infraconstitucional. De acordo com esse dispositivo, "até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966" (BRASIL, 1988).

A Lei infraconstitucional prevista no dispositivo é o revogado instrumento que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Esse previa, na norma do seu artigo 6º, que ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho, por parte da empresa, sem justa causa, essa era obrigada a depositar, a favor do empregado, importância igual a dez por cento dos valores do depósito na conta do FGTS (BRASIL, 1966). Comungando os dois dispositivos, o legal e o constitucional, até que a indenização prevista pelo artigo 7º, inciso I, da CF/88 viesse, a empresa que rescindisse o contrato de trabalho sem justa causa indenizaria o trabalhador na quantia de quarenta por cento dos valores depositados na conta do FGTS.

Atualmente, a Lei que dispõe sobre o FGTS é a Lei n. 8.036 de 11 de maio de 1990. Essa, que poderia ter previsto a indenização compensatória a que se refere o artigo 7º, inciso I, da CF/88, apenas encarregou-se de sistematizar, em seu artigo 18, parágrafo primeiro, a ordem constitucional do ADCT (artigo 10, I, ADCT). Assim, o dispositivo prevê que "na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho" (BRASIL, 1997).

Pelo exposto, é possível já afastar a proposição de que a indenização prevista no artigo 18, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.036/90, refere-se à indenização compensatória prevista no artigo 7º, I, CF/88. Em verdade, representa a permanência da inércia legislativa sobre o tema, já que "desde o advento do FGTS – criado pelo interesse do grande capital – instalou-se entre nós a política do *turn over*: despedir passou a ser rotina" (VIANA, 1997).

As previsões constitucionais do ADCT têm a essência de provisoriedade. No momento da promulgação da Constituição, o constituinte originário, atento à temas importantes e delicados, encarregou-se de construir proteção imediata a situações que dependeriam da regulamentação posterior por parte do poder legislativo infraconstitucional. A postura revela atenção e prudência frente a cenários relevantes para a sociedade, como o caso da demissão.

Apesar da expressa previsão constitucional, a resilição por parte do empregador tem sido aplicada vastamente no mercado de trabalho brasileiro, gerando enorme rotatividade de mão-de-obra, sob a justificativa de ausência de lei complementar que regulamente o dispositivo. Trata-se da defesa de que o artigo 7º, inciso I, da CF/88 se constitui em norma de eficácia limitada, ou seja, cujos efeitos só serão produzidos a partir da interferência do legislador ordinário por via de regulamentação.

A justificativa para a efetivação prática da proibição constitucional do empregador rescindir o contrato de trabalho sem um motivo justificável consiste na inércia do Poder Legislativo de editar uma lei complementar, como estabelece o próprio dispositivo, para regulamentar essa situação. Conforme salienta Sorgi (2017, p. 39) o problema que surge é o de vincular a eficácia plena da norma constitucional a elaboração de uma lei infraconstitucional, posto que se trata de um direito social fundamental, o qual se encontra intrinsecamente ligado ao direito social fundamental do trabalho.

Em sentido semelhante, Silva Junior (2017, p. 17) destaca que a situação a qual se refere o dispositivo constitucional se trata da indenização que deve ser disciplinada, estando esse pendente e não da inaplicabilidade da proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa, a qual já deveria estar em vigor. Souto Maior (2004) complementa:

Da previsão constitucional não se pode entender que a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.

A questão da eficácia do dispositivo do Texto Maior possui como fundamento a teoria da classificação das normas constitucionais estabelecidas por Silva (2003, p. 116), o qual as divide em eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada. As normas de eficácia plena são aquelas que a partir do momento em que passa a vigorar na Constituição, geram, ou tem a possibilidade de gerar, todos os efeitos fundamentais, pertinentes as situações, comportamentos e interesses. Nessas o legislador constituinte quis regular de maneira direta e normativa.

Por outro lado, as normas de eficácia contida são as que embora tenham a capacidade de produzir todos os efeitos, possuem a possibilidade de sua eficácia ser reduzida por uma lei

infraconstitucional. Já as de eficácia limitada, tratam-se das que não estão aptas a produzir todos os seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor, haja vista que o legislador constituinte não estabeleceu em sua matéria uma normatividade para que isso ocorra. Dessa forma, essas deixam margens para que o legislador ordinário ou a outro órgão do Estado as regule (SILVA, 2003, p. 116).

Aqueles que consideram ser possível a dispensa arbitrária em razão da inexistência de regulamentação, justificam que o artigo 7º, inciso I da CF/88, é uma norma constitucional de eficácia limitada, já que dependeria de uma normativa ulterior. Apesar disso, o próprio criador da sistematização (2003, p. 76), embora seja defensor da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, expõe que ainda que se trate de normas ditas não aplicáveis estas não possuem eficácia nula. Isto é, produzem efeitos jurídicos e eficácia mesmo que de maneira relativa e reduzida.

Além disso, de acordo com Silva Junior (2017, p. 19) o Supremo Tribunal Federal tem criado uma nova linha de interpretação a respeito necessidade de efetivar direitos fundamentais trabalhistas, mesmo quando se mostre necessário uma lei ulterior que inexista em virtude da inércia do legislativo. Como foi o caso do direito a greve do servidor público que se encontra previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso VII. O dispositivo também carecia de legislação específica, mas diante da mora legislativa e em razão dos vários mandados de injunção infrutíferos, no ano de 2007 o Tribunal mudou o seu posicionamento para garantir o direito social de greve aos servidores públicos³.

Não se pode perder de vista a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 02 de junho de 1982, que dispõe sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Essa, que foi ratificada pelo Brasil em 1995, dispõe na norma do seu artigo 4º que, "não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço" (OIT, 1982).

A Convenção, que trata a respeito do tema da dispensa arbitrária ou sem justa causa, estabelece ainda os motivos em que não se pode afirmar justa causa. Tal documento entrou no ordenamento jurídico por via do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, vindo de encontro com o art. 7º, inciso I da CF/88. As previsões estabelecem a imprescindibilidade de fundamentar o término do emprego, devendo estar relacionada de acordo com a capacidade ou comportamento do empregado, embasada na necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. De acordo com Silva e Paz (2016, p. 159), é possível encontrar um substrato teórico nesse

3 Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

documento internacional para ser meio de interpretação na apreciação do caso concreto (CORREIA; MIESSA, 2018, p. 434).

O que motivou a criação da Convenção n. 158 da OIT, foi o fato de que antes dela não havia regulamentação que viesse a garantir o emprego, salvo quanto às estabilidades determinadas em lei. Poderia o empregado vir a ser dispensado pelo empregador ao seu desejo em qualquer tempo e sem a necessidade de especificar os motivos. Portanto, foi aprovada a Convenção para equilibrar a relação de emprego e com a finalidade de limitar as dispensas. Em sua estrutura possui quatorze artigos que regulamentam a dispensa por iniciativa do empregador (DAHER, 2010, p. 72).

Como mencionado, o artigo 4º do documento veda a dispensa desmotivada, já que não é crível extinguir a relação de trabalho tendo como motivo o comportamento ou desempenho do trabalhador sem que lhe seja dada a oportunidade de se defender das denúncias que lhe forem imputadas (MARTINEZ, 2016, p. 1111). A necessidade de observar o critério de motivação seria um meio de eliminar as causas de denúncia vazia do contrato por parte do empregador, o qual vem a dar origem a uma nova figura de extinção contratual de trabalho, qual seja, a dispensa motivada, mas sem justa causa celetista (DELGADO, 2017, p. 1263). Destaca-se, nesse sentido, que o estudo não defende a proibição de demissão do empregado a critério do empregador, mas a necessidade de que esse apresente justificativa para tanto.

Dentre os artigos da Convenção n. 158 da OIT, destacam-se os artigos 5º, 7º e 8º. O artigo 5º traz um rol exemplificativo das causas que não são consideradas motivos justificáveis para colocar fim na relação de emprego, dentre os quais se encontra a filiação a sindicato, apresentação de queixa de seu empregador para as autoridades contendentes, motivos de raça, cor ou estado civil. Já o artigo 7º, expõe a obrigação de garantir o contraditório nos casos em que se rompe a relação de trabalho por motivo de comportamento ou desempenho. Finalmente, o artigo 8º, estabelece a garantia do empregado, nos casos em que não concorde com a motivação dada, de poder recorrer de sua demissão (SORGI, 2017, p. 44).

Nesse sentido, a partir da análise da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, é possível visualizar que esta não veda apenas a dispensa sem motivação, como também preza para haja uma continuidade da relação de emprego. Trata-se, em suma, de mecanismo para a efetivação do direito social e fundamental do trabalho. Portanto, de acordo com Sorgi (2017, p. 49) a sua ratificação pelo Brasil foi uma medida muito positiva para o trabalhador.

"Tão logo foi incorporada ao ordenamento interno, a Convenção n. 158 suscitou calorosos debates, em especial entre o empresariado" (SORGI, 2017, p. 45), eis que disso surgiu a discussão acerca da sua inconstitucionalidade por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1480-3/DF. Suscitava-se, por via da ação, que a Convenção n. 158 não comungava com a norma do artigo

7º, inciso I, da CF/88, que exigia lei complementar para a sua regulamentação. Antes que se solucionasse a lide, em novembro de 1996 o Chefe do Poder Executivo denunciou a Convenção n. 158 da OIT por via da edição do Decreto n. 2.100/96.

A denúncia, todavia, foi criticada em âmbito interno e internacional. Daher (2010, p. 97) explica que o Presidente da República não possuía competência exclusiva para realizá-la, carecendo da participação do Congresso Nacional (artigos 84, inciso VIII e artigo 49, I, CF/88). Ademais, a denúncia só poderia ter sido praticada dentro de um período de 10 anos da sua vigência (artigo 17, item I da Convenção n. 158, OIT, de 23 de novembro de 1985), entretanto o prazo foi extrapolado, já que o decreto de denúncia foi publicado em 23 de novembro de 1966 para produzir efeitos a partir do ano seguinte. Portando, diz-se que a revogação se deu de maneira indevida devendo ser afirmada a inconstitucionalidade da denúncia.

Em 17 de fevereiro de 1997 a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1625, questionando a validade do Decreto 2.100/66. O exame da ADI foi iniciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2003 com o voto do ministro relator Maurício Corrêa (falecido), pela procedência parcial da ação. De acordo com ele, haveria a necessidade de dar interpretação conforme a Constituição ao decreto, fazendo com que ele só produzisse efeitos a partir da ratificação do ato pelo Congresso Nacional. O processo ficou suspenso por anos e em 11 de novembro de 2015 o plenário do tribunal retomou o julgamento com o voto da ministra Rosa Weber pela inconstitucionalidade formal do decreto em razão do modo como foi realizada a denúncia da convenção. Nenhum outro andamento foi dado à ADI posteriormente.

Superado essa etapa, emerge a questão da desnecessidade da regulamentação da norma constitucional para que se torne concreto a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista na Constituição. Além da previsão internacional mencionada, a proteção do artigo 7º, inciso I, se refere a uma garantia constitucional aos trabalhadores, bem como se trata de uma norma constitucional de eficácia plena e não limitada. Como destacado, a lei complementar da qual trata o dispositivo serve para regular a indenização compensatória que será paga caso isso ocorra e não a proibição de dispensa arbitrária. Ainda assim, mesmo que fosse de eficácia limitada a omissão do Legislativo em elaborar a lei complementar não pode ser obstáculo para a produção de seus efeitos, pois se trata de um meio para validar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade da pessoa humana. Acrescenta-se que o dispositivo possui aplicação imediata com respaldo no §1º do Art. 5º da CF/88 (SOUTO MAIOR, 2004).

Vale ressaltar ainda que a própria ciência trabalhista se encarrega de explicar a desnecessidade de regulamentação do dispositivo por via do princípio da proteção e da continuidade

da relação de emprego. O princípio da proteção, busca proteger a parte hipossuficiente da relação de empregado, possuindo a finalidade de retificar ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio que existe no plano fático do contrato de trabalho (DELGADO, 2017, p. 213). Pode ser alcançado através de atitudes do aplicador da fonte jurídica na opção pela fonte mais favorável ao empregado e na manutenção da condição mais benéfica (MARTINEZ, 2016, p. 165).

No caso em apreço, pelo *in dubio pro operario*, a interpretação de permitir a dispensa arbitrária ou sem justa causa por falta de lei complementar se mostra incompatível com o princípio em análise. Além disso, o princípio da continuidade da relação de emprego estabelece que o contrato de trabalho deve ter a maior duração possível, ou seja, uma presunção favorável à manutenção do trabalho. Refere-se a base da tradicional estabilidade, bem como o fato de que o trabalho digno é um direito humano e fundamental (LEITE, 2018, p. 98). Nota-se que a própria Declaração Universal de Direitos Humanos trata a respeito da proteção do desemprego em seu artigo 23, item 1 (SORGI, 2017, p. 42).

Ainda que, supostamente, essa Lei fosse efetivamente necessária, a Constituição da República Federativa do Brasil comemorou em 2018 os seus trinta anos de promulgação e até o atual momento não há lei complementar que proteja o trabalhador da dispensa arbitrária ou sem justa causa. Inúmeras oportunidades existiram, como por via da internalização da Convenção n. 158 da OIT, publicação da Lei n. 8.036/90, que regulamentou o FGTS, e tantas outras alterações promovidas na CLT ao longo desses anos⁴. Sobre o tema, em verdade, desde 1988 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar n. 33, que dispõe sobre a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador.

Conquanto, na contramão da intenção do constituinte originário, a Lei n. 13.467 de 2017, denominada popularmente de Reforma Trabalhista, veio para aumentar as possibilidades de demissão imotivada. Sem qualquer amparo ao trabalhador, o modificado artigo 477-A da CLT, estabeleceu a equiparação das dispensas imotivadas individuais e plúrimas às dispensas de natureza coletiva. Como se observará no próximo tópico, além de desconsiderar a necessidade de proteger um único indivíduo da dispensa imotivada, o reformista positivou expressamente a desproteção de centenas de trabalhadores.

3. REFORMA TRABALHISTA: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 477-A, CLT

Em 13 de julho de 2017 foi publicada a Lei n. 13.467, popularmente denominada Reforma Trabalhista. A princípio, a proposta apresentada por meio do projeto de Lei n. 6.787/2016 visava a

⁴ Exemplos de Leis que alteraram a CLT desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Lei n. 8.260, de 12.12.1991, Lei n. 12.551, de 2011, Lei n. 12.619 de 2012 e Lei n. 13.015 de 2014.

alteração de apenas sete artigos da CLT, quais sejam: 47; 47-A; 58-A; 611-A; 634 e 775. Entretanto, tal projeto de lei foi modificado de maneira substancial e antidemocrática por meio de um substitutivo apresentado pelo relator deputado Rogério Marinho (PSDB-PE). A nova proposta alterou, sem qualquer participação social, noventa e sete artigos da CLT, três artigos da Lei n. 6.019/74, um artigo da Lei n. 8.036/90, um artigo da Lei n. 8.213/91 e um artigo da MP n. 2.226/2001.

Como visto, a Reforma Trabalhista não se limitou a alterar tão somente o texto da CLT, já que tinha como objetivo central a adequação das novas relações de trabalho na legislação. Segundo Leite (2018, p. 38), implementou três princípios de proteção ao capital, quais sejam, a liberdade, segurança jurídica e a simplificação. Isso, conseqüentemente, ocasionou a inversão de valores, princípios e regras de proteção do trabalhador que se encontram consagrados em várias normas internacionais e constitucionais. Decerto houve um grande impacto no ordenamento jurídico trabalhista, sendo que algumas alterações vieram a atingir a própria estrutura do Direito do Trabalho, como o caso da ampliação dos acordos individuais e negociação coletiva (CORREIA; MIESSA, 2018, p. 66).

A Lei n. 13.467 se apresenta como meio para o retorno do antigo papel do Direito na história, se mostrando como um mecanismo de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais. Não há dúvidas de que a Reforma Trabalhista foi em sentido contrário com as ideias matrizes da Constituição Federal de 1988, da principiologia humanística e social constitucional, do conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana na seara justralhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 40).

Da mesma forma, na contramão da necessidade de positivação de normas protetivas, como a suposta regulamentação do artigo 7º, inciso I, da CF/88, a Reforma Trabalhista veio como uma forma de desregulamentar os direitos sociais e flexibilizar as relações de trabalho. Previu, em vários dispositivos, meios de suprimir ou reduzir a proteção social e a desarticulação dos direitos e garantias fundamentais trabalhistas (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 73). No que se refere ao tema central da pesquisa, qual seja, o instituto da demissão, ao invés de trazer regulamentos acerca da dispensa arbitrária ou sem justa causa, trouxe, na norma do artigo 477-A, a equiparação das dispensas imotivadas individuais e plúrimas às dispensas de natureza coletiva. Afastou ainda, por meio da mesma norma, a única proteção que o trabalhador poderia ter nesse aspecto: a participação sindical.

É importante trazer a distinção entre as dispensas de natureza individual, plúrimas e coletivas. No tocante as dispensas individuais, de acordo com Grizendi (2010, p. 13) se tratam

daquelas que ocorrem nos contratos individuais do trabalho. As dispensas plúrimas, por sua vez, referem-se aquelas em que a empresa opta por realizar diversas despedidas individuais, de maneira concomitante. Finalmente, as dispensas coletivas ocorrem quando existe um fato objetivo relacionado à empresa, ou seja, uma causa comum para a simultaneidade e multiplicidade de rescisões.

O artigo 477-A inserido na CLT por meio da Reforma Trabalhista, ao equipar as dispensas coletivas às dispensas imotivadas individuais e plúrimas procurou facilitar as possibilidades de demissão de grandes grupos de trabalhadores. Isso porque positivou o afastamento da interferência do sindicato profissional de trabalhadores no crítico contexto socioeconômico das dispensas em massa (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 180). O artigo trouxe expressamente a equiparação, para todos os fins, de todas as modalidades de dispensa arbitrária, tirando a necessidade de prévia autorização da entidade sindical ou sequer a celebração de alguma negociação coletiva para a efetivação.

O dispositivo em comento traz prejuízos indiretos tanto aos trabalhadores, sociedade bem como a economia local, tendo em vista a possibilidade do empregador de dispensar inúmeros empregados de uma só vez sem ter resguardado contrapartida ou uma expectativa de retorno a empresa em caso de melhoria de ordem econômica (CORREIA; MIESSA, 2018, p. 1334). Acrescenta Silva Junior (2017, p. 117) que as despedidas coletivas causam um maior impacto no meio social do que as despedidas individuais, ainda que estas também causem preocupação nos últimos tempos. A justificativa para a preocupação dos impactos sociais ocasionados pelas despedidas coletivas consiste nos transtornos que causam não só para o indivíduo, mas também para toda a coletividade, pois dá origem a instabilidade econômica.

A inconstitucionalidade do dispositivo é patente, vez que as medidas restritivas às dispensas em massa, como a necessidade de negociação coletiva e participação sindical, surgiram a partir da própria interpretação do artigo 7º, I, da CF/88. O corte coletivo impacta mais do que cada trabalhador que compõe um contrato individual de trabalho, propaga seus efeitos em toda a sociedade, atingindo clientes, fornecedores, empresas vinculadas e também a arrecadação de impostos locais e nacionais (SILVA, 2017, p. 61).

Além disso, a Reforma Trabalhista veio na contramão da proteção constitucional em relação a dispensa coletiva e ao posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Segundo Leite (2018, p. 549), esse novo dispositivo contrariou a jurisprudência que vinha sendo adotada pelo TST em considerar a dispensa imotivada coletiva ou em massa de trabalhadores como abuso de direito, bem como da exigência de autorização prévia do sindicato da correspondente categoria profissional. Não obstante, para o Tribunal, era necessário a existência de negociação

coletiva para haver a possibilidade de demitir coletivamente, mas a Reforma retirou essa necessidade, ou seja, a postura do legislador ofendeu ainda o posicionamento moderno e protetivo sobre o tema.

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. DISPENSA TRABALHISTA COLETIVA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Esta Corte tem firmado jurisprudência no sentido de que a dispensa trabalhista coletiva deve ser sempre precedida de negociação coletiva, com a finalidade de minimizar o impacto social negativo e de proteger o hipossuficiente. Ademais, este Tribunal Superior tem entendido que não há critério objetivo quanto ao número ou percentual de trabalhadores dispensados que caracterizariam a dispensa em massa. Desse modo, o acórdão regional, em que mantida a sentença, na qual consignado que se faz necessário que a Reclamada submeta as dispensas trabalhistas coletivas à negociação coletiva, sem fixar o número percentual certo de trabalhadores dispensados para caracterizar a dispensa em massa, encontra-se em conformidade com o entendimento desta Corte Superior. Decisão monocrática mantida com acréscimo de fundamentação. Agravo não provido (TST – Ag – AIRR: 100124620135150076, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 27/02/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019)

Ademais, a jurisprudência brasileira pacificou-se no sentido da necessidade de realizar esforços prévios para manutenção dos postos de trabalho antes das dispensas em massa. Nesse viés, a utilização do banco de horas para afastamentos sazonais dos empregados (artigo 59, CLT), uso de férias coletivas (artigo 139, CLT), diminuição da jornada de trabalho e conversão em contrato a tempo parcial (artigo 58-A, CLT), suspensão temporária do contrato (artigo 476-A, CLT), negociação de planos de demissão voluntária (artigo 477-B, CLT) e até mesmo redução salarial (artigo 611-A, §3º, CLT) (SILVA, 2017, p. 61-62).

A nova regra legal se mostra inconstitucional, pois vem a afrontar o universo de princípios humanísticos e sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, a centralidade e dignidade da pessoa humana na ordem socioeconômica e jurídica, bem-estar individual, igualdade em sentido material, segurança no sentido amplo e social e valorização do trabalho e emprego (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 181). Tanto é que a Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (BRASÍLIA, 2017) sustentou a inconstitucionalidade do dispositivo em comento em seu enunciado 57:

57. DISPENSA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. O art. 477-A da CLT padece de inconstitucionalidade, além de inconvenção, pois viola os artigos 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, caput, III e VIII, 193, da Constituição Federal, como também o artigo 4º da Convenção 98, o artigo 5º da Convenção 154 e o art. 13 da Convenção 158, todas da OIT. Viola, ainda, a vedação de proteção insuficiente e de retrocesso social. As questões relativas à dispensa coletiva deverão observar: a) o direito de informação, transparência e participação da entidade sindical; b) o dever geral de boa-fé objetiva; e c) o dever de busca de meios alternativos às demissões em massa.

