

Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 34, n. 2
ISSN (eletrônico) N° 2447-8709

Editor-chefe: Prof. Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Periodicidade: O volume anual é composto de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Érick de Freitas Mendes, Jéssica Yume Nagasaki e Marcela Andrade Duarte.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;

Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. José Ignacio Martínez Estay - Universidad de los Andes;

Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;

Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);

Prof. Dr. Nicola Picardi - Università degli Studi di Roma "La Sapienza";

Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;

Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Profª. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);

Prof. Ms. Diego Germán Mejía - Lemos – National University of Singapore, Faculty of Law, Singapore;

Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;

Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;

Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;

Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;

Prof. Dr. Jessé José Freire de Souza – UFJF;

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;

Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;

Profª. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;
Profª. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;
Profª. Dra. Samyra Haydê e Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.
Profª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coordenadora da Coimbra Business School -
ISCAC;
Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta, Portugal.

Pareceristas atuantes:

Anderson Vichinkeski Teixeira – UNISINOS
Angela Araújo da Silveira Espindola – UFSM
Antônio Sá da Silva – UFBA
Arthur Roberto Capella Giannattasio – MACKENZIE
Aurélio Agostinho da Bôaviagem - FADIC
Bruno Fraga Pistinzi – PUC/MG
Carina de Castro Quirino – UERJ
Carlos Alberto Simões de Tomaz – UVV
Cícero Krupp da Luz - FDSM
Clovis Eduardo Malinverne da Silveira – UCS
Daniella Maria dos Santos Dias – UNIFESSPA
Danielle Anne Pamplona – PUC/PR
Dirceu Pereira Siqueira – Unifafibe
Elias Jacob de Menezes Neto – UNISINOS
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez – UNIMEP
Gianne Reis – UERJ
Henrique Morgado Casseb – UNIRP
Henrique Weil Afonso – FADIC
Jair Aparecido Cardoso - USP
João da Cruz Gonçalves Neto - UFG
João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira – UNICAP
José Alberto Antunes de Miranda - UNILASALLE
Jose Carlos Buzanello - UNIRIO
Leonel Pires Ohlweiler - UNILASSALE
Malu Mendes- UNISEPE
Oswaldo Ferreira de Carvalho - UFMG
Rafael Alem Mello Ferreira – FDSM
Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM
Rafael Zelesco Barretto - MACKENZIE
Roberta Kelly Silva Souza – Universidad de Piza

Rosilene Paiva Marinho de Sousa - MACKENZIE

Samantha Ribeiro Meyer - UNINOVE

Sérgio Tibiriçá Amaral - ITE

Thais Novaes Cavalcanti – UNIFIEO

Theresa Rachel Couto Correia - UFC

Bibliotecária responsável: Zélia Nilva de Souza Chagas.

Missão: A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

Política de responsabilidade: O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons 3.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt>), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

Indexação: Assembleia de Minas; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org; DOAJ; Diadorim; Blook.

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para revista@fdsm.edu.br. Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos:

Disponíveis em: <http://www.fds.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php>

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 34, n. 2 (jul./dez. 2018).

Semestral 2008

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

EDITORIAL

O AMOR NOS TEMPOS DO CÓLERA: PESQUISA JURÍDICA COMO PORTO SEGURO?

O conhecido ganhador dos prêmios Internacional Neustadt de Literatura (1972) e Nobel de Literatura (1982), Gabriel José Garcia Márquez, tem, entre seus escritos, várias obras de diferentes contextos, sendo as mais conhecidas *Cem anos de solidão* e *O amor nos tempos do cólera*; esta última sagrada com a história de um amor tardio entre Florentino e Fermina.

Para os que não se recordam, a história é sobre o início de um amor juvenil, incentivado pela troca de cartas entre os protagonistas; no entanto, o pai de Fermina, preocupado com o futuro da moça, faz de tudo para que ela esqueça esse amor e aceite desposar o melhor partido da cidade, o médico Juvenal. Mais de meio século se passa. Com a morte de Juvenal, Fermina volta a ser cortejada por Florentino e, nesta reaproximação, descobrem o amor na terceira idade, com tudo que essa situação pode desencadear.

Permitindo-nos uma analogia com a obra, suponhamos que Florentino seja uma representação dos Direitos Humanos, da maneira como os concebemos na atualidade, considerando marcos de consolidação o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU); e que Firmina materializa a sociedade, entendida de forma ampliada, comportando cidadãos, instituições, formas de governo, relações de Estado, entre outros. Assim como os protagonistas do livro, os Direitos Humanos iniciam seu flerte com a sociedade numa linda história de amor. Muitas cartas são trocadas, promessas de um futuro tranquilo e inebriante são feitas. A exaltação do que compõe o discurso dessa aproximação é perceptível nos mais distintos espaços, até que...

Até que a sociedade vê, mais demoradamente, mas não sem interferências, o rosto dos Direitos Humanos; embora uma atraente ideia, mostra-se deformado aos (novos?) olhos dela. Feio. Mas também pudera... são as marcas das consolidações seculares das mais belas propostas de liberdade, igualdade e fraternidade, instituídas por meio de muitos embates, e, como diria Bobbio: “não todos de uma vez, nem de uma vez por todas”¹.

A sociedade, enquanto Firmina de nossa analogia, entende que não quer e nem pode viver só de ideias ou boas intenções; precisa de um futuro seguro e atraente, mesmo que não se sinta tão seduzida por ele como se sente pelos

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1993. p. 5.

Direitos Humanos. E, com esse pensamento, dos Direitos Humanos se afasta, só para ter com a segurança econômica e desenvolvimentista, nosso médico Juvenal.

Em um determinado momento, assim como Fermina fica viúva, também a sociedade fica apartada de uma segurança econômica e de um desenvolvimento profícuo. Talvez não possamos dizer que se tornou viúva, pois estes fatores – economia e desenvolvimento – continuam fortes, quiçá mais do que nunca. No entanto, a promessa de um futuro seguro e atraente se perdeu diante das práticas estabelecidas nesses anos todos.

É chegada a hora de uma reaproximação. Da rendição ao amor tardio ou do resgate de um amor latente. Florentino e Fermina se reencontram. Sociedade e Direitos Humanos também. Ainda que não seja própria e exclusiva do direito, é possível afirmar que a ciência jurídica é responsável por boa parte dessa convergência, o que fica bastante latente num programa cuja área de concentração é Constitucionalismo e Democracia, com as linhas de pesquisa, e também editorial, Efetividade dos Direitos Fundamentais sociais e Relações Sociais e Democracia.

IV Para além da propagação científica, inerente a esse periódico ao longo de dez anos, há, ainda, um compromisso social, facilitando essa nova fase de conexão com os Direitos Humanos, que vai desde uma revisão da própria sociedade – naquele mesmo sentido amplo que estabelecemos –, as relações que constrói com teorias e práticas, até a discussão dos direitos sociais, políticos e civis. Nesse sentido, a presente publicação conta com artigos que estão na perspectiva apontada, sem nenhum propósito preestabelecido, como um número temático, especial ou dossiê.

Ainda que os tempos sejam sombrios e incertos, como os tempos do cólera, é possível encontrar um porto seguro quando a pesquisa continua comprometida com ricas aproximações e questionamentos pertinentes.