"A reforma perdeu uma oportunidade preciosa de diferenciar a dispensa arbitrária – normalmente associada com atos de retaliação, caprichosas ou fruto de má administração empresarial – das modalidades de dispensa sem justa causa" (SILVA, 2017, p. 62) e definitivamente

solucionar o impasse do artigo 7º, inciso I, da CF/88. A modalidade de dispensa sem justa causa é amplamente aceita para os casos de alterações técnicas, inadequação do empregado, ausência de habilidade ou crise econômica e financeira que atingem o setor empresarial (SILVA, 2017, p. 62). O que não se deve permitir é a manutenção do descrédito dado ao contrato de trabalho permitindo que ele finalize sem qualquer motivação.

Em havendo positividade da diferença entre a dispensa arbitrária daquela sem justa causa, seria possível, inclusive, amenizar a indenização para as empresas que, inevitavelmente, precisam rescindir. A sanção mais severa deve ser aplicada àquelas que, desnecessária e aleatoriamente usam do poder despótico de rescindir e finalizam o contrato de modo inescusável. À vista disso, "apenando de modo mais severo a arbitrariedade e suavizando o impacto indenizatório para as dispensas socialmente justificadas – expressão utilizada em outros países para representar a rescisão inevitável e imprevisível" (SILVA, 2017, p. 62).

Além da inconstitucionalidade indiscutível do artigo 477-A, da CLT, ele colide frontalmente com a Convenção n. 158 da OIT. Como mencionado, a validade da Convenção discutida na pesquisa, está pendente de julgamento no plenário do STF. Caso venha a ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro gerará mais um conflito direto com o artigo 477-A da CLT. O conteúdo do artigo 13 do documento internacional dispõe expressamente que cabe ao empregador prever termos coletivos derivados de problemas econômicos, tecnológicos estruturais ou análogos e, nessas ocasiões, proporcionar aos trabalhadores informações sobre os motivos dos termos, medidas para evitá-los ou para atenuar suas consequências (OIT, 1982).

Assim sendo, a partir da pertinente análise, a Lei n. 13.467/2019 poderia ser um diploma a regulamentar o tema da dispensa arbitrária ou sem justa causa presente no art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988. Todavia, assim como em muitas outras oportunidades legislativa, se apresentou por um viés menos protetivo, como foi possível visualizar com a implementação do novo dispositivo 477-A. Nota-se, em verdade, a manutenção do desrespeito constitucional e a depreciação dos princípios trabalhistas. O legislador infraconstitucional permanece negligenciado os pilares constitucionais estruturantes de natureza democrática e inclusiva.

CONCLUSÃO

A pesquisa demonstrou que as atuações dos três poderes, com destaque para o legislativo, devem ser realizadas por um viés que traga benefícios para a coletividade e não de maneira isolada ao empregado ou empregador. Por esse motivo se vem a relevância do tema da vedação da dispensa arbitrária injusta por parte da Constituição da República Federativa de 1988. A concretização da premissa constitucional gera garantia tanto para o empregado quanto para a sociedade, vez que a

alta taxa de desemprego acaba por atingir a economia e todo o meio social.

Faz-se fundamental mencionar a publicação da Lei n. 13.476/2017, cujo objetivo foi modificar e regulamentar, sobremaneira, questões atinentes às relações de trabalho. A oportunidade legislativa para tratar do tema dispensa arbitrária ou sem justa causa estava posta, mas novamente o legislador pôs-se omissivo diante de tema tão relevante para as relações empregatícias. A ausência de ação legislativa para regulamentar o dispositivo revela, inicialmente, falta de vontade política e, novamente, a incoerência da defesa da sua necessidade.

Ao contrário da necessidade patente, a Lei n. 13.467/2017 ampliou as possibilidades de dispensa arbitrária, equiparando, para todos os fins, na norma do artigo 477-A, da CLT, as despedidas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas. O dispositivo é claramente inconstitucional, vez que viola frontalmente a norma do artigo 7º, inciso I, da CF/88 e os princípios constitucionais de valorização do trabalho humano e promoção da justiça social. Ademais, ainda que pendente de análise a internalização da Convenção n. 158 da OIT, não há dúvidas de que o dispositivo fere o seu item 13, que dispõe sobre a necessidade de que o empregador preveja as dispensas coletivas e busque medidas para evitá-las ou atuar suas consequências.

Como percebeu-se, a reforma trabalhista deveria ter trazido normas mais democráticas e que cumprissem os pilares constitucionais de valorização do trabalho humano. Isso porque quando garante ao empregador o direito potestativo de despedir por meio de uma justificativa vazia, não só um, mas vários empregados ao mesmo tempo, deixa de estabelecer garantias e torna-se prejudicial para a estabilidade econômica do país.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Nº Ag-AIRR 10012-46.2013.5.15.0076. Relator: Douglas Alencar Rodrigues. Data de Julgamento: 27/02/2019. 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681887905/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-ag-airr-100124620135150076>>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.
- CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da reforma trabalhista**. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DAHER, André Chedid. **A despedida abusiva no direito do trabalho brasileiro**. Curitiba: Centro Universitário de Curitiba, 2010.

- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.
- FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FILHO, Ives Granda da Silva. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTR, 2011.
- GRIZENDI, Luciana. **Um estudo crítico sobre as dispensas coletivas**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARQUES, Fernanda Antunes. **Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador**. Brasília: CONPEDI, 2008.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. Belo Horizonte: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, 2009.
- OLIVEIRA, Gláucio Araújo de; OLIVEIRA JÚNIOR, Voldir Franco de. O trabalho escravo contemporâneo e o direito internacional do trabalho. In: MENEZES, Wagner (Coord.). **Estudos de direito internacional: anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 206-214.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Genebra – Suíça: Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, 1982.
- PARADELLA, Rodrigo. **Agência IBGE notícias**. Rio de Janeiro: Estatísticas Sociais, 2019. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24110-desemprego-sobe-para-12-4-e-populacao-subutilizada-e-a-maior-desde-2012>>. Acesso em: 14 jul. 2019.
- RIBEIRO, Regina da Conceição. **A influência e a importância do trabalho para a sociedade e suas diferentes concepções**. In: VII JORNADA INTERNACIONAL POLÍTICAS PÚBLICAS. 8., 2017, São Luís. Anais. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2017. s./p.
- SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SILVA JUNIOR, Raul José da. **A proteção constitucional contra a despedida arbitrária ou sem justa causa**. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2017.
- SILVA, Ildete Regina Vale da; PAZ, Viviane Candeia. **A proteção constitucional da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou despedida sem justa causa**. Florianópolis:

CONPEDI, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SORGI, Amanda Machado. **Da proteção contra dispensa desmotivada no ordenamento jurídico brasileiro**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT. Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 475, out. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5820>. Acesso em: 16 jul. 2019.

VIANA, Márcio Túlio. Convenção 158: denunciando a denúncia. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

ZAVANELLA, Fabiano. **Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva**. São Paulo: LTR, 2015.

REVOLUÇÃO DO DIREITO CONVENCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Alfonso Jaime Martínez Lazcano¹
Sérgio Tibiriçá Amaral²

RESUMEN

Latinoamérica se encuentra inmersa en una revolución jurídica, cuyos efectos iniciaron a finales del siglo XX y principios del XXI, cambio provocado por el derecho convencional, creado por diversos Estados de la región al conformar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta oleada epistemológica ha penetrado las barreras del positivismo jurídico clásico, petrificado por y en las naciones de continente, no ha sido recibido de forma homogénea, hay cierta resistencia a la gran influencia de los órganos de supervisión, constituidos en el pacto de San José, los cuales tienen la facultad de aplicar e interpretar éste y demás disposiciones interamericanas, que no son disposiciones supranacional, sino convencionales, aceptadas de manera soberana, no impuestas, las cuales se han incrustado a nivel constitucional por su valor ético y no mediante sometimiento.

PALABRAS CLAVES: Derecho convencional, supranacional, derechos humanos, tratados, Convención Americana.

RESUMO

A América Latina está imersa em uma revolução legal, cujos efeitos começaram no final do século XX e no início do vigésimo primeiro, uma mudança causada pelo direito convencional, criado por vários Estados da região para formar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, essa onda epistemológica penetrou no continente, não foram recebidas de maneira homogênea, há alguma resistência à grande influência dos órgãos de supervisão, constituídos no Pacto de San José, que têm o poder de aplicar e interpretar esta e outras disposições interamericanas, que não são supranacionais, mas convencionais, soberanamente aceitas e não impostas, incorporadas no nível constitucional por seu valor ético e não por submissão.

PALAVRAS CHAVES: Direito supranacional convencional, direitos humanos, tratados, Convenção Americana.

ABSTRAC

Latin America is immersed in a legal revolution, whose effects began at the end of the 20th century and the beginning of the 21st, a change caused by conventional law, created by various States in the region to form the Inter-American Human Rights System, this epistemological wave has penetrated the barriers of classical legal positivism, petrified by and in the nations of the continent, have not been received in a homogeneous way, there is some resistance to the great influence of the supervisory bodies, constituted in the Pact of San José, which have the power to apply and interpret

1 Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel 1. Doctor en Derecho Público. Profesor e Investigador de la Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

2 Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE. Professor titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário ("Antônio Eufrásio de Toledo") e de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente); professor da pós-graduação do Curso de Direito Civil e Processo Civil mesma instituição; Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino (ITE) -Bauru Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias.

this and other inter-American provisions, which are not supranational, but conventional, sovereignly accepted, not imposed, which have been embedded at the constitutional level for their ethical value and not by submission.

KEYWORDS

Conventional, supranational law, human rights, treaties, American Convention

INTRODUCCIÓN

Los tratados internacionales que no versan sobre derechos humanos crean normas jurídicas bilaterales y recíprocas, en las que un derecho de una parte corresponde de manera correlativa a una obligación de la otro Estado.



Las normas, principios y directrices suscritos en los tratados internacionales por el ejecutivo³ y aprobadas el senado⁴ son disposiciones que integran el derecho positivo mexicano, desde su aceptación dejan de ser normas supranacionales y extranjeras sino convencionales de aplicación directa.

El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos implica que éstos tienen aplicación directa, sin que la falta o defectuosa regulación de los derechos contenida en normas secundarias o reglamentarias deba servir de excusa para la plena vigencia de los mismos⁵.

I. Tratados internacionales de derechos humanos

Pero cuando se establecen derechos y obligaciones no exigibles por la contraparte, porque de hecho no la hay⁶, ya que todos los integrantes tienen un fin común⁷, sino que se dota de derechos

3 “Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...” Artículo 89, fracción X de la Constitución.

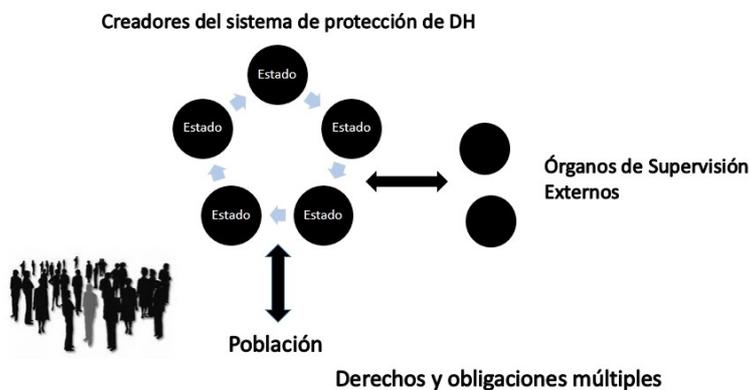
4 Son facultades exclusivas del Senado: “...aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos...” Artículo 76, fracción I, segundo párrafo de la Constitución.

5 AGUIRRE ARANGO, José Pedro, La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>, (consulta 12 diciembre de 2016), p.77.

6 En forma similar a las sociedades en las que los socios unen sus esfuerzos y capitales para un fin común, y los derechos de sus integrantes son idénticos o similares así como sus obligaciones.

7 El objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. (CORTE IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No.

y libertades a las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, quienes a raíz del tratado, además establecer nuevos parámetros de protección, se legitiman para exigir del cumplimiento del compromiso convencional ante órganos imparciales y especializados constituidos para supervisión y vigilancia, creando derechos y obligaciones múltiples,



Las normas convencionales son creadas por especialistas elegidos por los Estados Parte, en este caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) sujetas a la condición suspensiva de aceptación libre y soberana de los países de tenerlas como fuente del derecho nacional, al elevarlas al estatus de tratado.

Prácticamente los gobernantes legitimados pactan estipulaciones a favor de terceros (población), ya que éstos últimos no participan directamente en el acuerdo, aunque se pudiera decir que sí en un régimen democrático, por ser representados.

En el derecho convencional los derechos humanos las diferencias son sustantivas en relación a otro tipo de tratados, porque la aprobación de los derechos y libertades de las personas son correlativamente obligaciones de los gobernantes, es indudable que se encuentran en diferentes planos de vinculación entre los sujetos del derecho convencional.

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH)

Es el documento fundamental que establece los cimientos actuales del SIDH, es llamado también Pacto de San José de Costa Rica, por haberse suscrito en ese país el 22 de noviembre de 1969, vigente a partir del 18 de julio de 1978⁸.

Este acuerdo multilateral fue signado 10 años después de la creación de Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En lo sucesivo CIDH)⁹, pero la transformó en forma radical

111, Párrafo 178).

8 MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, en Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos. México. Tuxtla Gutiérrez: *Primera Instancia*, p. 91.

9 El a. 106 de la Carta de la OEA se limita a precisar: " Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros

en cuanto a sus atribuciones y creo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En lo posterior Corte IDH).

La Convención ADH prevé los derechos humanos básicos del SIDH, los compromisos de los Estados Parte y la estructura, facultades y responsabilidades de la CIDH y la Corte IDH.

2. *Consenso*

La categoría fundamental del derecho convencional es el convenio, porque de ahí devienen las relaciones internacionales que actualmente no sólo abarca, como antaño a los Estados, sino al ser humano y a las organizaciones no gubernamentales.

También hay que resaltar que los Estados en sus regímenes interiores tienen como idea fundamental en su origen al contrato social planteado por Jean-Jacques ROUSSEAU, que no es sino voluntad de agruparse y constituir al Estado.

Así el consenso, como un acuerdo de voluntades aparece como elemento motriz de las sociedades democráticas.

2.1. *Convenio*

El concepto derecho convencional implica reconocer a éste no como un derecho ajeno sino propio, no como derecho supranacional, sino convencional creado o aceptado por los propios Estados Parte para regirse de acuerdo a la reglas, principios y directrices comunes, previamente consensadas.

El concepto de convencionalidad deriva del convenio, de acuerdo con las definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas “el término “convenio” puede tener también un significado genérico y uno específico:

*(a) Convenio como término genérico: El Art.38 (1) (a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a los «convenios internacionales, sean generales o particulares» como fuente de derecho, aparte de normas consuetudinarias internacionales y principios generales del derecho internacional y, en segunda instancia, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más cualificados. Este uso genérico del término “convenio” abarca todos los acuerdos internacionales, de forma análoga al término genérico “tratado”. También la jurisprudencia suele denominarse “**derecho convencional**”, con el fin de distinguirla de las otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario o los principios generales del derecho internacional. El término genérico “convenio” es, por tanto, sinónimo del término genérico “tratado”.*

órganos encargados de esa materia”.

(b) *Convenio como término específico: Mientras que en el último siglo el término “convenio” se ha empleado habitualmente para acuerdos bilaterales, ahora se utiliza principalmente para tratados multilaterales formales con un número elevado de partes. Los convenios suelen estar abiertos a la participación de la comunidad internacional en su conjunto, o a la de un gran número de Estados. Por lo general, se denomina “convenios” a los instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional (por ejemplo, Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, o el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). Lo mismo sucede con los instrumentos adoptados por un órgano de una organización internacional (por ejemplo, el Convenio de 1951 de la OIT sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, o el Convenio de 1989 sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas)*¹⁰

(Resaltado agregado)



La importancia del consentimiento es porque:

*La mayoría de las normas internacionales provienen de un consentimiento que los Estados miembros de la comunidad internacional expresan en varios instrumentos jurídicos de naturaleza intergubernamental (tratados, convenios, líneas directrices, etcétera)*¹¹.

Así cuando los gobernantes en turno aceptan ser parte de la convención, pacta el establecimiento de derechos y libertades para todo ser humano en lo individual o de forma colectiva que se encuentre bajo su jurisdicción, y en caso de que considerar los beneficiarios que las normas, principios y directrices no son observadas, se faculta a éstos para que instituciones imparciales, expertas en derechos humanos y convencionales determinen si hay o no violación a los derechos y libertades, y sus consecuencias.

10 ORGANIZACIÓN DE LA NACIONES UNIDAS, Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, (Véase en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#conventions>, consulta 12 de enero de 2015)

11 PETROVA GEORGIEVA, Virginia, La “judicialización”: una nueva característica del sistema jurídico internacional, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, 17-18.

II. Teorías: dualista y monista

El derecho interno regula relaciones entre individuos e instituciones y de éstos con el Estado, en contra partida el derecho internacional, en una versión clásica reglamenta las relaciones entre los Estados.

En el supuesto de la teoría dualista hay dos órdenes jurídicos independientes entre sí. Por lo que respecta a la teoría monista tanto las normas internacionales como las del derecho interno son un sistema único, a su vez esta última teoría se divide en dos: teoría monista constitucionalista e internacionalista, la primera prevé que el derecho internacional dimana del derecho interno y está sujeto a él; la segunda, la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno, como lo dispone la Convención de Viena sobre Tratados¹².

*La teoría monista, bajo el presupuesto de la unidad del derecho, propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente. La unidad implica que las normas se hallan subordinadas una a otras, formando un sólo ordenamiento jurídico; ello excluye la posibilidad de plantearse el problema de la aplicación directa ya que el derecho internacional integraría, sin más, el orden jurídico estadual. La teoría dualista propone la coexistencia de dos órdenes jurídicos independientes: tanto el derecho internacional como el derecho interno tienen su propio ámbito de validez y su propio campo de acción.*¹³

III. Impacto del derecho convencional en los sistemas nacionales

El primer impacto es en el ámbito normativo, al incrustarse el *Corpus Iuris Latinoamericano* en el derecho positivo nacional para formar un todo, pero no es una simple amalgama, el ingreso es a la zona exclusiva (V.I.P.) por su jerarquía¹⁴.

En segundo término obliga a los jueces de todos los niveles a prepararse, conocer y operar el *Corpus Iuris Latinoamericano*; tercero, a aplicar el *Corpus Iuris Latinoamericano* de oficio; cuarto, como consecuencia, dejar de aplicar normas nacionales que sean contrarios al *Corpus Iuris Latinoamericano*, de esta forma el control difuso de convencionalidad realiza una tarea de depuración de normas inconvenional¹⁵, y quinto, el núcleo del esencial y prudencial del SIDH lo

12 *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...* Artículo 27.

13 LAVOPA, Jorge Horacio, La dimensión jurídica de la integración, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, (Véase en: <http://cari.org.ar/pdf/dimension.pdf> (consulta 12 diciembre de 2016).

14 *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...* Artículo 1º, 1er párrafo de la Constitución.

15 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y

determina por el principio *pro persona*.

IV. Sujetos de derecho convencional

Una vez celebrado o adherido al tratado es factible hablar de diversos sujetos de derecho convencional:

- a) el ser humano en lo individual o de forma colectiva;
- b) el Estado Parte, en el sentido de quienes ejercen el poder (agentes), y
- c) los órganos convencionales de supervisión.

Así los derechos y obligaciones que se generan son entre los diversos sujetos de derecho convencional, y generalmente no entre los Estados Parte entre sí, generalmente es un particular quien inicia el procedimiento, sin embargo un Estado puede incoar éste, aunque no es lo común, “los Estados no habían hecho uso de esta facultad sino hasta el año 2006, cuando el Estado de Nicaragua presentó una denuncia contra el Estado de Costa Rica por la supuesta violación de los derechos humanos de dos ciudadanos nicaragüenses en Costa Rica”.¹⁶

Que es “otra peculiaridad específica del sistema americano radica en que el derecho a dirigir peticiones no es reconocido solamente a la víctima, sino a cualquier persona o entidad gubernamental”.¹⁷

V. Órganos convencionales de supervisión

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos convencionales contraídos por los Estados Partes:

- a) la CIDH;
- b) la Corte IDH, y,
- c) los jueces de los Estados Parte.

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano colegiado facultado para investigar las quejas que versen sobre posibles violaciones a los derechos humanos en los países que son parte de la OEA y decidir, en su caso, cuando éstas sean fundadas las medidas que tiendan a reparar la trasgresión, mediante el sistema de petición individual; el examen de la situación de los derechos humanos y la atención a temas que se

libertades. (a. 2 de la Convención IDH).

16 MARGAROLI, Josefina y Maculan, Sergio L. “Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Ediciones Cathedra Jurídica. Buenos Aires, 2011, p.58.

17 FIX-ZAMUDIO, Héctor. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L., 2010. p 30.

relaciones con su finalidad.

*La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal... Fue creada por la OEA en 1959*¹⁸.

La CIDH sesiona por primera vez en 1960, y al año siguiente comienza a “...realizar visitas *in loco* para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. Desde entonces ha realizado 92 visitas a 23 países miembros. Con respecto a sus observaciones de tipo general sobre la situación en un país, la CIDH publica informes especiales...desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos. Hasta diciembre de 2011, ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en 19.423 casos procesados o en procesamiento. Los informes finales publicados en relación con estos casos pueden encontrarse en los informes anuales de la Comisión o por país”¹⁹.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH quedó integrada el 22 de mayo de 1979, al término de tres décadas de esfuerzos y proyectos, la Asamblea General de la OEA eligió, durante su Séptimo Período Extraordinario de Sesiones, a los primeros jueces que la compondrían: tres centroamericanos, dos suramericanos, un caribeño y un estadounidense ²⁰.

La instalación del tribunal interamericano se hizo el 3 de septiembre de 1979, en solemne ceremonia desarrollada en el Teatro de la República, de San José, Costa Rica, sede de la propia Corte Interamericana, bajo convenio entre Costa Rica y la Corte Interamericana, suscrito el 10 de septiembre de 1981²¹.

3. Control difuso de convencionalidad

Es la pieza más importante del SIDH porque transforma a los jueces nacionales en jueces internacionales y permite ampliar la cobertura de protección a todos los rincones de los países que integran el SIDH.

“La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países

18 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (Véase en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>, Consulta 6 de mayo de 2014).

19 Ídem.

20 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2011, p. 107.

21 Ídem.

que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional”²².

Las normas convencionales provocan que “la norma constitucional se amplía con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en lo relacionado con la carta de derechos y con un órgano jurisdiccional que garantiza su cumplimiento: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como órgano principal de la jurisdicción constitucional transnacional”²³.

VII. ¿Derecho procesal constitucional transnacional?

Si bien es cierto hay destacados autores y la mayoría de la doctrina designa al derecho procesal constitucional transnacional²⁴ cuando se refieren al derecho procesal convencional de los derechos humanos, como una especie del derecho procesal constitucional, sistematización en auge a finales del siglo XX y principios del XXI, con la idea de incluir a todos los medios procesales instituidos para garantizar la supremacía constitucional, pero el derecho procesal convencional no tiene ese propósito, es ajeno a este tipo de conflictos nacionales.

La idea de integrar al derecho procesal constitucional transnacional al derecho procesal constitucional se debe al procesalista italiano Mauro Cappelletti quien aglutinó en:

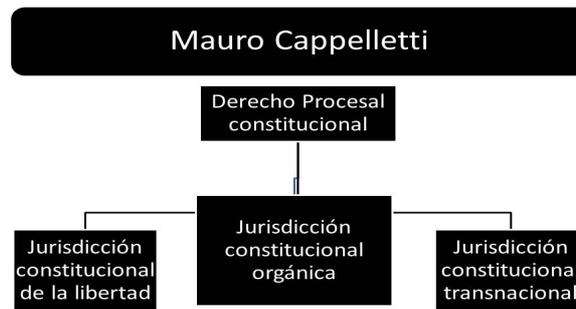
“Tres sectores al derecho procesal constitucional: A) jurisdicción constitucional de libertad; B) jurisdicción constitucional orgánica; C) jurisdicción constitucional transnacional”.²⁵

22 MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 54.

23 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión, publicado en “Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013, p. 198.

24 VELANDIA CANOSA, Andrés, Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Neoprocesalismo*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 2014, p. 400.

25 FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 167.



1. Derecho procesal constitucional

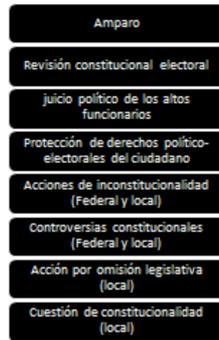
La diversidad de medios jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales que adopten los países que tengan como intención anular los actos de cualquier autoridad que sean contrarios a los mandatos de la constitución o que provoquen una determinada conducta pública cuyas motivaciones sean provocados por el principio de supremacía constitucional debe integrar el derecho procesal constitucional

El maestro Héctor FIX-ZAMUDIO realiza la siguiente clasificación del contenido del derecho procesal constitucional en México:

A) El juicio político de los altos funcionarios (artículo 110); B) Las controversias constitucionales (artículo 105, fracción I); C) La acción abstracta de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II); D) El Procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafo II y III); E) El juicio de amparo (artículos 103 y 107); F) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales (artículo 99, fracción V); G) El Juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); y H) Los organismos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos correspondientes a la Constitución Federal.²⁶

²⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional”, *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 299.

Derecho procesal constitucional



2. Tribunales de control constitucional

El estudio del derecho procesal constitucional se ha desarrollado con la fusión de dos parámetros de control, aquellos que tutelan derechos humanos o fundamentales de los particulares y los creados para resolver conflictos entre entes públicos.

Son los primeros los que se han nutrido de los derechos humanos sustantivos al constitucionalizarlos.

Los primeros tribunales constitucionales florecieron en Europa y después la idea se extendió a otros países²⁷, actualmente el concepto de justicia o jurisdicción constitucional ha evolucionado.

Los tribunales constitucionales tienen distintas denominaciones y su acomodo dentro de la tradicional división de poderes ha sido también disímil en las naciones en los que se han constituido. Al respecto el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor cataloga las formas en las que se han establecido estos tribunales en Latino América:

a) sean como tribunales o cortes constitucionales autónomos ubicados fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); b) sean como tribunales o cortes autónomos dentro de la propia estructura del poder judicial (Bolivia y Colombia); c) sean como salas especializadas en materia constitucional pertenecientes a las propias cortes o tribunales

²⁷ Kelsen influyó en forma determinante en la creación de los primeros organismos jurisdiccionales especializados, establecidos por las cartas de Checoslovaquia y de la República Federal de Austria en 1920. Siguiendo en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); la antigua Yugoslavia (1953-1974); Chipre (1960); Grecia (1975); Portugal (1976-1982); España (1978); Bélgica (1980) Francia (1958); Turquía (1961-1982). Posteriormente en Europa del Este con la desintegración del mundo soviético; Polonia (1982-1986); Hungría (1989); Croacia (1990); Bulgaria (1991); Eslovenia (1991); Rumania (1991); Yugoslavia (1992); Estonia (1992); Albania (1992); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Macedonia (1992); Republicas Federativas Rusa (1993); Moldavia (1994); Bosnia-Herzegovina (1995) Ucrania (1996) y Letonia (1996). En forma progresiva se ha introducido las instituciones de justicia constitucional en los países latinoamericanos: Ecuador (1948); Guatemala (1965-1985); Chile (1970-1973-1980-1989); Perú (1979 y 1993); El Salvador (1983-1991); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Colombia (1991); Bolivia (1994); Nicaragua (1995); Venezuela (1999); Brasil (1993); México (1995), y Ecuador (1996-1998).

supremos (*El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela*), d) o sean como cortes o tribunales supremos ordinarios realizando funciones de tribunal constitucional, aunque no de manera exclusiva (*Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay*)²⁸

3. Naturaleza de un tribunal constitucional

En este punto Ferrer Mac-Gregor menciona dos ópticas de la naturaleza de un tribunal constitucional, sea formal o materialmente cuya función es para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, sin incluir los tribunales convencionales de derechos humanos o la llamada justicia constitucional transnacional:

a) Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales pero no son, en estricto sentido, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica fundamentalmente con el modelo europeo de tribunal constitucional.

b) *Una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México, que como veremos más adelante, debido a las reformas constitucionales de 1987, 1994 y 1999, se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional*²⁹.

4. Constitución

Constitución “(Del Latín *constitutio-onis*), forma o sistema de gobierno que tienen cada Estado; ley fundamental de la Organización de un Estado³⁰”.

La constitución es el conjunto de normas o principios de carácter nacional. Es el “acta de nacimiento de un Estado”. En ésta se establecen las normas más importantes y fundamentales de una nación sea en lo individual, grupo, colectivo o nacional. Es la carta política de organización interna de un país.

28 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Justicia Local Constitucional. La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz”, ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, México, 2003, p.197.

29 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Los tribunales constitucionales en Iberoamérica”, FUNDA (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.), México, 2002, pp. 55-56.

30 BARRAGÁN, José, “Constitución”, *Diccionario Jurídico Mexicano* tomo I, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 5ª ed., Porrúa, México, 1992, p. 658.

La Constitución posee ciertos atributos que le son propios y exclusivos; éstos la distinguen de otro tipo de normas. Si bien es propio de toda ley mandar, disponer y regular, la constitución, como toda ley, lo hace, pero, por su naturaleza intrínseca, va más allá, constituye y funda. Este ir más allá que las restantes leyes hace que a ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de ley suprema. Se trata, ciertamente, de una forma de ley; no obstante, goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada³¹.

La constitución se divide en dos partes esencialmente: la dogmática y la orgánica. En la primera se encuentran los derechos humanos y sus garantías y en la segunda, las facultades de los poderes públicos.

5. Constituciones inconvencionales

Con el juicio “La Última Tentación de Cristo” es por demás claro que el derecho procesal convencional de los derechos humanos no protege el principio de supremacía constitucional, sino que como toda norma interna, incluyendo las constitucionales están sujetas al control de convencionalidad:

En los casos en los que una disposición constitucional resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, a adoptar las medidas legislativas (constitucionales y ordinarias) necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención.³²

Otros ejemplos del alcance de las sentencias que emite la Corte IDH como órgano jurisdiccional autónomo con facultades terminales para examinar la convencionalidad de las constituciones son:

6. Caso Radilla Pacheco

337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, “[a]unque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho[,...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos”.

338. *Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho*

31 ARTEGA NAVA, Elisur, “Tratado de derecho constitucional”, volumen 1, OXFORD, México, 2003, p. 2.

32 Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención³³. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (supra párrs. 272 a 277).

341. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7. Caso Cabrera Montiel

234. Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin gran discusión, inclusive para autores renuentes a la influencia pactada por los Estados en los instrumentos y prácticas que el derecho procesal convencional impone y que implica una jerarquía sobre toda jurisdicción nacional, interesante y aleccionador son los siguientes calificativos que utiliza Pedro Sagües al referirse a la experiencia latinoamericana después de casi dos décadas de la vigencia de la convención ADH:

Permiten realizar un interesante balance acerca del grado de sometimiento y de invasión de los tribunales nacionales, respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...es probable que los tribunales locales se sometan a regañadientes –ya que nos les cabe otro remedio-

33 *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, supra nota 54, párr. 207; Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 118.*

a lo que resuelva el tribunal supranacional en un caso concreto³⁴.

8. Opinión consultiva OC-4/84

La Corte IDH el 19 de enero de 1984 resolvió la opinión consultiva a la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización a solicitud de ese país centroamericano, entre otros puntos, determinó, por cinco votos contra uno: *que el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta, por unanimidad: que no constituye discriminación contraria a la Convención estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.*

Lo interesante para la consideración de autonomía del derecho procesal convencional, es que las constituciones locales de los Estados Parte pueden objeto, tanto previamente a una reforma o en forma posterior en la vigencia y aplicación, pueden objeto de análisis de convencionalidad.

9. Reflexión

A manera de ejemplo de la falta de comprensión de que el derecho convencional, y sobre todo tratándose de derechos humanos, forma parte de derecho interno a nivel constitucional y por esa consecuencia jurídica, es una fuente directa privilegiada que deben de oficio, en cumplimiento al control difuso de convencional, aplicar los operadores jurídicos, así éste no es extranjero ni es una norma de carácter internacional (entre naciones) y menos de carácter supranacional como el siguiente criterio judicial pretende explicar, sin dejar de mencionar que fue dictado antes de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, pero que en base a los compromisos de adquiridos, desde la Convención de Viena sobre Tratados de 1969, de la Convención ADH de 1969 y la aceptación de la Jurisdicción de la Corte IDH en 1998 para México no es conforme a éstos:

Tratados internacionales. Incorporados al derecho nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna. El Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la comunidad internacional. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre el derecho nacional o interno y el derecho internacional o supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación. Ante ello, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo, a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud del mecanismo constitucional han quedado

34 SAGÜES, Néstor Pedro, Op. Cit., p. 242-245.

incorporadas al orden jurídico interno y a las normas locales que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo que no puede decidirse en forma general y absoluta, que el **derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por el órgano jurisdiccional nacional**, puesto que en México existen normas de carácter federal, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133 y el artículo 12 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución, que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y **por ende, si en el caso cabe o no la aplicación del derecho sustantivo extranjero**. Así se tiene que del contenido del artículo 133 constitucional, se desprende que entre las fuentes internacionales del derecho, se encuentran los tratados o **convenciones que constituyen acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (Estados y organismos internacionales) que se han celebrado y toman en cuenta asuntos de derecho internacional** por lo que con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133, para considerar que un tratado sea, junto con las leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobadas por el Congreso de la Unión "la Ley Suprema de toda la Unión", es menester que se satisfagan **dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el presidente de la República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental**. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.); y 2. El especial, también llamado de remisión, el cual implica que la regla de derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Además de que en el caso del **derecho internacional convencional** debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante; sin embargo, cuando se está ante el procedimiento ordinario en el que nuestro país advierte no sólo la necesidad de observar el contenido del tratado internacional sino que considera oportuno, dada la importancia de la materia que regula el tratado en cuestión, incorporar dicha **norma internacional al derecho nacional a través del procedimiento de incorporación ordinario**, esto es, al reformar las leyes internas o, en su caso, emitir nuevas leyes que atiendan lo establecido en el tratado. Por eso cuando el acto de autoridad, reclamado vía amparo, se funde en el tratado internacional así como en la norma de derecho nacional y respecto

de esta última ya existiere pronunciamiento de constitucionalidad por nuestro Máximo Tribunal, los argumentos tendentes a demostrar la inconstitucionalidad del tratado internacional que dio motivo a la expedición de la norma nacional, deberán desecharse atento a la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 80 ambos de la Ley de Amparo porque el análisis de la fundamentación y motivación del acto de aplicación del tratado internacional a nada práctico conduciría dado que no se podrían actualizar los supuestos contenidos en el numeral 80 de la Ley de Amparo pues si el acto reclamado no se funda únicamente en el tratado internacional, sino en un ordenamiento jurídico cuya existencia derivó del pacto internacional y cuya constitucionalidad ya fue declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no podría reintegrarse al quejoso en el goce de las garantías individuales que se estimaran transgredidas, puesto que la constitucionalidad del acto de aplicación se sostendría por los restantes preceptos cuya constitucionalidad ya fue declarada³⁵.

(Resaltado agregado)

VII. A manera de conclusiones:

Pensar en la coexistencia de dos ordenamientos distintos en cuanto a su origen, finalidad y jerarquía en materia de derechos humanos de acuerdo al nuevo paradigma: la dignidad y protección del ser humano, implica crear una distinción errónea entre un ordenamiento jurídico extranjero o supranacional y otro nacional o interno, que requiere del análisis de las relaciones entre ambas fuentes del derecho y, eventualmente, la propuesta de soluciones tensiones artificiales por cuestiones de soberbia intelectual más que de soberanía nacional.

Es importante precisar que el derecho es una manifestación cultural producto de diversas formas de pensar; de entender la realidad y sus retos, el derecho no es patrimonio nacional sino de la humanidad, un ejemplo claro es el predominio del derecho creado por los romanos, germanos, españoles, que han influido e influyen de forma determinante en el recreado en Latinoamérica, las ideas de soberanía, división de poderes, derechos humanos en sus orígenes han sido desarrolladas en Europa y asimiladas a su modo en cada país.

Así, la gran influencia en las disposiciones de otros países no permiten actuar de forma eminentemente soberana al poder legislativo, por ejemplo en México los juicios orales como ahora se han establecido tienen influencia determinante de Colombia y Chile, antes éstos de las naciones anglosajonas.

Todo ello sin dejar de mencionar el sometimiento de los intereses de las empresas

35 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: I.3o.C.79 K, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXVI, julio de 2007, Página: 2725.

transnacionales en el proceso de globalización.

VIII. Bibliografía

Doctrina

ARTEGA NAVA, Elisur, “*Tratado de derecho constitucional*”, volumen 1, OXFORD, México, 2003.

BARRAGÁN, José, “Constitución”, *Diccionario Jurídico Mexicano* tomo I, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 5ª ed., Porrúa, México, 1992.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “*Justicia Local Constitucional. La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz*”, ed., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, México, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “*Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*”, FUNDA (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.), México, 2002.

FIX ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional”, *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., Porrúa, México, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Librería Editora Platense S.R.L., Argentina, 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2011.

MARGAROLI, Josefina y Maculan, Sergio L., “*Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, publicado en “*Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*”, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, en *Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos*, Primera Instancia, México, Tuxtla Gutiérrez, 2014

VELANDIA CANOSA, Andrés, “Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Neoprocesalismo*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 2014.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión* publicado en “*Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional*”, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Director Científico, Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.

Legisgrafía

Carta de la OEA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención IDH

Corte IDH

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra nota 19, párr. 118.

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, supra nota 54, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 178.

Jurisprudencia

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: I.3o.C.79 K, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXVI, julio de 2007, Página: 2725.

Páginas de internet

AGUIRRE ARANGO, José Pedro, La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (véase en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>)

LAVOPA, Jorge Horacio, La dimensión jurídica de la integración, *Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales*, (véase en: <http://cari.org.ar/pdf/dimension.pdf>)

Organización de la Naciones Unidas, Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, (véase en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#conventions>)

Organización de los Estado Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (Véase en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>)

TRABALHO ESCRAVO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Maria Eduarda de Camargo YAROS¹
Vladimir BREGA FILHO²

RESUMO

Conceituar o que é trabalho análogo à escravidão não é tarefa fácil, vez que o assunto traz grandes divergências, em especial o que é caracterizado como trabalho escravo e quais são os atributos que devem estar presentes para que no caso concreto isso possa ser reconhecido. O presente trabalho, portanto, tem por objetivo analisar a concepção dos principais doutrinadores contemporâneos que discutem o tema em questão, expondo qual é o entendimento da doutrina acerca do assunto. É certo que o termo “neoescravidão” abrange questões como trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo, sendo uma definição genérica e abrangente, reconhecida internacionalmente por organismos que combatem a prática escravagista. No entanto, o objeto de análise demonstra que há diferentes entendimentos, uma vez que há subjetividade no conceito. A seguir, o artigo busca encontrar o conceito reconhecido pelos tribunais a respeito do que seria considerado trabalho escravo. Assim, por meio do método comparativo faz-se um paralelo entre a ótica doutrinária e a jurisprudencial quanto ao conceito de trabalho escravo. Finalmente, é apresentada uma conclusão do que pode ser entendido como a redução do trabalhador a escravo e quais as condições que são determinantes para isso.

PALAVRAS-CHAVE: Neoescravidão; Doutrina; Jurisprudência; Conceito.

ABSTRACT

Conceptualizing what is work analogous to slavery is not an easy task, since the subject brings great differences, especially what is characterized as slave labor and what are the attributes that must be present so that in the concrete case this can be recognized. The present work, therefore, aims to analyze the conception of the main contemporary doctrinists who discuss the subject in question, exposing what is the understanding of the doctrine about the subject. It is true that the term "neo-slavery" encompasses issues such as forced labor, exhaustive working hours, and conditions analogous to slavery, being a generic and comprehensive definition, internationally recognized by organisms that combat slave practice. However, the object of analysis demonstrates that there are different understandings, since there is subjectivity in the concept. Next, the article seeks to find the concept recognized by the courts regarding what would be considered slave labor. Thus, through the comparative method, a parallel is made between the doctrinal and jurisprudential view of the concept of slave labor. Finally, a conclusion is drawn from what can be understood as the reduction of the worker to slave and what are the conditions that are decisive for this.

KEYWORDS: Neo-slavery; Doctrine; Jurisprudence; Concept.

1. INTRODUÇÃO

1 Formada em Técnico em Informática pelo Instituto Federal - Campus Jacarezinho, cursando graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

2 Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), mestrado em Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e pos doutorado pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, efetividade, igualdade e formas alternativas de solução dos conflitos penais.

O Brasil carrega males que perduram e causam consequências colossais socialmente. Em um contexto no qual imperam as desigualdades surge uma questão subjetiva a cada entendimento: até onde vai o que é considerado um trabalho duro e torna-se um trabalho análogo à escravidão. A linha tênue começa pelo seu histórico. Vivemos em um país agrícola, que tem como grande fonte econômica a exportação de commodities e manufaturas, onde a agricultura se fez presente desde o início de sua colonização. Assim, o trabalho braçal é uma realidade em todas as partes do território, gerando produção, alimentando a economia e trazendo lucros aos proprietários rurais e ao país.

Ao longo dos séculos a escravidão refez-se as estruturas do sistema capitalista, sendo transformada pela economia, adotando as características de um mundo globalizado e dilacerado pelo lucro e capital. Daí surge às novas formas de exploração, seja pela mão de obra mal ou não remunerada, pelas condições de trabalho, pela alta carga horária ou pelo trabalho exaustivo. Seja o trabalho escravo rural ou urbano, nas grandes indústrias instaladas pelo país a fora. O que se encontra hodiernamente é um patrão em busca de trabalhadores para lhe tirar a força de trabalho o máximo possível, pagando o mínimo e pouco se importando com as circunstâncias de suas necessidades, direitos e dignidade.

Existem diferentes conceitos de trabalho análogo à escravidão postulados pelos doutrinadores contemporâneos e o que se busca com este artigo é discutir a forma como os autores abordam o tema e as características que consideram definir o trabalho escravo. Alguns autores aferem a redução ao trabalho escravo às condições degradantes em que se encontram o trabalhador, enquanto outros atribuem o desrespeito a dignidade da pessoa humana quando há retirado o direito de ir e vir, ou seja, a liberdade de locomoção.

Muito se discute a respeito da escravidão por dívidas, uma modalidade bastante encontrada no Brasil, onde o trabalhador adquire dívidas com o patrão, ou com os “gatos”, e torna-se refém da exploração de seu trabalho a fim de quitar as dívidas contraídas.

Em contrapartida, será discutido o que é tido pelos tribunais brasileiros como sendo trabalho análogo à escravidão. Expondo os julgados que tratam do tema em diversos casos reais, pretende-se observar as diferenças dos julgamentos que condenaram ou absolveram os réus, isto é, os entendimentos dos tribunais acerca do trabalho escravo nos fatos.

O assunto em debate é inserido em um contexto de discussões conceituais divergentes, dado que há diferentes pensamentos do que é o trabalho escravo contemporâneo e quais situações são passíveis de punição. Com base nas comparações dadas pelos principais autores do assunto e através das decisões proferidas, será definida uma concepção do que é o trabalho neoescravo.

2. TRABALHO ESCRAVO

Como dito inicialmente, o que se pretende com este trabalho é fazer-se um relato comparativo entre o conceito de trabalho escravo adotado pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, a seguir traremos conceitos elaborados por autores que já se debruçaram sobre o tema e a seguir traremos julgados a respeito do tema.

2.1 Na Doutrina

Na contemporaneidade muitos doutrinadores buscam conceituar o trabalho análogo a escravidão, partindo de características atribuídas aos trabalhadores que os tornam neoescravos, ou das situações precárias em que se encontram. Cada autor traça o perfil do trabalhador escravizado e as condições que seriam consideradas trabalho escravo. O que se pretende neste capítulo é apresentar o pensamento dos principais autores sobre as condições da neoescravidão, ou seja, reproduzir a concepção do trabalho escravo conforme tratam do assunto.

O trabalhador escravo hoje não mais é somente o negro, mas como Marcelo Campos (2011, cap. 4, p. 198) também afirma “o que encontraremos serão seres humanos brancos, negros, morenos, pardos sendo desumanizados e expropriados de seus direitos”. O trabalho escravo hodiernamente é caracterizado pela ofensa à dignidade humana, através da exploração do empregado e da privação de sua liberdade, como discorre a autora Solange Mello (2005, p. 29) acerca das formas que a neoescravidão tomou no país:

O novo formato de escravidão existente no Brasil não mais se define pela exploração racial nem é simbolizado pelo açoite, pelas correntes e senzala, mas, de igual forma, subtrai a dignidade do ser humano. Hoje a exploração não escolhe raça. Os açoites e as correntes foram substituídos por maus tratos, péssimas condições de trabalho e higiene, e privação da liberdade pela ameaça de armas. As senzalas, por alojamentos feitos de palhas, lonas e redes. Há, entretanto, um artifício próprio dos dias atuais para manter o trabalhador em sistema de cativeiro – a dívida Modalidades (MELLO, 2005, p. 29).