Prof^a. Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
FDSM e FE/Unicamp

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial	III
-----------------	-----

Artigos / Articles

A cultura da cidadania como mecanismo transformador da cultura do litígio	1
--	----------

The citizens' culture as a mechanism transforming the culture of the litigation

■ Melissa Zani Gimenez ■ Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo

A influência da estática de Kelsen no direito contemporâneo	25
--	-----------

The influence of kelsen's static in current law

■ Lisiane Cristina Jeckel ■ Leonel Severo Rocha

A teoria do desmembramento constitucional de Richard Albert: reflexões sobre sua aplicabilidade ao Brasil.....	49
---	-----------

Richard Albert's theory of constitutional dismemberment: thoughts about its applicability to Brazil

■ Marcus Vinicius de Barros Magalhães Ribeiro

A vulnerabilidade no Direito Administrativo: perspectivas da dimensão social no exercício do Poder de Polícia.....	89
---	-----------

Vulnerability in Administrative Law: perspectives of the social dimension in the exercise of Police Power

■ Leonel Pires Ohlweiler

Assistência jurídica gratuita: notas comparativas entre a França e o Brasil	113
---	------------

Legal aid: comparative notes between France and Brazil

■ Marcia Carla Pereira Ribeiro ■ José Alberto Oliveira de Paula Machado

Conflito aparente de normas constitucionais e o fortalecimento da segurança jurídica: a institucionalização dos precedentes no CPC 2015.....	139
---	------------

Apparent conflict of constitutional rules and strengthening legal security: the institutionalization of precedents in CPC 2015

■ Danilo Henrique Nunes ■ Lucas de Souza Lehfeld

Contornos democráticos à liberdade de expressão	163
--	------------

Democratic outlines of free speech

■ Robson Vitor Freitas Reis ■ Juliana Guedes Martins

Desafios do estado de direito diante do terrorismo.....	195
--	------------

Challenges of the state of law in terrorism

■ Juliana Giovanetti Pereira da Silva ■ Pedro Ernesto Neubarth Jung

Desafios do poder judiciário no controle das políticas públicas 225

Challenges of the judiciary in the control of public policies

■ Gilberto Andreassa Junior

Direitos fundamentais e cessão de útero sob o paradigma da situação jurídica 241

Fundamental rights and uterus assignment under the legal situation paradigm

■ Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos ■ Caroline Melchiades Salvadego
Guimarães de Souza Lima ■ Roberto Wagner Marquesi

**Disciplina jurídica do exercício dos direitos políticos das pessoas
com deficiência 259**

Legal discipline on the exercise of political rights of persons with disabilities

■ Sérgio Tibiriçá Amaral ■ Aléxia Domene Eugenio

Internet, liberdade de informação e o caso das echo chambers ideológicas ... 289

Internet, freedom of information and the case of ideological echo chambers

■ Thami Covatti Piaia ■ Letícia Mousquer Ritter ■ Rafael Martins Sangoi

VI

**O atual problema da legitimidade do estado: entraves contemporâneos
à soberania do povo 311**

*The current challenge of the legitimacy of the state: contemporary difficulties
about people's sovereignty*

■ Pedro Henrique Demercian ■ Tiago Caruso Torres

**O caso das dinamarquesas: luzes sobre o refúgio para mulheres em situação
de violência doméstica e familiar no Brasil 335**

*The danish case: lights on the refuge for women in the situation of domestic
and family violence in Brazil*

■ Luanna Tomaz de Souza ■ Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith

**O princípio da (in)eficiência no controle dos reiterados programas de
refinanciamentos de débitos tributários federais (“refis”)..... 357**

*The principle of (in)efficiency in the control of reiterated refinancing programs
of federal tax debits (refis)*

■ Carlos Victor Muzzi Filho ■ Antonieta Caetano Gonçalves

■ Aparecida Dutra de Barros Quadros

O tratamento jurídico dos migrantes à luz do direito internacional e brasileiro	375
<i>The legal treatment of migrants in the light of international and brazilian law</i>	
■ Fernanda Monteiro Cavalcanti ■ Marcelo Maurício Silva	
Pluralismo jurídico: possível (novo) modelo paradigmático para o direito?	411
<i>Legal pluralism: possible (new) paradigmatic model for the law?</i>	
■ Daniel Diniz Gonçalves ■ Juvêncio Borges Silva	
Proteção de direitos humanos de vítimas de crimes em âmbito policial.....	433
<i>Protection of human rights of crime victims in the police station</i>	
■ Alan Robson Alexandrino Ramos ■ Francilene dos Santos Rodrigues	
As funções contemporâneas do mandado de injunção: análise empírica sobre o perfil das ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal	451
<i>Writ of injunction's contemporary functions: empirical analysis on the profile of the judicial actions filed in Federal Supreme Court</i>	
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio ■ Alexandre Araújo Costa	
Racionalidade moral e a virada linguístico-literária (<i>literary linguistic turn</i>): repensando o caminho para a cooriginariedade entre direito e moral nas democracias contemporâneas.....	489
<i>Moral rationality and literary linguistic turn: rethinking the way to the co-originality between law and morality in contemporary democracies</i>	
■ Carlos Alberto Simões de Tomaz	

A CULTURA DA CIDADANIA COMO MECANISMO TRANSFORMADOR DA CULTURA DO LITÍGIO

THE CITIZENS' CULTURE AS A MECHANISM TRANSFORMING THE CULTURE OF THE LITIGATION

*Melissa Zani Gimenez**

*Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo***

RESUMO

O presente artigo desenvolve a perspectiva de uma educação jurídico-pedagógica voltada para a formação dos pequenos cidadãos, tendo em vista a possibilidade da utilização do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA como instrumento jurídico de consciência política e emancipação social, necessário ao desenvolvimento da população infanto-juvenil. Tal conjectura fundamenta-se na Lei n. 11.525/2007, que alterou o artigo 32, § 5º, da Lei de Diretrizes de Bases da Educação, destacando a necessidade do ensino-aprendizagem do estatuto infanto-juvenil nas escolas de ensino fundamental, como instrumento de aprimoramento da educação cidadã. Consequentemente, por meio da conscientização dos direitos e deveres das crianças e dos adolescentes haverá a reversão da extrema judicialização, que demonstra insuficiente mecanismo de solução das demandas sociais. Apresenta-se a contextualização do tema exposto, o fomento de mudanças exitosas na prática educativa, evidenciando a necessidade de os aprendizes construir sua consciência moral nos bancos

* Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Mestra em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, por intermédio da bolsa CAPES/PROSUP – modalidade I. Advogada. Professora. Dedica-se à pesquisa acadêmica relativa ao tema da Criança e Adolescente no Grupo de Pesquisa GEP – Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas – Professores Lafayette Pozzoli e Clarissa Chagas Sanches Monassa. E-mail: melgimenez@hotmail.com.

** Mestra em Educação pela FFC-UNESP – Campus de Marília. Doutora em Sociologia pela FFLCH-USP. Pós-doutora em Educação pela Universidade do Minho, Braga – Portugal. Pós-doutora em Educação pela Universidade de Valência – Espanha. E-mail: tamb@marilia.unesp.br.

escolares, como exercício de direitos e deveres políticos, civis e sociais. Neste contexto, a fraternidade surge como alavanca propulsora de efetivação de direitos ao público em formação. Tendo em vista os objetivos e a coleta de dados realizada por meio da pesquisa bibliográfica, a metodologia que melhor se correlaciona a esta pesquisa é a qualitativa de caráter teórico, com consultas bibliográficas e a de coleta de dados, procedimentos próprios da abordagem qualitativa de pesquisa.

Palavras-chave: Educação; Estatuto da Criança e do Adolescente; Ensino fundamental; Práticas educativas; Desjudicialização.