Mello cita ainda a escravidão por dívidas, uma das quatro hipóteses mais comuns, pensamento compartilhado pelo autor Jorge Antônio Ramos Vieira, que em sua linha de raciocínio descreve a escravidão como um processo em que o trabalhador entra em busca de sobrevivência, uma vez que a realidade em que vive não lhe fornece outras opções. Trata-se de um dos traços do perfil do escravo brasileiro, o cidadão em vulnerabilidade socioeconômica, concepção essa que Kevin Bales aponta como “[...] uma disparidade econômica [...] que se traduz numa enorme quantidade de pessoas que, de tão pobres, se tornam vulneráveis à escravidão”.

Processo de exploração violento de seres humanos cativos por dívidas contraídas pela necessidade de sobrevivência, e forçados a trabalhar porque não têm opção. Recrutados em bolsões de miséria, são levados para locais de difícil acesso, sem possibilidade de fuga, às vezes vigiados por homens armados, atraídos através de falsas promessas. (VIEIRA, p. 83)

Ao se questionar como se dá o trabalho escravo, alguns autores, como Nunes (2005, p. 39),

tratam da miséria dos trabalhadores no local em que vivem, “a degradação do explorado inicia-se ainda em sua localidade de origem, onde não possui as mínimas condições de subsistência”, não havendo expectativa de vida para essas pessoas, são atraídos pelos “gatos”, os quais lhe fazem falsas promessas, assegurando um emprego rentável capaz de tirar o cidadão da situação em que vive.

Conforme Ricardo Rezende Figueira (2005, p. 183) o trabalho escravo contemporâneo é a sujeição física ou psicológica de um homem por outro. No caso brasileiro, o instrumento mais comum de sujeição é a dívida crescente e impagável. Devendo ser levado em conta quatro aspectos importantes a serem apontados: a) A concepção do trabalhador como se fosse mercadoria; b) um poder exercido sobre ele; c) a vítima é alguém de fora, um “estrangeiro”; d) os donos de escravos temporários não têm criadouros de escravos. Melhor dizendo o autor entende o trabalho neoescravo como a sujeição do trabalhador, o qual adquiriu uma dívida e tornou-se um objeto, o qual o patrão exerce domínio.

Outro autor que trata do tema, Jairo Lins de Albuquerque, entende o trabalho análogo à escravidão como:

Aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador. (SENTO-SÉ, 2001, p.25)

Elencando a degradação do ambiente de trabalho, onde o trabalhador sofre ameaças, restrições e exploração de sua força, a fim de aumentar o lucro para o patrão, inserido dentro da lógica do sistema capitalista. Pode-se fazer um comparativo entre a escravidão colonial e a contemporânea, ambas inserem o trabalhador na cadeia de produção, a neoescravidão remodelou-se as estruturas da economia, adquirindo novos traços e mantendo algumas características da exploração colonial. Antônio Alves de Almeida afirma (2011, p. 190), exprime essa ideia da seguinte forma:

O trabalho escravo no Brasil contemporâneo é uma questão emblemática, abrangente, complexa e desafiadora. Reinventado pelo capitalismo, manteve elementos do escravismo colonial, ao mesmo tempo em que lhe conferiu novas formas de denominação e exploração. No processo histórico ele se metamorfoseou. Aliás, as questões estruturais do sistema capitalista estão diretamente relacionadas a essas metamorfoses. Significa dizer que, acerca do trabalho escravo, existem mudanças e permanências.

Ao mesmo tempo em que as novas formas de exploração adquiriram novos contornos e particularidades, ainda pode ser constatado que “há aspectos da escravidão colonial que permanecem na escravidão contemporânea, tais como: ameaças, violência, coerção física, punições exemplares, fugas e até assassinatos” (ALMEIDA, 2011, p. 190). Na mesma linha que Mello e

Vieira, considera os trabalhadores neoescravos "como devedores do patrão ou de seu respectivo representante – o gato – e são levados à submissão moral segundo a qual "quem deve tem que pagar"', sendo assim escravos de sua própria consciência.

Na modalidade de escravidão por dívidas, o trabalhador vai adquirindo um débito desde o transporte até as ferramentas de trabalho que utilizará no local. Essas dívidas não têm fim, enquanto o empregado trabalha para quitar o primeiro déficit vai adquirindo outros, se tornando refém do empregador. A autora Lívia Miraglia narra esse objetivo do chefe como:

E é exatamente essa intenção de instrumentalizar o ser humano que se percebe no trabalho em condições análogas à de escravo. Nesse caso, a subjugação de uma pessoa ao poder de outra, que a utiliza como mero objeto para a consecução de lucro representa evidente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Soares (2003, p. 34) similarmente ressalta a vexação da dignidade do empregado, trazendo exemplos de situações onde os trabalhadores são privados de uma série de direitos, desde o transporte até a liberdade. O autor fala ainda das dívidas, das ameaças, além do desrespeito aos direitos trabalhistas e as condições de trabalho digno. Em suas palavras:

[...] tem-se como exploração de mão-de-obra em tais condições todos os casos em que a dignidade humana é aviltada, notadamente quanto o trabalhador é iludido com promessas de bons salários e transportados sem obediência aos requisitos legais, ou impedido de sair do local de trabalho pela vigilância armada ou preso a dívidas impagáveis contraídas perante o empregador, ou, ainda, quando explorado sem atenção aos direitos trabalhistas elementares, tais o salário mínimo, jornada de trabalho normal, pagamento de adicionais, repouso remunerado e boas condições de higiene, saúde e segurança do trabalho.

A autora Raquel Dodge, disserta a respeito da liberdade de ir e vir, característica essa que quando tirada compõe o trabalho escravo:

Não só a liberdade de locomoção é atingida e, às vezes, a possibilidade de locomoção resta intacta [...]. A redução à condição análoga à de escravo atinge a liberdade do ser humano em sua acepção mais essencial e também mais abrangente: a de poder ser. A essência da liberdade é o livre arbítrio, é poder definir seu destino, tomar decisões, fazer escolhas, optar, negar, recusar. Usar todas as faculdades. O escravo perde o domínio sobre si, porque há outro que decide por ele. (DODGE, 2000, p. 111)

O que se observa é que ainda que não seja cometido o crime de cárcere privado, previsto no art. 148 do Código Penal, a redução de alguém a condições degradantes constitui-se de outros elementos positivados no artigo 149 do Código Penal:

Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada excessiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º - A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

- I - contra criança ou adolescente;
- II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Em sua linha de reflexão Brito Filho (2004, p. 86) também entende que o trabalho em condições análogas às de escravo está associado à liberdade do trabalhador e o desrespeito aos seus direitos mínimos:

[...] podemos definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador.

Constata-se, portanto, que uma das características do trabalho neoescravo continua a ser a privação da liberdade, seja pela distância geográfica do local de trabalho, ou por coação, obrigando o trabalhador a se manter naquele ambiente. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2004, p. 14) traz a definição do trabalho escravo dispondo da seguinte forma:

Podemos definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador. É a dignidade da pessoa humana violada, principalmente, quando da redução do trabalhador à condição análoga a de escravo. Tanto no trabalho forçado, como no trabalho em condições degradantes, o que se faz é negar ao homem direitos básicos que o distinguem dos demais seres vivos; o que se faz é coisificá-lo; dar-lhe preço, e o menor possível.

Ainda há casos onde são retirados do trabalhador seus documentos.

Nota-se ainda que os doutrinadores postulam seu julgamento acerca da neoescravidão com base nas quatro principais conjecturas que podem ocorrer o trabalho escravo: o trabalho forçado, as condições degradantes do empregado, jornada exaustiva e a servidão por dívidas.

Para finalizar com mais um pensador do assunto Frei Xavier Plassat, afere:

[...] trabalho escravo é atentado contra o que cada ser humano tem de mais precioso e inviolável: a sua dignidade de ser um humano. Portanto, ao degradar este bem universal em qualquer pessoa, ela fica reduzida ao estado de coisa, usável, abusável e finalmente descartável.

Assim, percebe-se que todos os conceitos contemporâneos a respeito de condição análoga a de escravo estão relacionadas à supressão não só da liberdade, mas também de direitos mínimos dos trabalhadores, que por sua condição social, não conseguem se livrar dos “empregadores”. Muitas vezes, ainda que inexistam obstáculos físicos, há obstáculos psicológicos que os mantêm encarcerados pela própria situação criada pelos empregadores.

2.2 Na Jurisprudência

Realizada a pesquisa, encontrou-se inúmeros processos julgados que comprovam a existência de situações onde os tribunais reconheceram a figura da redução análoga à escravidão,

todos violando a dignidade da pessoa humana, seja pelas condições insalubres nas quais se encontravam os trabalhadores, ou pela retenção salarial e ameaças sofridas. Por outro lado, foram encontrados casos de denúncia ao trabalho escravo, nos quais no julgamento não houve a condenação, e sim absolvição total ou parcial, seja ora devido há ausência de materialidade ou de autoria.

Como exemplos podem-se analisar os seguintes autos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. CONDUTA INTOLERÁVEL. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Demonstrado que o empregador contratava trabalhadores por intermédio de "aviados" e mantinha-os em condições degradantes, alojados precariamente em barracos de palha, no interior da floresta amazônica, sem água potável e alimentação adequada, apurando-se, ainda, a existência de servidão por dívidas, expediente que afronta a liberdade do indivíduo, que se vê coagido moralmente a quitar "dívidas" contraídas em decorrência da aquisição dos instrumentos de trabalho, resta caracterizada a submissão dos contratados à condição análoga a de escravo, o que exige pronta reprimenda do Judiciário, a fim de restaurar a ordem jurídica lesada. (TRT-11 00060720144011100, Relator: Solange Maria Santiago Morais)

Na ação civil pública há descrito o caso de trabalho escravo que foi detectado no interior da floresta Amazônica, onde os trabalhos eram mantidos de forma precária e degradante, sendo submetidos ao trabalho por contrair dívidas. Situação essa comum entre as características que obrigam os trabalhadores a entrarem em um ciclo de trabalho compulsório— quando o trabalhador termina de pagar a primeira dívida contraída, seja pelo instrumento de trabalho ou pela alimentação, ele já contraiu outras dívidas – o autor Sento-Sé descreve esse cenário:

[...] no percurso de sua cidade natal até as fazendas, esses trabalhadores vão contraindo dívidas com o gato, que lhes paga tudo, desde o cafezinho e as refeições nas paradas até os cigarros e as bebidas alcoólicas, mas tudo isso não é gratuito, pois será cobrado do trabalhador assim que receber os seus parcos salários. Começa aqui a famigerada dívida, que pode, também, ter seu início no momento do aliciamento, quando o gato empresta dinheiro para a sobrevivência dos familiares do trabalhador enquanto este estiver ausente. (SENTO-SÉ, 2001, p.45).

Na mesma linha de raciocínio a autora Ana Freitas também afirma em seu artigo:

[...] os trabalhadores são aliciados pelos chamados “gatos”. Esses indivíduos buscam cidadãos em condições vulneráveis e lhes ofertam falsas vagas de emprego. O trabalhador, muitas vezes, só descobre o problema quando chega ao local de trabalho. Lá, o funcionário é informado de que “contraiu uma dívida”, seja pelo transporte, por ferramentas de trabalho ou até por alimentação. Essas cobranças indevidas são descontadas do salário que o trabalhador deveria receber. (ANA FREITAS, 2016)

A redução ao trabalho escravo na região Amazônica foi descoberta por meio de uma operação do Grupo Móvel Interinstitucional, formada por Auditores Fiscais do Trabalho, dentre outros, que presenciaram diversas situações de trabalho escravo e resgataram 13 trabalhadores em condições degradantes de trabalho e moradia, tendo sido endividados pelo sistema de truck system, além de estarem isolados geograficamente.

Houve a concessão de tutela antecipada e a condenação dos réus a pagarem aos

trabalhadores as verbas decorrentes da rescisão indireta, indenização por danos morais individuais, e indenização por dano moral coletivo. Foi interposto recurso ordinário, e contrarrazões pelo Ministério Público, e julgado por fim a redução do valor da indenização por danos morais coletivos, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau em seus demais termos que condenava os réus.

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. TRABALHO DEGRADANTE CARACTERIZADO. INDÚSTRIA TÊXTIL. REPARAÇÃO MORAL. 1. O trabalho escravo contemporâneo atinge tanto a liberdade do trabalhador quanto a sua dignidade. Sobre o tema, convergem as Convenções 29 e 105 da OIT, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, no esforço de abolir o trabalho escravo, assegurar um meio ambiente de trabalho salubre e condições dignas de labor. 2. Consoante o art. 149 do Código Penal Brasileiro, o trabalho em condições análogas a de escravo abarca quatro tipos distintos: i) o trabalho forçado; ii) o trabalho em condições degradantes; iii) o trabalho em jornadas exaustivas, e; iv) o cerceio da liberdade de locomoção em contexto do trabalho. O trabalho degradante comporta um tipo conceitual que é configurado por um feixe plástico de atos ilícitos adotados pelo empregador, de modo distinto da submissão às jornadas exaustivas, caracterizada por uma só prática reiterada. Conforme dados do Ministério do Trabalho e Emprego, o trabalho degradante é a modalidade de trabalho análogo à escravidão mais recorrente, no campo e no meio urbano, ante aos mecanismos e subterfúgios adotados para camuflar o aviltamento à dignidade do trabalhador. 3. Na hipótese, o complexo probatório demonstra o trabalho em condições degradantes, confirmando as seguintes, dentre outras, práticas ilícitas sincrônicas adotadas pela ré: a) exigência de metas excessivas; b) a falta de urbanidade dos prepostos, inclusive, com emprego de insultos, ameaças e coações (assédio institucional); c) falta de estipulação da contraprestação pelas peças produzidas, não obstante o salário fosse por tarefa (o qual combina os critérios de unidade de obra com unidade de tempo); d) a não concessão do intervalo intrajornada (medida de segurança e medida no trabalho); e) insuficiência quantitativa de banheiros e restrição em sua utilização pelas empregadas; f) restrição ao acesso à água; g) adoecimento da empregada tendo como causa o trabalho. 4. Diante deste quadro, mantém-se a condenação da ré no pagamento da indenização por dano moral, com a redução de seu valor para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), com a ressalva do entendimento desta Relatora Designada no que concerne ao quantum indenizatório. (TRT-1 - RO: 00002071820125010004. Data de Julgamento: 14/09/2016, Sétima Turma, Data de Publicação: 19/10/2016)

O processo, em questão, julgado consta que os empregados de uma indústria têxtil eram submetidos à pressão por produtividade, no qual há a exaustão e ameaças sofridas, ao não pagamento de horas extras, não possuíam intervalo entre as jornadas, recebiam por peça produzida, as condições do local de trabalho contavam com poucos banheiros e restrição a sua utilização, além de limitação ao acesso à água. Uma das empregadas adoeceu devido ao trabalho e as coações sofridas. A ré foi condenada, e ainda que houve recurso ordinário, a condenação foi mantida, uma vez que provada a materialidade a autoria da redução dos trabalhadores a neoescravidão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELOS RÉUS. INTEMPESTIVIDADE. Interposto agravo de instrumento fora do prazo legal, deve ser considerado intempestivo. Agravo de instrumento não conhecido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO AUTOR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. CONFIGURAÇÃO. No caso em análise, o eg. Tribunal Regional considerou que "embora reconhecida à realização de trabalho em condições degradantes, não restou demonstrado nos autos a redução dos representados à condição análoga à de escravo", concluindo que "em nenhum momento, houve alusão a qualquer impedimento à ampla liberdade de locomoção dos trabalhadores" e que "a liberdade de ir e vir é incompatível com a condição de trabalhador escravo". Com a redação alterada do art. 149 do Código Penal pela Lei nº 10.803/2003, o tipo penal passou a trazer explicitamente o

conceito do que vem a ser o crime de redução a condição análoga à de escravo, trazendo as hipóteses configuradoras, dentre as quais "sujeitar a condições degradantes de trabalho", exatamente a situação descrita pelo eg. Tribunal Regional. Sob esse enfoque, a caracterização do trabalho escravo não mais está atrelada condicionalmente à restrição da liberdade de locomoção do empregado - conceito revisto em face da chamada "escravidão moderna". É preciso aperfeiçoar a interpretação do fato concreto, de modo a adequá-lo ao conceito contemporâneo de trabalho escravo contemporâneo. Nesse sentido têm caminhado a jurisprudência e a doutrina. Uma vez configuradas as condições degradantes a que eram submetidos os empregados, evidenciado o trabalho em condição análoga à de escravo, o que se declara, nos exatos termos do art. 149 do Código Penal. Recurso de revista conhecido e provido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. Não se conhece do recurso de revista quando a parte recorrente deixa de rebater todos os fundamentos postos na decisão recorrida, pois não atende o disposto no art. 896, § 1º-A, III, da CLT, segundo o qual deve a parte cotejar analiticamente os dispositivos que indica terem sido violados e a tese posta no v. acórdão regional. Recurso de revista não conhecido. (TST - ARR: 531004920115160021, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 10/05/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017)

No caso em tela, é interessante notar que a decisão consta que havia a situação do trabalho escravo, isto é, as características degradantes de trabalho, no entanto não foi o trabalho realizado possuía características de trabalho escravo, no entanto os trabalhadores, conforme o relator Aloysio Corrêa da Veiga, não foram considerados neoescravos.

TRABALHO ESCRAVO - DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE PROTEÇÃO AO PRESTADOR DE SERVIÇOS. O simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo, pressupondo este o cerceio à liberdade de ir e vir. (STF - RE: 466508 MA, Relator: MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 02/10/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-05 PP-01094)

Os autos em evidência são interessantes de serem analisados, nos quais se afirma que o não cumprimento das normas trabalhistas não é suficiente para que haja a consideração de materialidade do trabalho escravo, ou seja, a redução análoga escravidão para ser comprovada necessita de outros atenuantes. O relator Marco Aurélio parte do pressuposto que a neoescravidão está ligada ao direito de ir e vir, quando preservado não há o que se falar de trabalho escravo.

Correlacionando com a doutrina, Dodge considera trabalho escravo não somente a privação de locomoção, mas a destituição dos direitos dos trabalhadores, atingindo sua essência como seres humanos ao perderem seu domínio.

PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ARTIGO 203 DO CÓDIGO PENAL JURIDICAMENTE INVIÁVEL. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO TRABALHO ESCRAVO CARACTERIZADOS NOS AUTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. APELAÇÃO DO MIISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA PARA REDUZIR AS PENAS. 1. É da Justiça Federal a competência para processar e julgar as ações penais em que se apuram fatos relacionados à redução a condição análoga à de escravo, por submissão do empregado a condições degradantes de trabalho, bem como de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Precedentes. 2. Desclassificação da conduta para o tipo do art. 203 do Código Penal juridicamente inviável. As provas dos autos são consistentes em apontar a realização

dos elementos constitutivos do tipo penal descrito no art. 149 do Código Penal. Não cuida o caso dos autos de mera frustração de direitos assegurados na legislação trabalhista a caracterizar o tipo do art. 203 do Código Penal. 3. A 14ª sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho editou a Convenção 29 que, em seu artigo 2º, conceitua trabalho forçado ou obrigatório como aquele exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual ele não se tenha oferecido de livre vontade. 4. As condições degradantes de trabalho e pessoais, bem como a permanência forçada em trabalho que o indivíduo tenha concordado previamente, configuram a conduta expressamente combatida no cenário internacional. 5. A redação original do artigo 149 do Código Penal, com a expressão "condição análoga à de escravo", não visa a uma situação jurídica; refere-se a um estado de fato em que a pessoa perde a própria personalidade e é tratada como simples coisa, privada de direitos fundamentais mínimos. A liberdade humana fica integralmente anulada, diante da submissão da pessoa a um senhor, reduzida à condição de coisa. A Lei 10.803/2003 não criou nova conduta incriminadora, mas apenas conferiu nova redação ao dispositivo que já repudiava criminalmente a prática de redução de trabalhadores a condição análoga à de escravos. Precedentes desta Corte. 6. O contexto probatório é suficiente para demonstrar a materialidade delitiva e a responsabilidade penal dos réus pela prática do delito previsto no art. 149, caput, do CP. A condenação que mantém. 7. Os motivos do crime - desejo de obter lucro fácil - são próprios da descrição típica e, pois, não traduzem uma reprovabilidade adicional, além daquela já prevista no tipo penal incriminador, de modo a justificara exasperação da pena-base. 8. O réu não faz jus à atenuante de arrependimento posterior do art. 65, III, b, do Código Penal, pois não procurou, por sua espontânea vontade, minorar as consequências ou reparar o dano antes da ação penal. No caso dos autos, a atitude reparadora do acusado, consistente em pagar o dano moral individual dos trabalhadores, não traduziu espontaneidade. 9. A fração de aumento de pena, em 1/3 (um terço), por força do concurso formal (art. 70 do Código Penal), confere a resposta criminal adequada ao caso dos autos, sobretudo com base nos casos análogos submetidos a este Tribunal. 10. Apelação do Ministério Público Federal não provida. 11. Apelação do réu parcialmente provida para reduzir a pena imposta na sentença. (TRF-1 - APR: 00006429520074013901 0000642-95.2007.4.01.3901, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 17/05/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 26/05/2017 e-DJF1)

No caso acima pode se analisar uma jurisprudência, na qual há a condenação, visto a prova de materialidade e autoria do réu, interessante notar que está escrito que o caso encaixa-se no artigo 149 que trata da redução ao trabalho escravo. Além de citar as Convenções acordadas pelo Brasil em combater a pratica escravagista, a qual é aquela realizada pelo trabalhador sob ameaça, ademais o ambiente degradante em que o trabalhador se encontra e a retirada de sua liberdade. Como objetivo do empregador é atribuído o lucro, de maneira a ensejar o discutido no artigo, que o trabalho escravo está ligado diretamente ao sistema capitalista.

CONCLUSÃO

A concepção de trabalho análogo à escravidão desenvolvida pela doutrina brasileira se mostra abrangente e ideal para descrever as mais variadas situações que podem ser submetidos os trabalhadores. A neoescravidão não deve ser tida quando ocorre apenas determinada característica, mas sim quando há a combinação de uma série de fatores que desrespeitem a dignidade do trabalhador e restrinjam-lhe seus direitos. Tal constatação é marcada por subjetividade uma vez que se trata de um país que sua base é rural e de trabalho braçal.