ABSTRACT

This article develops the perspective of a pedagogical legal education aimed at training the small citizens, considering the possibility of using the Statute of the Child and Adolescent – ECA as a legal instrument of political awareness and social emancipation, necessary for the development of the child and adolescent population. This conjecture is based on Law no. 11.525/2007, which amended article 32, § 5 of the Basic Education Guidelines Law, highlighting the need for teaching and learning of the child and youth status in elementary schools as an instrument Improvement of citizen education. Consequently, through the awareness of the rights and duties of children and adolescents, there will be a reversal of the extreme judicialization, which demonstrates insufficient mechanism for solving social demands. The contextualisation of the above topic, the promotion of successful changes in the educational practice, evidences the necessity of the learners to build their moral conscience in the school banks, as an exercise of political, civil and social rights and duties. In this context, the fraternity emerges as a driving force for the realization of rights to the public in formation. In view of the objectives and data collection carried out through bibliographic research, the methodology that best correlates with this research is the qualitative one of theoretical character, with bibliographical consultations and the one of data collection, own procedures of the qualitative approach of research.

Keywords: Education; Child and Adolescent Statute; Elementary school; Educational practices; Related searches.

INTRODUÇÃO

O direito à educação jurídico-pedagógica nos bancos escolares é uma nova cultura do saber para repensar a educação, transfigurar a escola, recriar a identidade dos profissionais do ensino fundamental e reverter a extrema cultura do litígio como instrumento para atender as demandas sociais.

A Lei n. 11.525, de 25 de setembro de 2007¹, entrou em vigor e alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), determinando a inclusão obrigatória, no currículo do ensino fundamental, de conteúdos que tratem dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente como diretriz. A ideia foi criar uma nova disciplina, dialogando a questão nas disciplinas já existentes, tornando o Estatuto presente e praticado no dia a dia escolar.

Sendo a criança e o adolescente seres ativos na realidade que os cerca, a educação que constroem na escola deve ser rica de propósitos, atitudes, regras e valores éticos, para que possam desenvolver suas personalidades e serem integrantes ativos e transformadores sociais. A educação, além de ser um direito de todos, não pode ser limitada apenas aos cálculos, à leitura e à escrita, deve servir como importante meio de aquisição de valores morais e, por vezes, de seu exercício, para que ocorra a necessária adaptação à vida social².

Assim, faz-se necessário o desenvolvimento de um novo modelo de orientação ético-social aos docentes a ser implantado nas escolas de ensino fundamental, levando em conta as especificidades dessa população, das características e da formação do ser social apto a integrar-se no coletivo.

A metodologia a ser utilizada é a dialética, onde promove a construção de novos olhares ao grupo discente, e não um depósito de informações, pretendendo colocar o aluno no centro, como principal mediador da estruturação. Nesse contexto, o conhecimento é construído pelo sujeito na sua relação com os outros e com a sociedade, utilizando o diploma estatutário como diretriz.

Ter uma lei que promova a educação do Estatuto da Criança e do Adolescente nas instituições escolares refere-se à efetivação de um direito humano fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil; a escola não pode deixar de ser vista em sua essência, como um lugar em que as crianças passam mais da metade de seu dia, consistindo, pois, em ambiente propício e adequado para a implantação do presente ordenamento jurídico.

Embora essa norma legal tenha por objetivo cumprir com os princípios aplicáveis à criança e ao adolescente, como a proteção integral, por vezes, não está cumprindo seu papel social e, por isso, recebe diversas críticas, em específico do corpo docente, que entende que a criança e o jovem necessitam ser conhecedores de seus deveres e não apenas de seus privilégios, demonstrando, assim,

¹ BRASIL. Congresso Nacional. A Lei 11.525 de 25 de setembro de 2007 acrescenta § 5º ao artigo 32 da Lei n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111525.htm>. Acesso em: 1º mar. 2018.

² PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Tradução de Ivete Braga. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973, p. 40.

o desconhecimento da Lei n. 8.069/90, que faz referência ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A lei que promove o Estatuto da Criança e do Adolescente na escola é uma conquista, pois é uma maneira efetiva de fazer com que as crianças e os adolescentes se apropriem do conhecimento sobre seus direitos e deveres, além de despertar para a valorização do Estatuto junto à comunidade escolar – incluindo família e educadores.

Neste sentido, um dos aspectos relegados a um segundo plano nas políticas públicas do ensino fundamental é a dificuldade de inserção da pessoa em desenvolvimento na estrutura social, o que tem produzido um cenário de inviabilidade de formação cidadã e impossibilidade de construção de um projeto ético-social. As ações de orientações éticas, nesse contexto, têm sido apenas pontuais e de alcance restrito. A escola parece-nos um espaço ideal para ações que visem levar a criança e o adolescente a refletir sobre as questões éticas, morais, construindo junto aos educandos sua identidade cidadã.

A criança e o adolescente, pertencentes à coletividade, necessitam ser orientados como seres humanos na esfera social. Ressalta-se o importante papel da escola para a construção de uma educação cidadã junto ao aprendiz, para que possam desenvolver-se como pessoa humana e desempenhar seu papel na esfera social.

Nesta esteira, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB traz, em seu artigo 3º, a presunção de que todos conhecem a lei e, desta forma, não podem justificar seu desconhecimento em face da prática de condutas ilegais.

Diante deste cenário, uma incoerência prepondera, tendo em vista que muitos praticam atos contrários às normas legais, sem terem ciência e consciência da ilegalidade de suas condutas, gerando demandas judiciais desnecessárias.

A criança e o adolescente, ao construírem sua consciência cidadã na sala de aula, como um processo social de conquista do legítimo direito, tornar-se-ão pessoas informadas e protagonistas da efetivação da justiça, do respeito e da inclusão. Isso porque o conhecimento, aliado ao respeito mútuo, evita o conflito, indica uma melhor forma de convivência e desperta seres humanos fraternos e responsáveis.

Consequentemente, por meio da educação dos direitos e dos deveres às pessoas em formação, poder-se-á reverter a extrema judicialização que, atualmente, demonstra-se mecanismo insuficiente para a solução das demandas coletivas.

A escola exerce um papel de grande valia nesse cenário de implementação de ordenamentos legais, e a abordagem do ECA na educação é um meio determinante para torná-lo mais conhecido e compreendido pela sociedade. Entre-

tanto, serão necessários esforços de todas as esferas governamentais para a implementação de políticas públicas voltadas à efetivação do direito público presente na Lei n. 11.525/2007, fato que, infelizmente, não tem acontecido até o presente momento, mesmo com mais 10 (dez) anos de vigor desta legislação.

É necessário, portanto, transpor a Lei n. 11.525/2007 para a realidade escolar da criança e do adolescente, ofertando uma nova postura aos docentes do ensino fundamental, demonstrando às famílias e à sociedade que a publicação do e mentário legal representa um ganho para todos os cidadãos, de tal modo que a criança tem o direito de usufruir desses direitos.

Além da capacitação de professores, há que se atentar para a distribuição de material didático adequado, para ser trabalhado de forma multidisciplinar, passando por todas as disciplinas do currículo fundamental, incluindo até mesmo palestras educativas aos pais, para que o conteúdo da lei seja efetivamente trabalhado.

Visando, pois, à proteção integral da pessoa em formação, seres humanos vulneráveis a políticas públicas, para melhor desenvolvimento de sua personalidade, busca-se, por meio da educação jurídico-pedagógica, a conscientização de que não basta existirem leis destinadas ao público infante-juvenil, como o ECA; o importante é o seu pleno conhecimento e sua prática, a demonstração de que a educação estatutária nas escolas urge criar massa crítica para novas políticas sociais, integradas e integradoras, objetivando a construção de sujeitos autônomos, capazes de conceber sua história e de encantar-se na sociedade justa.

A EDUCAÇÃO JURÍDICO-PEDAGÓGICA PARA A FORMAÇÃO DO SER CIDADÃO

Insta ressaltar que está expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 1º, inciso II³, a cidadania como um dos fundamentos do Estado brasileiro que se constitui em um Estado Democrático de Direito. Portanto, o governo tem o dever de estabelecer mecanismos de conscientização dos direitos e deveres inerentes à criança e ao adolescente, para serem cidadãos em sua integralidade. Um dos mais eficazes e fundamentais instrumentos para a construção dessa formação cidadã é exatamente a educação.