Acreditamos que uma das ocorrências mais marcantes deste desrespeito seja a limitação da liberdade de ir e vir, ou seja, haver condicionantes que impedem o trabalhador de deixar o local de trabalho ou deslocar-se por onde queira. No entanto, ainda que seja assegurado o direito de livre circulação ao trabalhador e haja o abuso de outros direitos pelo patrão haverá redução ao trabalho escravo, isto é, não basta que apenas um direito seja assegurado, enquanto outros são desrespeitados.

Pode-se citar como exemplo, a hipótese da jornada demasiadamente exaustiva, sem remuneração adequada, ou o trabalhador é subjugado a situações de perigo. Ademais, quando o trabalhador sofre com ameaças e coação, e ainda quando o local de trabalho é um ambiente degradante e sem as mínimas condições de higiene e não há respeito ao descanso e a alimentação. Também a situação retratada na ação civil pública acima referida onde se tem a escravidão por dívidas, e o empregado não consegue se livrar do círculo vicioso de trabalhar para pagar as dívidas enquanto adquire outras.

Constituem-se quatro as hipóteses que consideram o que é trabalho escravo, sendo o trabalho forçado, as condições degradantes do empregado, jornada exaustiva e, por fim, a servidão por dívidas. Ao se falar na diferenciação de trabalho escravo urbano e rural, no primeiro a constatação de que há violação dos direitos do trabalhador é mais fácil comparada à dificuldade de se averiguar se o trabalho rural é escravo ou, simplesmente, mais penoso.

No meio urbano, principalmente nas indústrias que empregam o trabalho análogo a escravidão à identificação pelo fator da localidade possui um acesso menos dificultoso, e as condições do local do trabalho podem ser analisadas de acordo com a legislação e as normas básicas de trabalho, já no caso do meio rural a distancia geográfica é um obstáculo para a fiscalização, além de ser difícil distinguir se as condições do local são degradantes ou mais simples. Deve se levar em conta a moradia ofertada a esses trabalhadores, que na maioria das vezes, possuem seu pouso no lugar de trabalho. Há disposto na Norma Regulamentadora 31 (NR-31), instituída pela Portaria 86/2005, do Ministério do Trabalho e Emprego o mínimo necessário para a estadia do empregado, sendo um lugar seguro e que não prejudique a saúde.

Tratam-se de diversas as conjunturas que podem ocorrer à exploração do funcionário, nas quais os sinais e atributos da neoescravidão podem estar intrínsecos de várias formas. O assunto em questão é complexo e exige análise ao caso concreto, é preciso que o operador do direito julgue determinado fato levando em conta as condições do trabalhador e o como é exercida as diligências impostas a ele, além de verificar o local de trabalho e as restrições que sofrem o trabalhador. No citado caso da indústria têxtil, ainda que os trabalhadores possuíssem a liberdade de ir e vir sofriam ameaças e pressão por produtividade, além de terem uma jornada exaustiva de horas extras não

pagas. Ou seja, trabalhavam muito a mais sem receber por isso.

Em síntese, o trabalho análogo à escravidão acontece quando qualquer dos direitos do trabalhador é violado, ao restringir sua liberdade ou não lhe ofertar um trabalho digno com as plenas condições, e respeitando a legislação. Uma série de direitos foram conquistados ao longo dos séculos, desde o limite de horas até a segurança e proteção ao trabalhador, quando há o desrespeito aos direitos humanos e fundamentais na esfera trabalhista deve haver o cumprimentando da lei seja punindo ou sancionando, para que haja o fim da exploração e as garantias positivadas sejam postas em prática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antônio Alves de. **Trabalho escravo: a dignidade dilacerada pelo capital**, in: Ricardo Rezende Figueira, Adonia Antunes Prado (orgs.). Olhares sobre a escravidão contemporânea: novas contribuições críticas. Cuiabá: EdUFMT, 2011, p. 190.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **O trabalho como instrumento de escravidão**. Humanidades. Brasília: UnB, v. 15, p. 42-49, 1988.

BALES, Kevin. **Disposable people: new slavery in the global economy**, 1999.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Ação Civil Pública. Autos 00060720144011100. 2006. Disponível em: <<https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/406807618/60720144011100/inteiro-teor-406807626?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Autos RO 0000207-18.2012.5.01.0004. 2016. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/412012201/recurso-ordinario-ro-2071820125010004/inteiro-teor-412012297?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. Autos ARR 53100-49.2011.5.16.0021. 2017. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457793487/arr-531004920115160021?ref=serp>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa e Acórdão. Autos RE 466508 MA. 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/755866/recurso-extraordinario-re-466508-ma?ref=serp>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Autos APR 0000642-95.2007.4.01.3901 0000642-95.2007.4.01.3901. 2017. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463876262/apelacao-criminal-apr-6429520074013901-0000642-9520074013901?ref=serp>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004, p.14-96.

- CASTILHO, Ela Wiecko. **Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo**. In: VVAA. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo. Goiânia: CPT, 1999. p. 81-100.
- CERQUEIRA, Gelba Cavalcante; FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; Costa, Célia Maria Leite. (Orgs.). **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil**. Contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2008.
- DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Trabalho escravo: conceito legal e imprecisões**. 2000, p. 111. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/escravidao_contemporanea.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2019.
- FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. **A proteção jurídica contra o trabalho em condições análogas à de escravo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.
- FIGUEIRA, Ricardo Rezende e PRADO, Adonia Antunes. **Olhares sobre a escravidão contemporânea: novas contribuições críticas**. Cuiabá: Ed UFMT, 2011, 418p. Disponível em:<<http://www.gedmma.ufma.br/wp-content/uploads/2014/02/olhares-sobre-escravidao-contemporanea.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- FREITAS, Ana. **O trabalho escravo é uma realidade. Mas as punições, não**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/04/12/O-trabalho-escravo-%C3%A9-uma-realidade.-Mas-as-puni%C3%A7%C3%B5es-n%C3%A3o>>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- MARTINS, José de S. **A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação**. In: Trabalho escravo no Brasil contemporâneo. São Paulo: Loyola, 1999. p. 127-164.
- MELLO, Solange Quintão Vaz de. **Trabalho escravo no Brasil: a nova face de um antigo dilema**. 2005, p. 29. Monografia (Especialização em Direito e Processo do Trabalho) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/19196>>. Acesso em: 19 mai. 2019.
- MINISTRO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria n. 86, de 03 de março de 2005. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/pnf/_arquivos/portaria_mte_86_05.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2019.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2011, p. 66.
- PEDROSO, Eliane. Da negação ao reconhecimento da escravidão contemporânea. **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo, 2006.
- PLASSAT, Xavier. Abolida da escravidão?: IN: **Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008, p. 73-96.
- SAKAMOTO, Lenoardo (coord.) **O Trabalho Escravo no Brasil do século XXI**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo, LTr, 2000, p. 25-45.

SOARES, Evanna. **Meios coadjuvantes de combate ao trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho**. Revista do Ministério Público do Trabalho, São Paulo, v. 26, p. 34, 2003.

VIEIRA, Jorge Antônio Ramos. Trabalho escravo: quem é o escravo, quem escraviza e o que liberta. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8. Região**, Belém, v. 37, n. 72, p. 83-88, jan./jun. 2004.

UMA REFORMA ADMINISTRATIVA PARA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIETAL

Lucas Emanuel Ricci DANTAS¹
Renato BERNARDI²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, investigar os modelos de gerenciamento da administração pública brasileira, com foco na participação democrática da pessoa com deficiência visando à plena inclusão social e efetividade de direitos. Para tanto busca-se investigar o fracasso da administração pública gerencial e a possibilidade e a possibilidade de uma administração pública societal, fundada em um conceito dialógico habermasiano, procurando estruturar as instituições democráticas propostas por Robert Dahl. A presente pesquisa foi realizada sobre o método indutivo, com enfoque na pesquisa bibliográfica, explorando material científico sobre o assunto, como teses, dissertações e artigos publicados em periódicos.

PALAVRAS-CHAVE: pessoa com deficiência; administração pública; efetividade de direitos; administração pública societal.

ABSTRACT

The present study aims to investigate the management models of the Brazilian public administration, with a focus on democratic participation of the person with disabilities aiming at full social inclusion and effectiveness of rights. To this end we seek to investigate the failure of management and public administration the possibility and the possibility of a societal public administration, founded on a concept "Habermasian" Dialogic, seeking to structure the democratic institutions proposals by Robert Dahl. This survey was conducted on the inductive method, with a focus on scientific research, exploring bibliographic material, such as theses, dissertations, and articles published in journals.

KEYWORDS: person with disabilities; public administration; effectiveness of rights; societal public administration.

-
- 1 Mestre em Teoria do Estado e Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2015), Advogado formado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2013), Pós Graduando em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (2017-2018). Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2018 - 2022).Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2018 -2022). Pesquisador na área de Direitos Humanos com ênfase em inclusão da pessoa com deficiência, políticas públicas e educação para direitos humanos. Membro da comissão de Direitos Humanos da 31ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (2013 - 2015). Presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência da 31ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (2016 - 2018), Professor colaborador em preparatórios jurídicos. Professor assistente na pós graduação PRÓJURIS/FIO Ourinhos. Foi Professor no VillaVerde cursos para cartórios (2017 - 2018). Autor do livro Políticas Públicas e Direito: A Inclusão da Pessoa com Deficiência, Editora Juruá (2016). Na área do Direito atua especificamente em: Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Processual Civil, Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e Filosofia do Direito. Tem experiência em pesquisa acadêmica, atuando também como palestrante motivacional. Email para contato: lucas@lucasdantas.com
 - 2 Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) - PUC-SP. Professor efetivo dos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado e Membro da Comissão de Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, todos da Faculdade de Direito do CCSA - UENP, Campus de Jacarezinho. Coordenador Pedagógico do PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda. Procurador do Estado de São Paulo desde 1994. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5938-5545>.

INTRODUÇÃO

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 no ordenamento jurídico nacional, a administração pública viu a necessidade de se reformular, para atender as demandas sociais e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Dada a nova demanda de cidadania que surgiu com o aumento dos direitos fundamentais e com a redemocratização do país, o aparelho estatal precisou ser repensado sob a ótica do “cidadão cliente”.

Procuramos analisar, no presente estudo, a história da reforma administrativa pós 94, bem como os efeitos e as problemáticas de efetivação. Nesse sentido, sob o aspecto teórico da pessoa com deficiência e da necessidade de sua participação democrática previstas na Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão, procuramos buscar o novo modelo de administração pública.

Focalizando o estudo efetividade dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, em um ambiente de perspectiva dialógica, busca-se revisitar o conceito de administração pública societal, bem como o seu encaixe no Estado Democrático de Direito para que haja uma real efetividade dos direitos das pessoas com deficiência.

A busca da efetividade de direitos, poderá conduzir ao chamado direito fundamental a boa administração pública para a pessoa com deficiência, objeto de investigação. Para tal estudo, nos utilizaremos de uma perspectiva indutiva, com método de pesquisa bibliográfico, pesquisando teses, dissertações e periódicos sobre o assunto.

1. AS TRANSFORMAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

A promulgação da Constituição Federal de 1988, se mostra como um avanço no cenário jurídico brasileiro no tocante aos direitos individuais e coletivos, bem como nos princípios de regência do Estado Brasileiro, tudo com um único objetivo de preservar e garantir a dignidade dos cidadãos.

Somado a tal fato, o Estado se viu na obrigação de cumprir as garantias constitucionais aos indivíduos e para tanto mostrou se necessário à utilização de reformas administrativas para implementação dos direitos fundamentais. A Constituição de 1988 inaugura as matrizes do estado social no Brasil, demandando maior coeficiente de cidadania na relação Estado-Cidadão.

A demanda de um estado social, é reconhecida por quatro pilares que estruturam a formação do Estado moderno. Como bem elucida Bresser Pereira:

Os quatro objetivos políticos que surgem com a formação do Estado moderno são a liberdade, a riqueza ou o bem estar econômico, a justiça social e a proteção da natureza. Esses objetivos, que se somaram ao da segurança, que já caracterizava o Estado antigo,

correspondem as quatro ideologias que nasceram com a revolução capitalista. Assim, a Liberdade individual correspondera ao liberalismo; a riqueza ou o crescimento econômico, ao nacionalismo; a justiça social ao socialismo; e a proteção da natureza ao ambientalismo. Esses objetivos e as respectivas ideologias são em grande parte reforçadores uns dos outros, mas não são plenamente compatíveis. Por isso as sociedades democráticas são pragmáticas, veem-nos de maneira moderada ou razoável e podem assim assumir os necessários compromissos que viabilizam sua realização combinada. (2010, p. 112)

A mudança do Estado antigo para o estado moderno se dá em meados do século XX mais precisamente na década de 60, quando a demanda pública se transforma e a população começa a reclamar direitos que até então não eram fornecidos pelo poder público, como previdência, moradia educação entre outros. O Estado precisa então se realinhar sistematicamente para garantir o atendimento da população.

As demandas sociais se tornam tão grandes que, o Estado “estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, a área da iniciativa individual, nesse o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social”. (BONAVIDES. 1993, p. 186). A reclamação por parte da população gera então uma crise estatal, caracterizada pelo modo de intervenção que o Estado oferece perante a sociedade.

O aumento esporádico dos direitos fundamentais, quando da promulgação da Carta de 1988, foi feito sem a previsão do gasto público derivado da implementação de tais direitos, gerando uma necessária profissionalização da administração pública, como bem aponta o Professor Bresser Pereira em outro estudo:

Os constituintes de 1988, entretanto, não perceberam a crise fiscal, muito menos a crise do aparelho do Estado. Não se deram conta, portanto, que era necessário reconstruir o Estado. Que era preciso recuperar a poupança pública. Que era preciso dotar o Estado de outras formas de intervenção mais leve em que a competição tivesse um papel mais importante. Que era urgente montar uma administração não apenas profissional, mas também eficiente e orienta para o atendimento das demandas do cidadão. (1996. p. 11)

A mudança da administração do Governo Fernando Henrique Cardoso, como fruto de uma aliança social democrática, foi implantada pelo próprio Bresser Pereira, como sendo a resolução dos problemas públicos e da efetividade de direitos. A opção de Bresser Pereira foi implantar uma administração pública gerencial, baseado em princípios da empresa privada, que deveriam ser aplicados à administração pública.

Na administração pública gerencial, a gestão “deveria enfatizar a profissionalização e o uso de praticas de gestão do setor privado”. (PAULA. 2005, p. 38). A profissionalização burocrática da administração pública, tentada por Bresser Pereira, não se mostrou de resultados objetivos, haja vista, a estabilidade que a estabilidade e a vitaliciedade conferida ao servidor público, fator de impedimento de análise de desempenho e premiações por tal feito.

As teorias importadas da administração pública gerencial não se mostraram adequadas no

Brasil, pois havia no âmbito interno a questão da estabilidade como um obstáculo a fruição da administração pública gerencial, fato reconhecido pelo próprio Bresser Pereira, o qual citamos:

A estabilidade, entretanto, implica em um custo. Impede a adequação dos quadros de funcionários as reais necessidades do serviço, ao mesmo tempo que inviabiliza a implantação de um sistema de administração pública eficiente baseado em um sistema de incentivos e punições. (1996, p. 14)

A dificuldade em se implantar um sistema de incentivo por mérito e punições por demérito, ou seja, estabelecer objetivos reais de implantação de direitos e atendimentos das necessidades populacionais, inviabilizam a modernização do Estado. Então tem se com a legislação, um Estado Moderno, mas na administração pública, tem se um Estado antigo, “E por esse mesmo motivo não consegue fazer a sua passagem para uma administração pública moderna, eficiente, controlado por resultados, voltada para o atendimento do cidadão-cliente.” (PEREIRA. 1996, p. 17)

O fracasso delineado pelo modelo de administração pública gerencial, traz a necessidade de repensar novos modelos que se adequem a necessidade desse novo cidadão, o cidadão-cliente. Um novo modelo de administração pública, que se mostra mais adequado inclusive com o Estado social é o modelo societal, um modelo de administração centrado na reivindicação da cidadania, que está intimamente ligado com a vertente movimentalista social, bem ponderado por Ana Paula Paes de Paula:

A origem da vertente da qual deriva a administração pública societal está ligada a tradição movimentatória brasileira, e alcançou o seu auge na década de 60, quando a sociedade se organizou pelas reformas do país. Após o golpe de 1964, essas mobilizações retornaram da década de 1960, período no qual a Igreja Católica catalisou a discussão de problemas coletivos nas Comunidades Eclesiais de Base (CEBs). (2005, p. 39)

O fortalecimento de grupos que se conscientizam politicamente e de forma ativa na cidadania permite a existência de controles sociais das políticas públicas e da efetividade dos direitos fundamentais. A cronologia demonstra que a reivindicação de cidadania no estado social aparece no mesmo período que a vertente societal, demonstrando uma possível simbiose da necessidade de adequação entre um fato e outro.

Fatores importantes são a reivindicação dos direitos constitucionais, não como direitos pragmáticos, mas sim como direitos a serem realmente concretizados e a efetiva participação popular como sinônimo da democracia na atuação do Estado. Importa salientar que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 está se diante de uma promessa democrática que garanta o bem estar a todos os cidadãos, nesse sentido “a promessa da democracia é, ao mesmo tempo, um sobrestamento, uma suspensão, o que não se decide como também um impulso para a constituição real, efetiva para o decidível”. (CHUEIRI, 2013, p. 38).

A concretização da Constituição se dá de maneira democrática, investida na participação social. Tendo por fundantes filosóficos a competência dialógica de Habermas e a cidadania

inclusiva de Robert Dahl, que pretendemos explorar aliado ao direito fundamental a boa administração pública para a pessoa com deficiência, temas que serão abordados nos próximos tópicos.

O DIREITO FUNDAMENTAL A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PROPULSOR DA INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A realização dos direitos fundamentais se tornou expressão máxima do Estado Democrático de Direito, impondo a necessidade de uma administração pública coesa que tenha por objetivo a realização de prestações positivas fáticas aos seus administrados. Tal ideia foi o pressuposto inspirador da reforma administrativa gerencial, que acabou fracassando em *Terra Brasilis*, por importar uma teoria sem a devida adequação ao cenário nacional.

O aumento do bloco de constitucionalidade, relativo aos direitos fundamentais, com a inclusão dos direitos sociais foi fundamental para consolidação do Estado Democrático e afirmação da cidadania de seus administrados, como sustenta Juarez Freitas:

O estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendida: Trata-se do direito fundamental a administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito a moralidade, a participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades. (2009, p. 21)

A ideia do direito fundamental a boa administração pública perpassa pela ideia de garantias de que o administrador público cumprirá as normas e programas constitucionais para garantir de forma plena o gozo dos direitos fundamentais. Nesse cenário de implementação da cidadania por meio de direitos fundamentais, surgem os sujeitos específicos de direitos dentre eles as pessoas com deficiência.

Estes cidadãos foram por muitos tempos vistos como pessoas incapazes patologicamente, sendo na maioria das vezes relegados pelo Estado. Todavia, o Estado Brasileiro desde a ratificação da Convenção Internacional dos direitos das pessoas com deficiência, pelo Decreto Legislativo 186/08 e posteriormente com a edição da Lei 13146/15, estatuto da Pessoa com deficiência, o Estado tem tomado como responsabilidade a promoção dos direitos inerentes a essa população específica.

Com a edição dessas novas legislações o conceito de deficiência deixou de ser meramente patológico, tendo encarado a deficiência como um atributo social, “pode se dizer, que essa posituação da mudança de enfoque conceitual e de olhar passa da lente de modelo médico e assistencial para a lente do modelo social da deficiência baseado nos direitos humanos”. (LOPES,

2016, p. 45).

Dentre os direitos elencados no Estatuto da Pessoa com Deficiência, está a participação social em seu artigo 26, orientando para uma administração do Estado que seja realizada dentro dos princípios democráticos incluindo o da participação social da pessoa com deficiência. O Estatuto erige a pessoa a um status ativo de participação na soberania popular, independentemente da patologia apresentada, garantindo os direitos políticos em sentido amplo para a pessoa com deficiência, como bem observa Junqueira:

Para melhor compreensão, anota-se que tanto a Convenção, como a LBI referem se aos direitos políticos em sentido amplo, como o meio necessário ao exercício da soberania popular. São os direitos que permitem participação e influência do cidadão na esfera pública. Dessa forma, são os direitos políticos que asseguram o direito de participação popular, sendo este uma manifestação daquele. (2016, p. 294)

A orientação estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência se molda em uma administração pública societal, onde as pessoas com deficiência são chamadas a deliberar além da representação exercida pelo sufrágio universal. A inclusão da pessoa com deficiência pressupõe a deliberação desta nos programas exercidos pelo Estado para referida inclusão, com objetivo de criar espaços dialógicos de deliberação sobre assuntos pertinentes a pessoa com deficiência.

A criação de espaços dialógicos de deliberação é norma positivada pelo artigo 28 alínea b do Decreto Legislativo 186/08, sendo que por meio dessa norma foram criados em inúmeros municípios e estados os conselhos municipais e estaduais de direitos das pessoas com deficiência, inspirados na teoria do discurso habermasiana. A orientação voltada para a concretização dos direitos fundamentais, é uma orientação dialógica, onde os sujeitos de direito podem ser ouvidos na formulação das políticas públicas fornecidas pelo Estado.

Habermas desenvolvendo a Teoria do Discurso possibilita a construção de um Direito mais eficiente e voltado para a efetividade da democracia. Quando o autor alemão elabora a razão comunicativa, demonstra o porquê da importância da razão comunicativa sobrepor sobre a razão prática explicando:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sócio político. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* linguístico através da qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam (HABERMAS, 2003, p. 20).

O agir comunicativo de Habermas se inscreve adequadamente na construção da real possibilidade de um estado democrático de direito, que garanta condições paritárias de igualdade e de cidadão. Os movimentos de fala, os de expressão garantem a validade do próprio direito, permitindo a efetividade na prestação dos direitos fundamentais, inseridos na Carta Constitucional. Por isso “o que está embutido na base de validade da fala também se comunica as formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo.” (HABERMAS, 2003, p.20).

Focalizando a legislação atual, podemos verificar que as falhas da administração pública gerencial eram preexistentes ao seu próprio início, quando não fora visualizados pelos seus idealistas a importância cabal de se colocar a democracia como fio condutor da própria administração pública. Se o cidadão tornou-se cidadão cliente, nada mais adequado que este seja ouvido nas demandas de prestações de direitos fundamentais.

Apesar da inovação legislativa, quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, com instrumentos processuais modernos de participação dialógica como, por exemplo, mediação, conciliação, *amicus curiae*, entre outros. Podemos constatar que a legislação da pessoa com deficiência antecedeu a participação dialógica no ordenamento jurídico, pois bem, fatos estes que conduzem irremediavelmente a uma administração pública societal.