A cidadania e a educação são duas palavras que, durante décadas, têm sido conjugadas juntas. Durante o século XX, com a necessidade de formar cidadãos para defender o Estado-Nação e os trabalhadores para suprimirem as exigências

³ “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: II – a cidadania.”

na economia, a lógica era de uma educação de massa ao nível do ensino fundamental e básico, porém restrita a uma elite de intelectuais, capazes de ocupar as profissões de engenheiros e de gestores nas repartições públicas⁴.

A educação é a entrada para toda e qualquer pessoa integrar-se no mercado de trabalho; é o primeiro acesso ao mundo exterior; é, nesse contexto, principalmente que os jovens possuem as suas primeiras experiências interpessoais; é, nessa simbiose, que se constrói a identidade de crianças e de adolescentes.

Nesse cenário, ao fazer a leitura da obra de Jean-Jacques Rousseau, Neves pode concluir que

Desde o Iluminismo, com Jean Jaques Rousseau, uma de suas figuras mais emblemáticas, tornou-se predominante o discurso de que a educação era um privilégio para formar os cidadãos dentro da perspectiva democrática e para que os cidadãos modernos pudessem não apenas obter as luzes do conhecimento, como também “aprender a ser cidadãos”, conceito visto como protótipo de um novo homem! Nessa perspectiva, a educação era, ao mesmo tempo, uma condição necessária e uma consequência da extensão da cidadania política ao conjunto do corpo social⁵.

Contudo, nos dias atuais, a educação como formadora de cidadãos vem expressa na Carta Maior como um direito a todas as pessoas, independentemente de raça, cor e classe social. Em especial, é obrigatória a educação básica⁶. Ao Estado, cabe a tarefa de assegurar, inclusive, sua oferta gratuita e a efetivação dos ensinamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente no ensino fundamental, visando à educação ético-moral da pessoa em desenvolvimento. Por vezes prevista em normas constitucionais e infraconstitucionais, a educação para a formação cidadã da criança e do adolescente, como direito humano fundamental, em pleno século XXI, não transpassou os limites formais; ainda que presente na lei, ainda é considerada uma realidade utópica.

A ideia de cidadania, ligada a um projeto universal de instrução e de educação, surgiu com o Iluminismo e, por vezes, na Revolução Francesa. A proposta perseguida na III República Francesa, no final do século XIX, era a de Cidadania e de Instrução estreitamente conjugadas como fundamentos da República. O grande objetivo era a implantação de escolas para as crianças e, em decorrência

⁴ NEVES, Paulo S. C. Apresentação. In: _____. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009, p. 7-15.

⁵ NEVES, Paulo S. C. Apresentação. In: _____. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009, p. 7-15.

⁶ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.” Redação dada pela Emenda Constitucional n. 59, de 2009.

dessa necessidade, o ministro francês da instrução pública, Jules Ferry, decretou a obrigatoriedade da escola pública e laica, entre os anos de 1881 e 1886⁷.

Essa ideia de educação para a cidadania transpassou os limites franceses, influenciando outros países, em especial os países da América Latina, que firmaram a ideia da educação obrigatória e pública para a formação cidadã. No Uruguai, em 1877, José Pedro Varela institucionalizou a escola pública, mas o ensino religioso foi vetado. Na Argentina, por volta de 1884, no governo de Domingo Faustino Sarmiento, principal responsável pela educação do país, foi promulgada uma lei que tornou a educação obrigatória, universal, gratuita e laica. E, no Brasil, em 1932, por intermédio de Anísio Teixeira, Fernando de Azevedo e demais Pioneiros da Educação Nova, firmou-se o ensino como de responsabilidade do Estado Educador⁸.