Quando se elege, portanto o direito fundamental a boa administração pública, percebe-se que “o direito fundamental a boa administração é lidimo, plexo de direito, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos objetivos públicos.” (FREITAS, 2014, p. 21). O Estado entrega ao cidadão a subjetividade de seus direitos fundamentais, possibilitando a participação nos seus modos de implementação.

Deparamo-nos aqui como uma situação patente, além do vício da estabilidade, a administração pública gerencial falhou por não incluir os cidadãos em seu processo decisório, pois a subjetividade do Direito deve estar permeada de um reconhecimento mútuo das necessidades de respeito entre os titulares de direitos fundamentais. Não menos por isso, a legislação da pessoa com deficiência, quando positiva a participação social, entende que o cidadão com deficiência só será incluso socialmente quando puder participar efetivamente das tomadas de decisão dos processos de inclusão.

Ressaltamos então por questões de viabilidade da inclusão social, o grande problema da efetividade dos direitos, a falta de uma administração pública que permita a participação no processo decisório de implementação de direitos, mesmo quando a Constituição confere direitos subjetivos, sabendo que “os direitos subjetivos apoiam-se no reconhecimento de sujeitos ou direitos que cooperam” (HABERMAS, 2003, p. 120).

Trazemos a tona o real problema, a falta de reconhecimento recíproco dentro das relações de direito, “tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente.” (HABERMAS, 2003, p. 121). Partindo de um pressuposto ideológico, onde a vertente societal da administração pública seja implementada, temos então a possibilidade de reclamação judicial, quando não atendido os pleitos do cidadão cliente.

Ocorre que a possibilidade dialógica, permitiria um acesso adequado aos direitos fundamentais, sem a necessidade de judicialização em massa para concretização de tais direitos, a

judicialização então, se tornaria elemento residual na implementação dos direitos fundamentais, haja vista, que os cidadãos seriam ouvidos na formação de processos decisórios relativos à concretização dos direitos fundamentais.

A concretização da cidadania, portanto se revela como ponto nodal de um Estado que garante a fruição dos direitos fundamentais previstos em sua constituição. Contudo a ideia do agir comunicativo Habermasiano, fio condutor de uma administração pública societal, deve ser relativizado, quando os atores sociais envolvidos são pessoas com deficiência de diversas patologias.

A base do agir comunicativo é a comunicação linguística, o que em certas deficiências fica prejudicado dado à patologia, que pode ser intelectual ou até auditiva afetando a compreensão e a expressão do cidadão deficiente. Os critérios do agir comunicativo para a pessoa com deficiência perpassam a ideia da comunicação individual, fazendo necessária a comunicação pela via da representação, como por exemplo, associações, Ongs e OSCIPs, que representam a pessoa com deficiência no processo dialógico. Nesse sentido é importante frisarmos o conceito cunhado por Habermas sobre agir comunicativo:

O conceito “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as imposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais. (2003, p. 35)

A inexistência do agir comunicativo, correspondendo à validade normativa do artigo 28, alínea b do Decreto Legislativo 186/08 conduz a pessoa com deficiência a uma situação de vulneração da cidadania. Com a criação dos conselhos municipais, estaduais, foi possível reduzir essa vulneração garantindo, uma “pretensa” possibilidade de controle na implementação de direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Entretanto a ausência de autonomia jurídica dos conselhos e a falta de previsão constitucional, para sua existência, pois não encarado como associação, reduz a capacidade de efetividade da participação social realizada por meio dos conselhos. Restando as pessoas com deficiência, a representação por meio do direito fundamental de associações, como pressuposto da participação política desta população, de forma a garantir uma cidadania inclusiva, que nos dizeres de Dahl pode ser conceituado como:

Cidadania inclusiva. A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito as suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários a cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para a escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos; de livre expressão; de formar e participar organizações políticas independentes; e de ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala. (2001, p. 100).

A construção das instituições democráticas de Robert Dahl, é composta de cinco instituições, da qual a liberdade de associação representa elemento constitutivo de participação política e elemento de validade do processo democrático. Encaramos a seguinte situação, a pessoa com deficiência tem como pré-condição a necessidade do estabelecimento de uma administração pública societal, pois, o sufrágio universal não basta para a validade da democracia, quando temos deficientes que votam sem a capacidade intelectual para votar.

A democracia que dependesse somente do sufrágio, respaldada por uma administração pública não participativa para a pessoa com deficiência seria uma democracia débil, tendo em vista que a representatividade democrática é falha por ausência de competência intelectual para a escolha política correta. O condicionamento dos votos das pessoas com deficiência fica restrito aos seus familiares, muitas vezes não sendo influenciados por questões de inclusão social.

Abrimos aqui o ponto de discussão para o tópico derradeiro deste artigo, que é a possibilidade da implantação da cidadania efetiva e do controle de políticas públicas para a pessoa com deficiência, em atenção ao parâmetro da legislação internacional, de forma a permitir sua real participação política e a adequação do modelo de gerenciamento da administração pública societal, de forma a viabilizar a inclusão social da população deficiente.

A CIDADANIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DE UM MODELO DE GERENCIAMENTO SOCIETAL

Analisando a cidadania sob a ótica da deficiência, verifica-se uma lacuna entre a realidade da participação e o previsto nos textos normativos. A bem da verdade, quando se trata a pessoa com deficiência, como cidadão, os olhos do estado nunca estão voltados para as necessidades específicas desta população. Quando se propõe a administração pública societal, não se quer impor uma obrigatoriedade de controle das políticas públicas de inclusão, mas sim respeitar a legislação internacional e nacional se adequando aos princípios democráticos.

O que importa trazer ao bojo da discussão, os modos e parâmetros de como a pessoa com deficiência vai se fazer representada, dentro de uma sociedade movida pelo agir comunicativo, independente das patologias da população deficiente. Interessa-nos trabalhar um conceito de cidadania adequado ao recorte epistemológico desenvolvido, filiamo-nos ao entendimento de Hannah Arendt, sobre o conceito de cidadania:

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política é diretamente oposta pela associação natural cujo centro é constituído pela casa (*oikia*) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*) (2007, p. 33).

Na construção da autora, todo cidadão que não consegue participar da esfera pública, seja pela via do discurso, pela via da *práxis* ou da ação é um idiota. O Estado Brasileiro relegou muitas vezes a pessoa com deficiência a esta situação, conforme já sustentado, a própria legislação considerava os deficientes como grandes ineducáveis, e até imbecis.

Fato é que a pessoa com deficiência ficou afastada do cenário social e dos movimentos da reivindicação por direito, e por serem “idiotas”, ficaram afastados da *bios politikos*. Relevante então é trazer ao estudo os graus de cidadania elencados pelo Professor José Murilo de Carvalho, que divide a cidadania em primeira, segunda e terceira classe, atrelando cada classe ao conhecimento do direito. Partindo do pressuposto de que as pessoas com deficiência estão relegadas em sua cidadania, justamente pela falta de efetividade dos direitos assumidos no Brasil, somos obrigados a enquadrá-la na cidadania de terceira classe como sustenta o professor citado:

Finalmente, há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelos, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses “elementos” são parte da com unidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram se os direitos civis os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. (2002, p. 216).

Quando a cidadania é dividida por classes, atrelando sua classificação ao conhecimento do direito, podemos verificar que a primeira classe é composta de uma elite, que está invariavelmente no comando social, protegidos pelo poder de influência econômica na sociedade. A garantia de direitos se liga umbilicalmente ao coeficiente de cidadania que o Estado garante a sociedade por isso, “Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes.” (CARVALHO. 2002, p. 215)

A divisão de classes proposta pelo professor uspiano sustenta-se em três classes, colocando a primeira classe como “Há os de primeira classe, os privilegiados, os “doutores”, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social.” (CARVALHO. 2002, p. 215). Paralelamente a primeira classe, “existe uma grande massa de “cidadãos simples”, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei.” (CARVALHO. 2002, p. 216). Na segunda classe é colocada a classe média, de forma geral os cidadãos comuns, que não tem condição privilegiada, mas também não estão desassistidos de forma total pelo Estado.

A pessoa com deficiência, pela lógica, acaba sendo colocada quase que automaticamente na terceira classe, por ausência de participação social e de capital político que justifique o investimento de governantes na execução de políticas públicas que garantam a fruição e a

efetividade dos direitos constitucionais relativos a população deficiente.

O fortalecimento da democracia quando visto pela ótica da deficiência, se mostra justificado na implementação da administração pública societal, pois legitima, não apenas as pessoas com deficiência mais pessoas jurídicas envolvidas na representação destas, tais como associações, fundações e ONGs. A existência dos conselhos, e de outros instrumentos tais como o orçamento participativo e a possibilidade de voz dada às pessoas com deficiência externa a caracterização da democracia, girando em torno de uma administração pública de vertente societal. Como explica Drumond:

Ao participar dos espaços públicos de participação política, o cidadão pode exprimir sua percepção da questão em debate e de forma ativa deixa de ocupar um papel de subalterno ou usuário, pois terá participado efetivamente da deliberação que pelo consenso for construída. Entre as vantagens do modelo societal destaca-se o potencial da solução produzida, uma vez que, pela participação popular, o lastro cultural dos participantes pode promover melhores soluções às questões em debate. (2014, p. 9).

A possibilidade de uma arena democrática que garanta a participação dos atores sociais, a qual se destina a implementação dos direitos, permite uma melhor qualidade e funcionamento do serviço público, podendo prestar efetividade ao “cidadão cliente”. A cidadania da pessoa com deficiência só terá efetividade, quando a deficiência for o centro do debate da criação e implementação das políticas públicas para inclusão social.

Não podendo se restringir a tomada de decisões ao “núcleo duro” do Poder Executivo, as questões de saúde e reabilitação não são suficientes hoje para garantir a demanda constitucional estabelecidas em 1988. Questões de autonomia, empregabilidade, acessibilidade, planejamento familiar entre outros, são ponderações que devem estar na agenda do desenvolvimento para inclusão da pessoa com deficiência no país.

Garantir que a pessoa com deficiência tenha o direito a uma boa administração pública, é ao mesmo tempo, garantir o pleno respeito a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão), o respeito aos dois documentos não pode ser pensado sob a ótica de uma administração pública gerencial, pois, a técnica sempre trabalhara a deficiência do ponto de vista patológico e não do ponto de vista social integrativo. A condução de uma administração pública societal torna-se então modelo indispensável a concretização do direito da pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

A guisa de conclusão, procuramos evidenciar um retrato da administração pública no Brasil sob a ótica da pessoa com deficiência, demonstramos o percurso histórico que gerou o fracasso da reforma gerencial de 95 proposta por Bresser Pereira. Identificamos vetores essenciais

para esse fracasso, como por exemplo, a estabilidade do servidor público e a falta de um plano de carreira a ser implementado para tais servidores.

Identificamos então, que com a demanda de direitos sociais, surgiu a necessidade de uma administração pública voltada para o “cidadão cliente”, sendo o Estado distribuidor dos direitos assumidos constitucionalmente. A proposta do presente estudo foi à realocação da administração pública, de um modelo gerencial para um modelo societal, permitindo a participação social dos cidadãos e garantindo a democracia na implementação de direitos e das políticas públicas dos “cidadãos clientes”.

Demonstramos que a pessoa com deficiência tem previsão no ordenamento jurídico internacional e nacional de participação social ativa nas decisões governamentais e, que algumas por dificuldades patológicas de comunicação e intelectualidade, precisam ser representadas por ONGs, associações e fundações, instituições essenciais a implementação da democracia.

Nesta hipótese, verificamos ser a administração pública societal, a única em seu modelo teórico possível para garantir a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência e a sua participação social, como já vem ocorrendo por meio dos conselhos municipais e estaduais de direitos das pessoas com deficiência, em diversas unidades da federação. Por consequência lógica concluímos que o direito fundamental a boa administração pública para a pessoa com deficiência, só ocorrerá em um modelo de gerenciamento societal.

REFERÊNCIAS

- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. Revista de administração pública, v. 34, n. 4, p. 7-26, 2000.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. 1996.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. trad. Beatriz Sidou, Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DE CHUEIRI, Vera Karam. **Constituição radical: uma ideia e uma prática**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 58, 2013.
- DE PAULA, Ana Paula Paes. **Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social**. RAE-revista de administração de empresas, v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005.

DRUMOND, Alexandre Matos; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos; SILVA, Edson Arlindo. **Predominância ou coexistência? Modelos de administração pública brasileira na Política Nacional de Habitação.** Revista de Administração Pública, v. 48, n. 1, p. 3-26, 2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo; Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

JUNQUEIRA, Ana Luisa Cellular. DIAS, Joelson. **Do direito á participação na vida pública e política.** In: LEITE, Flavia Piva Almeida. E outros (Coords).Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo; Saraiva, 2016.

LOPES, Lais de Figueiredo. **Art, 1º a 4º.** In: LEITE, Flavia Piva Almeida. E outros (Coords). Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo; Saraiva, 2016.

USO DE AGROTÓXICOS: NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL E ASPECTOS ECONÔMICOS

João Pedro Quimenton Silva¹
Hellen Luana de Souza²

RESUMO

Analisa-se a relação entre a justiça ambiental, o uso de agrotóxicos e a dinâmica dos mercados na produção e consumo de agrotóxicos na agricultura brasileira, dando especial enfoque aos direitos fundamentais do meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao direito a saúde consagrados pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo aliado a uma revisão bibliográfica, visando por a falseamento a hipótese de resolução dos problemas socioambientais decorrentes do uso massivo de agrotóxicos, empregando como fundamento a Justiça Ambiental sem, contudo, ilidir completamente a questão econômica que permeia a problemática. Sendo verificada a premente e fundamental ponderação entre o binômio constituído, de um lado, pela necessidade de utilização de agrotóxicos para atender a demanda do sistema econômico e, de outro, pela primordial preservação socioambiental.

PALAVRAS CHAVE: Justiça ambiental. Agrotóxicos. Economia. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

It analyzes the relationship between environmental justice, the use of pesticides and the dynamics of the markets in the production and consumption of pesticides in Brazilian agriculture, focusing on the fundamental rights of the ecologically balanced environment and the right to health consecrated by the Federal Constitution of 1988. For this, we used the hypothetical-deductive method allied to a bibliographic review, aiming to distorting the hypothesis of solving the socio-environmental problems issues arising from the massive use of pesticides, employing environmental justice without, however, completely exonerated the economic issue that permeates the problem. Being verified the prely and fundamental weighting between the binomial constituted, on the one hand, by the need to use pesticides to meet the demand of the economic system and, on the other, by the primary socio-environmental preservation.

KEYWORDS: Environmental justice. Pesticides. Economy. Federal Constitution of 1988.

INTRODUÇÃO

O uso massivo de agrotóxicos, hoje, integra a realidade brasileira e abarca desde produtores rurais familiares até os grandes agropecuaristas que têm tal insumo como meio de dar maior eficiência à produção. Porém, esse padrão adotado pelo Brasil marginaliza a consciência dos prejuízos socioambientais inerentes ao uso de agrotóxicos. Deve-se colocar na balança o cálculo do impacto ambiental negativo sofrido, os danos à saúde de quem está exposto aos perigos químicos desses insumos agrícolas e o aspecto econômico que ganha benefícios através do emprego dessa

1 Graduando do 5º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: Jpquimenton@gmail.com

2 Graduanda do 5º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: hellenluanas78@gmail.com

tecnologia.

Diante de tal necessidade, há a Justiça Ambiental como meio de valorização do lado socioambiental, trazendo à tona os problemas sofridos pelo meio ambiente, como a contaminação do solo, das águas, fauna e flora. Além da difícil situação vivida por certos grupos sociais, os quais são colocados em estado de vulnerabilidade perante déficits no serviço público e em razão da força que a economia possui na tomada de decisões políticas, tendo, assim, suas vidas colocadas em risco.

Contudo, há fatores importantes na dinâmica econômica que devem ser observados quando se busca fazer o contraponto entre o desenvolvimento econômico e proteção socioambiental. Como a necessidade de atender a demanda do mercado de produtos agrícolas que conduz ao intenso uso de diversos insumos, em especial, agrotóxicos, visando a maximização da produção e dos lucros em detrimento da preservação ambiental e da proteção à saúde humana.

Destaca-se a influência da estruturação da indústria química de agrotóxicos no consumo destes, relacionando isto à questão da justiça ambiental. Ao final, faz-se uma análise dos resíduos de agrotóxicos presentes nos alimentos, fazendo, para isso, uma demonstração comparativa dos LMRs (limites máximos de resíduos) de alguns agrotóxicos nas commodities de soja e milho estabelecidos pela União Europeia, ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e pelo *Codex Alimentarius*.

Conforme exposto, tal discussão mostra-se relevante, pois insere-se no contexto atual da sociedade brasileira, na qual valores constitucionais são desrespeitados pela força que a economia assumiu.

Assim, é feito, num primeiro momento, o desenvolvimento teórico sobre Justiça Ambiental, em seguida analisa-se a compatibilidade de tal Justiça com a Constituição Federal. No último capítulo, tratar-se da relação do consumo de agrotóxicos na economia brasileira e mundial. Para isso, a revisão bibliográfica sobre o assunto é utilizada, com o emprego do método hipotético-dedutivo, visando fomentar ou falsear a hipótese de necessidade do uso da Justiça Ambiental na interpretação constitucional frente ao impacto do uso dos agrotóxicos na economia.

1. JUSTIÇA AMBIENTAL

1.1. Origem e desenvolvimento

Segundo Henri Acelrad, como exposto na sua obra “O que é Justiça Ambiental”, o movimento que, atualmente, reivindica a Justiça Ambiental surgiu nos Estados Unidos da América, no ano de 1980, fundado numa mescla de lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis. Tendo como questionamentos iniciais a precariedade de condições de saneamento básico e a

exposição ao lixo tóxico que as pessoas em situação de vulnerabilidade passavam (2009, p. 17).

Com o surgimento de estudos e com a experiência diária de militância do movimento, demonstrando que a questão racial está envolvida com a distribuição desigual dos impactos ambientais, especificamente na desproporcional chance de minorias raciais serem atingidas por acidentes ambientais, a proteção destas e do meio ambiente começa a se tornar o foco do movimento.

Em 1982, com a militância do movimento em Afton, condado de Warren, na Carolina do Norte, a luta por Justiça Ambiental firmou-se como seu núcleo. No caso, seria feito um aterro para destinação de solo contaminado por PCB (polychlorinated biphenyls) próximo a uma comunidade negra. Não apenas isso, no ano seguinte foram constatados mais quatro aterros de depósito de resíduos perigosos, sendo que três deles estavam localizados próximos a comunidades afro-americanas (HERCULANO, 2002, online).

Através da produção de conhecimento científico os reivindicantes buscaram concretizar a Justiça Ambiental. Por meio da pesquisa multidisciplinar, usaram mais um modo para lutarem contra as desigualdades. Assim, Robert D. Bullard, em 1987, ao analisar a destinação de rejeitos perigosos, evidenciou existir relação entre a destinação com a raça das comunidades próximas. De tal relação surge a expressão “racismo ambiental”, isto é, a submissão, proposital ou não, das comunidades de cor aos rejeitos perigosos (ACSELRAD, 2009, p. 20).

Ainda sobre o aspecto da produção de conhecimento, Herculano relata o impacto que a Justiça Ambiental traz para a Ciência:

A temática da Justiça Ambiental também vem sendo elaborada em seus pontos de interseção com o estudo do questionamento dos fins e dos efeitos da ciência e da tecnologia (COMMONER, 1963), dos aspectos sociais da sua construção e do poder de definição das realidades por parte da comunidade científica (McAVOY, 1999) e dos saberes jurídicos (BOURDIEU, 1979). Isto implica na necessidade de: 1- articulação de uma ciência-cidadã que assessorie a população (para o conhecimento dos riscos e dos efeitos das tecnologias de produção sobre a saúde humana; para a percepção da dimensão social e política presente na construção dos riscos e para que se organize em suas lutas); 2- na construção de uma cultura jurídica aberta para dar acessibilidade a um Judiciário justo e operante (HERCULANO, 2002, online).

Desse modo, visando desenvolver o tema na produção científica brasileira, foi realizado o Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, em Niterói, no ano de 2001, marcando um avanço do movimento no combate da destinação desigual dos riscos ambientais. Além de ser umas das primeiras iniciativas no Brasil a tratar do tema no âmbito acadêmico e político, o colóquio trouxe a criação da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, resultado da união de representantes de movimentos sociais, sindicatos de trabalhadores, ONGs, entidades ambientalistas, organizações de afrodescendentes, organizações indígenas e pesquisadores universitários (HERCULANO, 2002, p. 146-147).

1.2. Conceito

Para o autor Robert D. Bullard a Justiça Ambiental:

É a condição de existência social configurada] através do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes da operação de empreendimentos industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, ou municipais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas (BULLARD apud ACSELRAD, 2009, p. 16).

Em oposição, tem-se a injustiça ambiental, a qual é tratada como o mecanismo de distribuição desigual dos impactos ambientais decorrentes do processo de desenvolvimento (HERCULANO, 2002, online). Tal mecanismo propaga a desigualdade ambiental, a qual se dá na forma de proteção ambiental e no acesso aos recursos naturais, de modo desigual. Na primeira, tanto a implementação, quanto a omissão de políticas públicas, estas, segundo Acselrad, guiadas por ações privadas, trazem, aos mais vulneráveis, as consequências negativas dos impactos ambientais. Quanto ao acesso aos recursos, ele é dificultado na medida em que não se está presente a atividade capitalista, como exemplo, atividades como a pesca artesanal ou o simples acesso à água as quais são prejudicadas pela instalação de barragens, mineradoras etc. (2009, p. 73-74).

Para o estudo da Justiça Ambiental é imprescindível à análise da posição de vulnerabilidade que os grupos sociais afetados pelas injustiças ambientais se encontram. Ela é resultado de um processo social potencializado por práticas político-institucionais, isto é, a proteção desigual, de responsabilidade do Estado, faz com que certos grupos (como os grupos sociais de menor renda e grupos étnicos, por exemplo) sofram mais diretamente os impactos da degradação ambiental. Dentro desse processo, há também que se destacar como os grupos se submetem a tal condição. Na medida em que suas perspectivas de vida são diminuídas, por conta da carência (financeira, informacional, etc.), a aceitação vai se mostrando a melhor opção para eles no momento, assim, por exemplo, toleram-se habitar numa encosta perigosa (ACSELRAD, 2006, p. 1-3).

O meio ambiente a ser protegido é assumido nas suas diversas dimensões – social, econômica, física construída, ecológica e estética. Logo, por exemplo, o meio ambiente de trabalho sadio e seguro é abarcado por tal Justiça (ACSELRAD, 2009, p. 16). O que faz com que o tema da Justiça Ambiental consiga estender-se a um campo de incidência maior. Como o que ocorreu quando o movimento brasileiro trabalhou o tema na realidade do Brasil, surgindo análises de ocupações irregulares de áreas de preservação permanente voltadas para o uso como moradia

(HERCULANO, 2002, online).

A injustiça ambiental é um mecanismo que funciona dentro do modelo de desenvolvimento capitalista. No Brasil, após a lei de terras de 1850, a privatização da terra trouxe para uma minoria a concentração do poder de controle sobre os recursos naturais. Com isso, a necessidade de acumulação que o sistema impõe fez com que o crescimento demandasse a exploração do trabalho em novas terras, vista no domínio dos recursos hídricos para o uso em hidroelétricas e nos projetos de irrigação, como também no isolamento de áreas ricas em minérios por mineradoras. Há como resultado desse processo, além do fomento da desigualdade ambiental já mencionada, a substituição da diversidade biológica e física por espécies de animais dominantes voltadas à atividade econômica e por monoculturas. Como também a retirada do espaço de formas sociais diversas pelo padrão social capitalista (ACSELRAD, 2009, p. 121 – 122).

Diante do exposto, percebe-se que entorno da Justiça Ambiental estão presentes questões como o tratamento igualitário, a proteção do meio ambiente, a democratização das decisões políticas e econômicas, a dignidade da pessoa humana e a efetivação de direitos sociais. Mostra-se mais um caso do conflito do campo econômico com a justiça distributiva no âmbito social. Dentro desse cenário, a Justiça Ambiental busca a preservação ambiental, respeito e proteção de grupos sociais vulnerabilizados, de modo a se opor à sobreposição da vontade privada dos entes do mercado sobre a política pública e as decisões do rumo da sociedade.

2. COMPATIBILIDADE DA JUSTIÇA AMBIENTAL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como eclética quanto à ideologia adotada – liberal e socialista. Pode-se dizer que ela valoriza tanto a ordem econômica quanto a ordem social (FACHIN, 2015, p. 103), tutelando direitos e deveres necessários para o desenvolvimento de ambas as esferas. Assim, o crescimento e respeito mútuo entre elas segue a vontade Constituinte.

Porém, é difícil tal conciliação, tais ordens chocam-se frequentemente. Desse conflito resulta a sobreposição do aspecto econômico sobre o social - como objeto de análise deste artigo – há a já explicada injustiça ambiental.

Conforme exposto por Bezerra e Neto (2014), ao realizarem análises de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, dentro do campo amostral da pesquisa, verificaram não haver incidência do termo Justiça Ambiental nas motivações dos votos dos Ministros do STF. E que, numa imensa maioria das decisões, não se pautam no princípio da equidade social. Como também os autores relatam que o princípio do desenvolvimento sustentável não é favorecido de modo efetivo, pois não há a integração de seus 3 aspectos, o ambiental, econômico e o social. Princípios esses essenciais para a realização da Justiça Ambiental.

Há que observar também que a Justiça Ambiental vai de encontro com os preceitos do socioambientalismo. Kalil e Ferreira (2017) demonstram que para a garantia da dignidade da pessoa humana, é imprescindível a proteção socioambiental, pois o ser humano não é um ente separado do meio ambiente. Mas sim, inclui-se nele. Conforme o entendimento do Papa Francisco, os problemas ambientais não devem ser dissociados dos sociais, pois a sociedade também é habitante do meio ambiente, logo “as razões pelas quais um lugar se contamina exigem uma análise do funcionamento da sociedade, da sua economia, do seu comportamento, das suas maneiras de entender a realidade (apud KALIL; FERREIRA, 2017, p. 333)”.

O socioambientalismo aparece como novo paradigma usado para enfrentar as atuais crises socioambientais decorrentes do antigo paradigma, este fundado na racionalidade econômico-científico-tecnológico com a finalidade utilitarista somada ao consumismo massivo (KALIL; FERREIRA, 2017, p. 347).

Percebe-se a compatibilidade entre a Justiça ambiental e este novo paradigma de Estado de Direito ao verificar que ambas se preocupam em desenvolver conjuntamente a proteção do meio social e do meio ambiente.

o socioambientalismo [...] desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade das espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade. Além disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental (SANTILLI apud KALIL; FERREIRA, 2017, p. 332, 333).

Diante de tudo exposto, faz-se necessária o viés da Justiça Ambiental na interpretação constitucional, como meio de garantir que o lado social e ambiental não sejam sacrificados em benefício do econômico.

2.1. Proteção do meio ambiente e as injustiças ambientais decorrentes do uso de agrotóxicos

O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 225³, é classificado como direito fundamental de terceira dimensão e está relacionado com a solidariedade e a fraternidade. Tem-se, no âmbito de tal dimensão de Direito Fundamental, a proteção não apenas do indivíduo, grupos, ou de interesses do Estado, mas, sim, uma proteção voltada para o gênero humano em busca da garantia de sua existência (BONAVIDES,

3 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

2004, p. 569).

Segundo Solange Teles da Silva (2006, p. 172), esse direito fundamental apresenta dois significados. O primeiro refere-se à garantia da dignidade da pessoa humana, isto é, valoriza-se o meio ambiente em atento à dignidade humana das gerações futuras e presentes, sendo aquilo que propulsiona a constitucionalização dessa proteção ambiental. O outro significa a transformação do direito em norma constitutiva fundamental da ordem jurídica, sendo necessária para que a vida social possa caminhar para o desenvolvimento sustentável, através do desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos e da coletividade.

Importante, também, é destacar que o art. 225 da CF, visando fortalecer a preservação ambiental traz o dever geral de não degradar o meio ambiente, assim, voltada para a coletividade e para o Estado, por meio de condutas positivas e de abstenções (SILVA, 2006, p. 175).

Quanto o que vem a ser meio ambiente, segundo a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, no seu art. 3º, é considerado “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981)”. Na visão da Doutrina, o meio ambiente pode ser classificado em “natural ou físico”, abarcando a atmosfera, biosfera, águas, solo, subsolo, fauna e flora; “artificial”, o qual se refere ao meio construído; “cultural”, com o patrimônio artístico, cultural, paisagístico etc. Por fim, “o meio ambiente do trabalho”, sendo o local destinado à atividade laboral das pessoas (FACHIN, 2015, p. 632).

No cenário do uso dos agrotóxicos⁴, o meio ambiente é violado de diversas formas. Entre os anos de 1960 e 1980, surge a Revolução Verde, a qual é marcada pela criação de insumos agrícolas destinados a combater as externalidades presentes na produção de vegetais e pela mecanização da produção, assim, em 1960, há a criação do agrotóxico. O uso do agrotóxico no processo de produção torna-se o meio mais empregado, como resultado, o Brasil torna-se o maior consumidor do insumo em relação ao resto do planeta. Diante disso, a atualidade da produção agrícola brasileira está embasada na tecnologia dos insumos tóxicos (MOTTER, 2018, p.7).

Os agrotóxicos apresentam males ao meio ambiente que devem ser combatidos. Conforme as diversas pesquisas expostas no “Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde”, eles acabam chegando à natureza de diversas formas, como, por exemplo, pelo ar, quando se faz as pulverizações via aerossol. E no solo, por descarte inadequado de embalagens

4 Definição de agrotóxico dada pela Lei 7.802, de 11 de julho de 1989: “os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos” e “substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento”.

(KOMATZU; VAZ apud CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 132).

A esterilização do solo, com a morte da fauna e da flora é uma das consequências da contaminação ambiental por tais insumos. No solo, perde-se grande quantidade de micronutrientes, afetando a atividade orgânica do meio (ROMEIRO; ABRANTES apud CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 133). Destaca-se na morte da fauna, a morte de polinizadores, especificamente das abelhas - uma das atuais preocupações envolvendo o uso dos agrotóxicos. Já que elas têm papel fundamental no ecossistema, isto é, estão envolvidas na polimerização de 73% das espécies vegetais do planeta (FREITAS; IMPERATRIZ-FONSECA, *et al.* apud CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 133).

As águas também são contaminadas, segundo Lopes e Albuquerque (2018), há pesquisas que apontam a contaminação em peixes no Estado de São Paulo. Tal fato faz necessária a atenção quanto a circulação das partículas tóxicas pelo meio ambiente, isto é, dentro da cadeia alimentar, o elemento tóxico é passado para outro ser vivo.

No Brasil, dois casos de contaminação tornaram-se famosos e demonstram o perigo do uso massivo dos agrotóxicos. No Estado do Ceará, local onde, entre os anos de 2005 e 2009, a venda de agrotóxicos passou de 1.649 toneladas para 3.284, ocorreu a contaminação da água da Bacia Potiguar. Também foram encontrados, na região da Chapada do Apodi, resíduos de agrotóxicos em amostras provenientes de torneiras de casas, poços, do reservatório e do canal da região (MARINHO apud CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 69, 70, 71).

Já no Estado do Mato Grosso do Sul, no Município de Lucas do Rio Verde, o consumo de agrotóxico, no ano de 2010, foi de 5,1 milhões de litros (IBGE, 2011; INDEA-MT, 2011 apud CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 71). Tal número mostra-se expressivo, mesmo com o “acidente rural ampliado”, em 2006, decorrente da pulverização aérea nas proximidades da cidade. Com o qual trouxe um surto de intoxicação aguda em crianças e idosos (PIGNATI *et al.* apud CARNEIRO *et al.*, 2015). Após o fato, pesquisadores da UFMT e da fundação Oswaldo Cruz, ao juntarem dados desde 2006 a 2010, constataram que:

- a) exposição ambiental/ocupacional/alimentar de 136 litros de agrotóxicos por habitante durante o ano de 2010 (MOREIRA *et al.*, 2010; IBGE, 2011; INDEA-MT, 2011);
- b) as pulverizações de agrotóxicos por avião e trator eram realizadas a menos de dez metros de fontes de água potável, de córregos, de criação de animais, de residências e periferia da cidade, desrespeitando o Decreto MT n. 2.283/2009 (MATO GROSSO, 2009) [...]
- c) contaminação com resíduos de vários tipos de agrotóxico em 83% dos 12 poços de água potável das escolas, em 56% das amostras de chuva (pátio das escolas) e em 25% das amostras de ar (pátio das escolas) monitoradas por dois anos (MOREIRA *et al.*, 2010);
- d) presença de resíduos de vários tipos de agrotóxico em sedimentos de duas lagoas, semelhantes aos tipos de resíduo encontrados no sangue de sapos, sendo que a incidência de má-formação congênita nesses animais foi quatro vezes maior do que na lagoa-controle (MOREIRA *et al.*, 2010, apud CARNEIRO, 2015, p. 72).

Quanto ao meio ambiente do trabalho, a exposição ocupacional aos agrotóxicos é também

um grande problema na área rural. Estimativas anuais da Organização Internacional do Trabalho e da Organização Mundial da Saúde apontam que, em países em desenvolvimento, cerca de setenta mil trabalhadores morrem por intoxicações, agudas ou crônicas⁵, decorrentes de agrotóxicos. E mais sete milhões de pessoas ficam doentes, mas sem resultar na fatalidade (apud CARNEIRO, 2015, p. 127).

Diante de tal situação, é possível elencar diversos fatores que contribuem para que se chegue a tais números. Assim, conforme exposto por Carneiro, os produtores rurais familiares frequentemente não são amparados pela seguridade social, como também muitos não possuem a escolaridade mínima necessária para o manuseio de substâncias perigosas (2015, p. 127). Em sintonia com tal fato, a falta de informação quanto aos riscos presentes na manipulação de agrotóxicos está relacionada com a baixa escolaridade, o que minimiza a possibilidade de prevenção de danos a si e à natureza (SIQUEIRA *et al*, 2012, p. 188).

Há outras carências que corroboram para a contaminação, tais como a ausência de assistência técnica por parte do Estado, vista na falta de informação quanto à indicação correta do produto, as normas que envolvem o uso, descarte de embalagens e de equipamentos de proteção individual (SIQUEIRA *et al*, 2012, p. 189 - 190). Em 2006, o Censo Agropecuário realizado pelo IBGE, evidenciou que “39% dos produtores rurais nunca frequentaram a escola e outros 43% responderam que não haviam completado o ensino fundamental (apud CARNEIRO, 2015, p. 120)”. E que “somente 22% dos estabelecimentos agropecuários, que ocupavam 46% das terras, recebiam algum tipo de orientação técnica (apud CARNEIRO, 2015, p. 122)”.

Percebe-se a necessidade de proteção do produtor rural, do meio ambiente e das demais pessoas afetadas pelo uso massivo de agrotóxicos. Como meio de mitigação dos efeitos negativos, Castro e Canfanolieri trazem a imperiosidade de maior limitação do uso das substâncias altamente tóxicas; que o mercado deve ser mais regulamentado; fiscalização mais efetiva nas indústrias, nas lojas e nos locais de utilização; maior atenção aos que se encontram em estado de vulnerabilidade diante do uso descontrolado dos agrotóxicos, fornecendo serviços públicos como a educação e a saúde de modo mais acessível aos trabalhadores rurais (apud CARNEIRO, 2015, p. 126).

3. RELAÇÕES COMERCIAIS E AGROTÓXICOS: UM EMBATE ENTRE ECONOMIA, AGRICULTURA E JUSTIÇA AMBIENTAL

A discussão sobre justiça ambiental abarca, como já referido, o uso de agrotóxicos nas

5 Na intoxicação aguda, os efeitos surgem em um intervalo de tempo curto (cerca de 24 horas). No caso da intoxicação crônica, o grande período de tempo em contato – meses ou anos - será o fator desencadeador dos efeitos. Podendo ocasionar, por exemplo, carcinogênese, teratogênese, distúrbios hormonais e reprodutivos (DAMALAS, *et al*, apud VANZELLA, 2018, p. 7).

lavouras nacionais em razão dos malefícios causados por eles tanto no campo ambiental quanto para a saúde humana, constituindo-se, assim, em um contraponto às normas constitucionais protetoras desses bens fundamentais. Ocorre que, não se pode apenas demonizar a utilização de agrotóxicos, é necessário olhar com racionalidade para tal questão e observar que a atual conjuntura econômica conduz a utilização em larga escala desses produtos, seja em razão do controle de mercado exercido pelas empresas que os produzem ou devido a necessidade de atender a demanda do mercado por produtos agrícolas. Contudo, na mesma medida, não é admissível a romantização do uso intenso de agrotóxicos, haja vista os efeitos negativos que provocam.

Contextualizando o tema em âmbito nacional, destaca-se que o Brasil é um dos grandes produtores mundiais de grãos, abastecendo o consumo interno e externo. A fim de demonstrar numericamente tal afirmação, observe-se o gráfico abaixo sobre a exportação de produtos agrícolas:

Exportações Brasileiras do Agronegócio por Setores - 2019
Valor US\$ 30.418.759.125

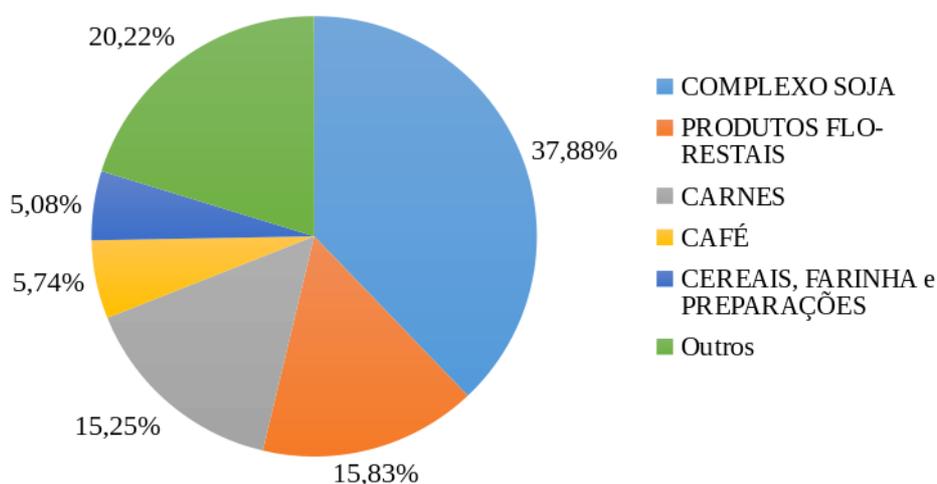


Gráfico.01. Porcentagem de exportação brasileira do agronegócio por setores referentes ao ano de 2019, compreendendo o período de janeiro a abril.

Fonte. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. AGROSTAT (Estatísticas de Comércio Exterior do Agronegócio Brasileiro)

Ressalta-se do gráfico acima que o complexo soja é responsável por quase quarenta por cento das exportações, um número deveras expressivo.

A grande produção é acompanhada pelo elevado consumo de agrotóxicos, cuja tradição consumerista foi incentivada pelo próprio Estado. Historicamente tem-se a Lei nº 4.829/1965 que instituiu o Sistema Nacional de Crédito Rural, este “vinculava a obtenção de crédito agrícola à obrigatoriedade da compra de insumos químicos pelos agricultores” (LONDRES, 2011, p. 18), desse modo, o Estado contribuiu para a disseminação do uso do agrotóxicos nas plantações em razão da facilidade de acesso dos agricultores. Outro ponto marcante, foi a implantação, em 1975,

do Programa Nacional de Defensivos Agrícolas (PNDA) que “procurou motivar a internalização de etapas produtivas finais de defensivos, com o objetivo de reduzir as importações, principalmente de produtos formulados, reduzir o preço dos produtos e, se possível, gerar excedentes exportáveis” (SILVEIRA; FUTINO, 1990, p.135). O referido processo de internalização, através de incentivos fiscais, conduziu a instalação no país de plantas produtivas de grandes empresas do ramo de agrotóxicos e conseqüentemente reduziu a quantidade de importações de produtos do gênero bem como fomentou o consumo interno (SILVEIRA; FUTINO, 1990, p.135 -140). Destaca-se que “em 2008, o Brasil ultrapassou os Estados Unidos e assumiu o posto de maior mercado mundial de agrotóxicos” (CARNEIRO *et al.*, 2015, p. 49)

Esse lamentável posto ocupado pelo Brasil decorre, além do incentivo estatal, da própria estrutura do mercado de agrotóxicos e de sua distribuição pelo globo terrestre. Por meio de uma revisão bibliográfica sobre o tema, constata-se que o referido mercado é um setor da indústria química (FRENKEL; SILVEIRA, 1996, p. 27) composto por um pequeno número de empresas em escala mundial (PELAEZ *et al.*, 2010, p.31), ou seja, é um ramo da indústria organizado em forma de oligopólio. Neste ponto, é necessário fixar uma premissa sobre o assunto: a oligopolização do mercado de agrotóxicos está calcada no controle e detenção do conhecimento.

Os maciços investimentos em pesquisa e desenvolvimento das empresas que dominam o setor resultam na produção de novos ingredientes ativos chamados de produtos técnicos, os quais contém “a molécula com propriedade tóxica” (TEODOROVICZ *et al.*, 2016, p. 876). Depois de obtido o produto técnico, a empresa que o desenvolveu registra sua patente, desse modo, durante um longo período de tempo apenas tal empresa poderá produzi-lo, é o sistema da propriedade intelectual, isto é, da detenção do conhecimento. Assim esclarece Pelaez *et al.* (2015, p. 162)

O mercado de agrotóxicos apresenta um grau de concentração elevado, no qual 13 empresas multinacionais controlam cerca de 90% das vendas mundiais. Dessas empresas, seis (Syngenta, BASF, Bayer, Dow, Monsanto e Dupont) configuram um núcleo oligopolista (com cerca de 70% das vendas em 2013), cuja principal característica é a capacidade de síntese de novas moléculas com elevados investimentos em P&D.

As mesmas empresas que produzem produtos técnicos são também empresas integradas e assim atuam “em todas as etapas de produção de agrotóxicos” (PELAEZ *et al.*, 2010. p. 31) Além destas, neste mercado existe outro tipo de empresa cuja atividade está voltada para a produção de produtos formulados feitos à base de produtos técnicos (TEODOROVICZ *et al.*, 2016, p. 876) e de produtos equivalentes, fabricados a partir da produção de produtos técnicos com patente vencida (PELAEZ *et al.*, 2010. p. 31). Em suma, por não possuírem um sistema de propriedade intelectual como o das empresas integradas, as empresas especializadas enfrentam a concorrência de suas similares bem como das que desenvolvem produtos técnicos.

Ocorre que em muitos países o uso de certos ingredientes ativos foi proibido devido ao alto nível de toxicidade, é o caso do acefato - inseticida e acaricida - e da atrazina – herbicida -, ambos proibidos na União Europeia (BOMBARDI, 2017; PELAEZ *et al.*, 2015). Destaca-se que no Brasil o acefato foi, em 2017, o quarto ingrediente ativo mais vendido, segundo dados do IBAMA⁶, mesmo sendo classificado como “altamente transportável, altamente tóxico para aves e abelhas, é pouco bioacumulável, tóxico para organismos aquáticos e pouco tóxico para organismos do solo” (RABELO, 2010, p. 45). A atrazina, também em 2017, ocupou o posto de sexto agrotóxico mais vendido do Brasil, mesmo sendo classificada como “altamente persistente, altamente tóxica para aves e abelhas e muito tóxica para organismos aquáticos” (RABELO, 2010, p. 41). A proibição destes e de outros ingredientes ativos implica na perda de mercado consumidor para a indústria de agrotóxicos, estas passam então a realocar a distribuição de seus produtos e fábricas em outros países com legislação ambiental mais flexível, como o Brasil, país em desenvolvimento, grande exportador de grãos e demais produtos agrícolas. Infere-se disto, que a proibição de agrotóxicos em certos países faz com que a parcela de poluição tóxica seja transportada para outros, ou seja, não há uma diminuição e sim uma redistribuição, motivada também por incentivos fiscais e demais fatores de produção, neste ponto, é clara a injustiça ambiental.

A legislação brasileira vigente sobre agrotóxicos está expressa, principalmente, na Lei nº 7.802/1989 e no Decreto nº 4.074/2002, este último regulamentou a referida lei. Pois bem, da leitura de ambos os diplomas legais é nítido que houve, por parte do legislador e do poder executivo, certo grau de preocupação com o meio ambiente, cite-se, como exemplo, o art. 3º, §6º, f da Lei nº 7.802/1989 e o art. 31, VIII do Decreto nº 4.074/2002 que proíbem o registro de agrotóxicos, de seus componentes e afins, cujas características causem danos ao meio ambiente. Contudo, destaca-se como um dos pontos criticáveis da legislação o fato de não estabelecer um prazo máximo para a duração do registro e nem fixar a periodicidade de reavaliação dos agrotóxicos registrados. Além de que, como a regulamentação da aplicação da Lei nº 7.802/1989 depende da edição de decreto, há um grande poder depositado nas mãos do Chefe do Executivo no exercício do poder regulamentar, uma vez que este poderá alterar, a qualquer tempo, as regras do decreto. Isso gera temor ambiental, haja vista que a política envolve diversos interesses, não só o público e tampouco o ambiental.

Em função de todo este cenário descrito, vê-se que a utilização em larga escala de agrotóxicos no Brasil não é tão somente fruto de mera liberalidade dos agricultores. Estes tem suas condutas influenciadas e, por vezes, determinadas, pela indústria de agrotóxicos e pela demanda do mercado de alimentos. Não basta apenas produzir, é preciso produzir mais e sempre em um tempo

6 A listagem contendo os 10 (dez) ingredientes ativos mais vendidos no Brasil no ano de 2017, assim como em outros anos, é encontrada no site do IBAMA (<<https://www.ibama.gov.br/agrotoxicos/relatorios-de-comercializacao-de-agrotoxicos>>)

menor, ou seja, o cultivo das lavouras deve seguir o tempo do mercado e não o da natureza, a “terra, este bem comum, atende à demanda do capital, mas não atende à demanda humana (BOMBARDI, 2017, p. 22), visto que apesar da grande produção agrícola, a fome ainda é um problema latente na atualidade. Nesse sentido:

A aplicação crescente de agroquímicos é uma das engrenagens mais importantes desse modelo que exige superproduções de custos unitários cada vez menores e volumes cada vez maiores em um prazo sempre mais curto – além do fato óbvio de que a indústria química constitui mercado bilionário (FAGUNDEZ *et al.*, 2012, p.73)

Caso os agricultores não produzam dentro dessa lógica, não irão auferir lucros suficientes para a subsistência e a manutenção da produção, de modo que a utilização de agrotóxicos, insumos, sementes geneticamente modificadas e outros é muitas vezes uma necessidade e não uma opção. Aqui, frisa-se que a quebra do ciclo da natureza inicia-se com a utilização de sementes geneticamente modificadas e patenteadas, sendo proibido aos agricultores plantar os frutos dessas sementes (as sementes geradas pela planta), pois, são destinadas a produzir uma única vez, dessa forma, na próxima safra uma nova compra de sementes deve ser feita, assim, retira-se da semente aquilo que lhe é intrínseco por natureza: o recurso regenerativo. No âmbito das sementes, é preciso destacar que a disseminação do usos de transgênicos guarda relação direta com o crescente uso do herbicida glifosato, devido à resistência dos transgênicos a ação deste ingrediente ativo, sendo que em 2017, segundo dados do IBAMA⁷, o glifosato foi o agrotóxico mais vendido do país contabilizando um total de 173.150,75 toneladas comercializadas, sobre o tema, ressalta-se o excerto:

O glifosato representa, sozinho, em torno de 40% do consumo de agrotóxicos no Brasil. Também se observa o fenômeno de resistência a esse veneno das plantas adventícias não desejadas, exigindo maior quantidade de sua aplicação e associação com outros agrotóxicos. Além disso, no processo de colheita dessa soja transgênica são utilizados, como dessecante/maturador, outros herbicidas extremamente tóxicos, como o paraquat, o diquat e o 2,4-D. (CARNEIRO *et al.*, 2015. p. 80)

O supramencionado herbicida 2,4-D foi o segundo ingrediente ativo mais vendido no Brasil em 2017. Depreende-se que o intensivo uso de agrotóxicos é feito sobre o pretexto da grande produção, da manutenção do país a frente do *ranking* dos grandes produtores e exportadores agrícolas e, principalmente, em função da competitividade comercial.

A falsa crença de que o modelo agrícola atual é o único capaz de atender a demanda econômica, resulta no desprezo para com as questões ambientais e na instrumentalização de diversas formas de vida, pois “ao se transformar em *commodity*, e mesmo em energia, o alimento tem destituído (ou deslocado em primeiro plano) o seu valor de uso enquanto forma de ação humana” (BOMBARDI, 2017, p. 27). As mencionadas questões ambientais abarcam, sobretudo, a

7 Vide nota de rodapé nº 1.

saúde humana, desde os produtores rurais que no meio ambiente do trabalho, por vezes, não seguem o procedimento adequado para a pulverização e/ou o fazem fora ou sem o receituário agrônomico e avançam para a saúde humana dos consumidores – nacionais e internacionais - dos alimentos produzidos no Brasil.

3.1. Comércio internacional e os resíduos de agrotóxicos

Em virtude do uso de agrotóxicos nas diversas fases de desenvolvimento da lavoura, inclusive para a dessecação, e considerando que “a concentração de venenos amplifica-se na cadeia alimentar” (FAGUNDEZ *et al.*, 2012, p.74), foi estabelecido na ordem internacional e nacional um parâmetro agrônomico chamado Limite Máximo de Resíduo (LMR) de agrotóxicos nos alimentos, cuja ingestão humana seja aceitável. O art. 1º do Decreto nº 4.074/2002, XXII diz que o LMR é quantidade máxima de resíduo de agrotóxicos ou afim oficialmente aceita no alimento, em decorrência da aplicação adequada numa fase específica, desde sua produção até o consumo, expressa em partes (em peso) do agrotóxico, afim ou seus resíduos por milhão de partes de alimento (em peso) (ppm ou mg/kg), da mesma forma dispõe o art. 2º, IX da Resolução (RDC) nº 4/2012 da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Esta última junto com o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) é a responsável em nível nacional de estabelecer o Limite Máximo de Resíduo.

No âmbito internacional, cada país ou bloco econômico, como a União Europeia, pode estabelecer o seu próprio LMR. Sendo que na esfera supranacional o *Codex Alimentarius* é o incumbido de fixar o Limite Máximo de Resíduo tanto para os alimentos de origem animal quanto para os de origem vegetal, trata-se de “um programa conjunto da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e da Organização Mundial da Saúde (OMS)” (ANVISA, 2016, p. 01) e visa garantir a segurança alimentar no âmbito do comércio internacional. Contudo, os LMRs do *Codex Alimentarius* possuem “caráter consultivo” (HERMIDA *et al.*, 2015, p. 153), isto é, não são obrigatórios e sim recomendáveis, servem, inclusive, de referências para os países estabelecer os seus limites de tolerância à resíduos.

Em razão da não obrigatoriedade dos LMRs do *Codex Alimentarius* para os países membros, entres eles o Brasil, não é incomum a divergência entre os valores estabelecidos pelos países importadores e exportadores, devido a maior rigidez da legislação ambiental de alguns. Tal divergência é evidente quando comparados União Europeia, na condição de importadora, e Brasil, na qualidade de exportador. A fim de demonstrar a disparidade existente menciona-se alguns LMRs previstos no Brasil, na União Europeia e no *Codex Alimentarius*⁸, inicia-se com o ingrediente ativo

8 Os dados apresentados referentes aos Limites Máximos de Resíduos (LMRs) foram retirados dos sites da ANVISA,

acefato que possui para a soja, no Brasil, LMR de 1,0 mg/kg e de 0,02 mg/kg para a cultura do milho, sendo recomendado pelo *Codex Alimentarius* o LMR de 0,3 mg/kg (soja) - não foram encontrados dados no *Codex Alimentarius* sobre o LMR do milho -, e a União Europeia estabelece o LMR de 0,2 mg/kg para a soja e 0,01 mg/kg para o milho. Ressalta-se, como já mencionado anteriormente, que o acefato é proibido na União Europeia, sendo isso uma razão relevante para a imposição de limites baixos. O LMR da 2,4-D para milho e soja na União Europeia é de 0,05 mg/kg, o *Codex* prevê 0,01 mg/kg para o milho e 0,05 mg/kg, no Brasil o valor é de 0,1 mg/kg (soja) 0,2 mg/kg (milho). Destaca-se, por último, o ingrediente ativo glifosato, no Brasil o LMR é de 10,0 mg/kg para a soja e de 1,0 mg/kg para o milho, o *Codex Alimentarius* fixa 20,0 mg/kg (soja) 5 mg/kg (milho) e a União Europeia estabelece LMR de 20 mg/kg (soja) 1 mg/kg (milho).

Vê-se nos esses dados a grande variação existente entre os LMRs, sendo que a União Europeia adota limites mais rígidos que o *Codex*. Tais diferenças acendem a discussão sobre constituição de uma barreira comercial baseada no não enquadramento nos LMRs fixados pelo país importador ou pelo *Codex*, isto é, uma barreira comercial com motivação fitossanitária, pois, “se a exigência imposta for rigorosa demais, poderá bloquear as exportações agrícolas brasileiras para esses mercados” (TELTEBOIM *et al.*, 2007, p. 105), haja vista a possibilidade de rejeição da mercadoria.

Dentro dessa temática, ganha relevo o Acordo sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias (Acordo SPS) feito no âmbito da OMC (Organização Mundial do Comércio), aplicável, segundo seu art. 1º, a todas as medidas sanitárias e fitossanitárias que possam direta ou indiretamente afetar o comércio internacional, como é o caso dos LMRs. Este Acordo também deixa claro que as medidas a serem adotadas pelos signatários para a proteção da vida e da natureza devem ter base científica e serem justificáveis de modo de que não prejudiquem, injustificadamente, as relações comerciais com outros países. Preleciona também que quaisquer alterações das medidas sanitárias ou fitossanitárias feitas pelos países membros devem ser notificadas à OMC. Partindo dessas colocações, infere-se que a posição rígida da União Europeia, apesar de poder constituir uma barreira comercial, não é infundada ante os malefícios à saúde humana causados pelo consumo de alimentos com resíduos de agrotóxicos. Ademais, a restrição europeia pode influir nas práticas e medidas sanitárias e fitossanitárias dos países exportadores, dada a necessidade comercial de venda dos produtos agrícolas.

Nesse contexto, o modelo de agricultura brasileiro depara-se com uma contradição: utiliza intensivamente agrotóxicos com a finalidade de maximizar a produção e assim atender a demanda

da União Europeia e do *Codex Alimentarius*, cujos endereços eletrônicos constam aos final deste trabalho no item das referências bibliográficas.

de mercado, em contrapartida, muitos países, para os quais são exportados os produtos agrícolas brasileiros, tornam-se cada vez mais rigorosos em relação as questões ambientais, sobretudo, no que tange aos agrotóxicos. Verifica-se isso, a premente necessidade de implementar praticas que possibilitem o desenvolvimento de uma agricultura sustentável e não prejudicial à saúde humana, pois, o próprio estabelecimento de LMRs indica a aceitação da contaminação em prol da produtividade. Agrotóxicos são, atualmente, necessários para o Brasil, mas não podem continuar sendo, logo é imperiosa a mudança do modelo agrícola.

CONCLUSÃO

Há uma intensa relação entre justiça ambiental, agrotóxicos e comércio devido a estruturação e distribuição da indústria química de agrotóxicos bem como em razão da dinâmica do mercado de commodities e demais produtos agrícolas. Haja vista que, pelo fato da indústria química gerar empregos e movimentar a economia de um modo geral, os países em desenvolvimento e os subdesenvolvidos veem nelas um grande atrativo, entretanto, o interesse não advém apenas dos países, mas, também, dos próprios fabricantes de agrotóxicos, uma vez que tais países possuem fatores de produção favoráveis aliados a uma legislação ambiental mais flexível quando comparada à dos países desenvolvidos, como, por exemplo, os que compõem a União Europeia. Assim, baseado na ideia de maximização dos lucros, o interesse econômico da indústria e de certos países abre as portas para a injustiça ambiental, pois, a população passa a conviver com os resíduos tóxicos produzidos pelos fabricantes de agrotóxicos, além de que em virtude da produção interna o acesso e uso desses produtos é facilitado aos agricultores.

Ademais, o intenso consumo de agrotóxicos, em especial no Brasil, não decorre somente da estruturação e distribuição da indústria química, o mercado de alimentos – leia-se de produtos agrícolas – contribui para que grandes e pequenos agricultores utilizem em larga escala tais insumos sem se atentarem para os malefícios ambientais decorrentes. Ao condicionar a produção agrícola ao tempo do mercado, os agricultores empregam práticas incompatíveis com a preservação ambiental e a proteção da saúde humana, cite-se: a pulverização aérea das lavouras e conseqüentemente a morte de insetos polinizadores; o uso de agrotóxicos com alto nível de toxicidade e pouco seletivos que conduzem a morte de seres vivos inofensivos as plantações bem como corroboram para o empobrecimento do solo; a aplicação de agrotóxicos sem os devidos equipamentos de proteção, seja em razão da falta de informação ou da carência de recursos, que leva a intoxicação dos agricultores e ao desenvolvimento de certas doenças. Assim, os pequenos agricultores e os trabalhadores das grandes fazendas suportam em um grau maior os males provocados pelo massivo uso de agrotóxicos.

Entretanto, a cadeia dos problemas ocasionados pelos agrotóxicos não se encerra com a colheita, ou seja, não está adstrita ao campo, visto que resíduos de agrotóxicos permanecem nos alimentos, estes são consumidos tanto pelo país produtor quanto pelos países importadores. Verifica-se assim que os agrotóxicos atingem triplamente o meio ambiente de certos países: em decorrência da instalação da indústria química de agrotóxicos, devido ao intenso do uso destes por parte dos agricultores e em função do consumo de alimentos com resíduos de agrotóxicos. Ao passo que, outros países, principalmente, os que possuem status de desenvolvidos, não sofrem esse tríplice impacto ambiental, sendo o Brasil excluído desse grupo.

Dentro de uma perspectiva nacional da temática, caminha-se para o entendimento de que a interpretação da Constituição Federal de 1988, sendo ela eclética, deve buscar conciliar a ordem social com a econômica, logo as legislações infraconstitucionais devem ter em atento os aspectos ambiental, social e econômico inseridos no problema. Restringindo o uso dos agrotóxicos quando necessário para a realização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e a justiça social. Ou seja, meio ambiente e economia não podem ser vistos como opostos em guerra, pois esta última não continuará a prosperar caso o meio ambiente se degrade por completo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é Justiça Ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ACSELRAD, Henri. *Vulnerabilidade ambiental, processos e relações*. In: II ENCONTRO NACIONAL DE PRODUTORES E USUÁRIOS DE INFORMAÇÕES SOCIAIS, ECONÔMICAS E TERRITORIAIS, Rio de Janeiro. Comunicação. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 2006. Disponível em:

<http://www.nuredam.com.br/files/divulgacao/artigos/Vulnerabilidade%20Ambientais%20Processos%20Rela%20Henri%20Acselrad.pdf>. Acesso em: 10/06/19

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos – PARA: relatório das análises de amostras monitoradas no período de 2013 a 2015*. Brasília: Anvisa, 2016. Disponível em:<

http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/0/Relat%C3%B3rio+PARA+2013-2015_VERS%C3%83O-FINAL.pdf/494cd7c5-5408-4e6a-b0e5-5098cbf759f8 >. Acesso em: 15 jun. 2019

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Codex Alimentarius*. Brasília: Anvisa, 2016. Disponível

em:<<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388701/Codex+Alimentarius/10d276cf-99d0-47c1-80a5-14de564aa6d3>>. Acesso em: 15 jun. 2019

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Regularização de Produtos - Agrotóxicos (Monografias Autorizadas)*. Disponível em:<

<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117782/A02+-+Acefato/651fe170-9e1f-409f-93a3-b31b99e426b2>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Regularização de Produtos - Agrotóxicos (Monografias Autorizadas)*. Disponível em :<<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117782/G01%2B%2BGlifosato.pdf/6a549ab8-990c-4c6b-b421-699e8f4b9ab4>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Regularização de Produtos - Agrotóxicos (Monografias Autorizadas)*. Disponível em:<<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117782/D27%2B%2B24-D.pdf/8548d5b3-f306-49df-ac49-4498bc5768d8>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BEZERRA, Ana Keuly Luz; NETO, José Machado Moita. A prática da Justiça Ambiental como mecanismo de efetividade do art. 225 da Constituição Federal. *Revista de Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 11, n. 23, p. 37-52, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1749>. Acesso em: 14/06/19

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, D.F. 4 jan. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4074.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 31 Ago. 1981.

_____. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, D.F. 11 jul. 1989. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução - RDC nº 4, de 18 de janeiro de 2012*. Diário Oficial da União. Brasília, D.F. 18 jan. 2012. Disponível em:< http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saualegis/anvisa/2012/res0004_18_01_2012.html >. Acesso em: 02 de jun. 2019

_____. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Estatísticas de Comércio Exterior do*

- Agronegócio Brasileiro (AGROSTAT)*. Disponível em:<<http://indicadores.agricultura.gov.br/index.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do uso de agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: FFLCH/USP, 2017. Disponível em:<<http://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/agrotoxicos/05-larissa-bombardi-atlas-agrotoxico-2017.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
- CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos. *Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde* - Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- CODEX ALIMENTARIUS / INTERNATIONAL FOOD STANDARDS. Pesticides Database Search. Disponível em:<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/dbs/pestres/pesticide-detail/en/?p_id=20>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- _____. *Pesticides Database Search*. Disponível em :< http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/dbs/pestres/pesticide-detail/en/?p_id=158>. Acesso em: 23 jun. 2019
- _____. *Pesticides Database Search*. Disponível em: <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/dbs/pestres/pesticide-detail/en/?p_id=95>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- EUROPA (União Europeia). *Commission Regulation (EU) n° 899/2012 of 21 September 2012*. Official Journal of the European Union, Europa., 6 out. 2012. Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R0899>>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- _____. *Commission Regulation (EU) n° 1317/2013 of 16 December 2013*. Official Journal of the European Union, Europa., 16 dec. 2013. Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1395678966480&uri=CELEX:32013R1317>>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- _____. *Commission Regulation (EU) n° 293/2013 of 20 March 2013*. Official Journal of the European Union, Europa., 20 mar. 2013. Disponível em :< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R0293>>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FARINA, Elizabeth M. M. Q. Competitividade e coordenação de sistemas agroindustriais: um ensaio conceitual. *Revista de Gestão e Produção*, v.6, n. 3, p. 147-161, dez. 1999. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-530X1999000300002&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- FRENKEL, Jacob (coord); SILVEIRA, José Maria da. Tarifas, preços e a estrutura industrial dos insumos agrícolas: o caso dos defensivos. *Textos para Dissertação do IPEA*, n. 412. Brasília, 1996. Disponível em:<<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1755>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- HERCULANO, Selene. *Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua*

construção no Brasil. I Encontro da ANPPAS, Indaiatuba, São Paulo. 2002. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf . Acesso em: 05/06/2019

HERCULANO, Selene. *Resenhando o debate sobre Justiça Ambiental: produção teórica, breve acervo de casos e criação da Rede Brasileira de Justiça Ambiental*. Desenvolvimento e Meio Ambiente, v. 5, 2002. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/viewFile/22124/14488>. Acesso em: 23/06/2019

HERMIDA, Camila; PELAEZ, Victor; DA SILVA, Letícia. Limites de resíduos de agrotóxicos e barreiras técnicas comerciais. *Revista Agroalimentaria*, v. 21, n. 41, p. 151-170, jul. – dez., 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1992/199243361010.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

IBAMA. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Os 10 ingredientes ativos mais vendidos(2017)* Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/agrotoxicos/relatorios-de-comercializacao-de-agrotoxicos>. Acesso em: 20 jun. 2019.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa; FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão socioambiental do Estado de Direito. *Revista Veredas do Direito*. Belo Horizonte. v.14, n.28, p.329-359 jan/abr. de 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1010/549>. Acesso em: 10 jul. 2019

LONDRES, Flávia. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2011. Disponível em: <http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/09/Agrotoxicos-no-Brasil-mobile.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

LOPES, Carla Vanessa Alves; ALBURQUERQUE, Guilherme Souza Cavalcanti de. Agrotóxicos e seus impactos na saúde humana e ambiental: uma revisão sistemática. *Revista saúde debate*. Rio de Janeiro, v. 42, n. 117, p. 518 – 534, abr-jun, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42n117/0103-1104-sdeb-42-117-0518.pdf>. Acesso em: 26 jun. 19

MOTTER, Ariella Kely Besing. *Agricultura Familiar e Planejamento Urbano Regional: Diálogos e Reflexões*. In: 56ª Semana Jurídica da UEL. 2018, Londrina. Anais da 56ª Semana Jurídica da UEL – Direito à Cidade. Londrina. 2018, p. 5-23. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/Comunicacoes%202018/GT%202%20-%20Direito%20a%20Cidade.pdf>. Acesso em: 15 jun. 19

PELAEZ, Victor; TERRA, Fábio Henrique Bittes; DA SILVA, Letícia Rodrigues. A regulamentação dos agrotóxicos no Brasil: entre o poder de mercado e a defesa da saúde e do meio ambiente. *Revista de Economia*, v. 36, n. 1, p. 27-48, jan.- abr., 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/economia/article/view/20523>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PELAEZ, Victor; SILVA, Letícia Rodrigues da; GUIMARÃES, Tiago André; DAL RI, Fabiano; TEODOROVICZ, Thomaz. A (des)coordenação de políticas para a indústria de agrotóxicos no Brasil. *Revista Brasileira de Inovação*, v. 14, n. 1, p. 153-178, jul. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/1545-2950201501001>. Acesso em: 13 jun. 2019.

- REBELO, Rafaela Maciel et al. *Produtos agrotóxicos e afins comercializados em 2009 no Brasil: uma abordagem ambiental*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Brasil: Brasília, 2010. Disponível em:< <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/livros/produtosagrotoxicoseafinscomercializadosem2009nobraasildigital.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019
- SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: avanços e desafios. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Rio Grande do Sul, n. 6, p. 169-188, setembro. 2006. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/viewFile/51610/31918>. Acesso em: 20 jun. 19
- SILVEIRA, José Maria F.J. da; FUTINO, Ana Maria. O plano nacional de defensivos agrícolas e a criação da indústria brasileira de defensivos. *Boletim Técnico do Instituto de Economia Agrícola*, v. 37, n. 3, p. 129-146, 1990. Disponível em:< <http://www.iea.sp.gov.br/ftp/iea/rea/1990/asp15-90.pdf> >. Acesso em: 01 jun. 2019.
- TELTEBOIM, Maria Chantal et al. Limites máximos de resíduos e suas implicações no comércio internacional de frutas. *Revista de Política Agrícola*, v. 16, n. 1, p. 102-112, 2007. Disponível em:< <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/450>>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- VANZELLA, Melissa. *Exposição ocupacional a agrotóxicos no Brasil e o projeto de Lei 6299*. Porto Alegre, 2018. Monografia (especialização em Engenharia de Segurança do Trabalho) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/7772/Melissa%20Vanzella_.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 jun. 19