Ao interpretar os ensinamentos de Rousseau, em especial na obra *Du contrat social*, Bernard Charlot identifica a educação como exigência do contrato social, denominação própria do filósofo francês, que procura um Estado social legítimo, próximo da necessidade geral. O contrato social implícito pode ser resumido na seguinte fórmula: “Cada um de nós coloca a sua pessoa e toda a sua potência sob a suprema direção da vontade geral”. Fundamentado nessa ideia, o cidadão é aquele que se submete à tendência geral, analisada como a vontade de todos. A chave da cidadania não se encontra na soma de interesses particulares, mas no interesse geral. Nessa senda, é indiscutível a sobrevivência humana em sociedade, sem o conhecimento dos direitos e deveres que fazem parte da vontade geral⁹.

Constata-se que a educação para a cidadania, não só em épocas remotas, mas em todo o mundo contemporâneo, é mais que um direito, traduz-se em uma necessidade vital, para que a criança e o jovem possam viver em sociedade. Por ser o Estatuto da Criança e do Adolescente um ordenamento legal de tamanha valia para o povo brasileiro, em especial, para a formação do ser cidadão, não pode ser um arcabouço legislativo pouco conhecido pela classe infanto-juvenil, pelas famílias, enfim, pela sociedade. Preparar a criança e o adolescente para serem cidadãos é o caminho a seguir.

Nesse cenário, sobreleva-se a educação como direito humano fundamental que assegura a todos o direito ao ensino e impõe ao Estado a obrigação de

⁷ CHARLOT, Bernard. Educação para a cidadania na época da globalização: moralização do povo ou aspiração de novos valores? In: NEVES, Paulo S. C. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009, p. 22-23.

⁸ CHARLOT, Bernard. Educação para a cidadania na época da globalização: moralização do povo ou aspiração de novos valores? In: NEVES, Paulo S. C. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009, p. 22-23.

⁹ CHARLOT, Bernard. Educação para a cidadania na época da globalização: moralização do povo ou aspiração de novos valores? In: NEVES, Paulo S. C. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009, p. 22-23.

fomentá-la, sustentada em direitos, garantias e princípios consagrados no ordenamento estatutário e, principalmente, de forma constitucional.

A escola é uma agência prestadora de serviços para a população e, por isso, precisa levar em conta os interesses dos cidadãos a quem ela deve assistir e para os quais foi criada. Sob essa ótica, a instituição escolar tem o dever de formar a consciência cidadã dos pequenos em desenvolvimento, de forma a enaltecer a dignidade da criança e do adolescente como beneficiários de obrigações.

A essência da educação, portanto, não está em adaptar o homem às exigências e condições da vida social, mas em formá-lo, preparando, assim, um cidadão. Requerer a educação cidadã para a comunidade implica, primeiramente, a educação para a pessoa. Tanto a educação comunitária como a individual são indissociáveis, pois não se forma um homem longe de sua realidade social, tendo em vista que é a partir desse meio que a compreensão moral e cívica começa a ser despertada¹⁰.

A importância da educação cidadã, por vezes, é destacada por Celso Lafer na obra *A reconstrução dos direitos humanos*, quando faz um diálogo com a obra de Hannah Arendt, enfatizando a cidadania como um direito humano para que o homem possa ser respeitado por seu semelhante:

O que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante¹¹.

A instituição escolar deve ser utilizada como verdadeira rede formadora de cidadãos, em que a criança e o adolescente, cientes de seus deveres e direitos sociais, darão origem a um modelo societário igualitário, de modo que o ser humano possa ser respeitado como tal.

Ancorando-se no contexto destacado, pode-se deduzir que as desigualdades sociais serão sanadas quando for ofertada a educação cidadã para milhares de jovens nas instituições escolares, sendo esse um mecanismo para o alcance da igualdade entre os seres humanos:

A igualdade resulta da organização humana. Ela é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições. É o caso da *polis*, que torna

¹⁰ MARITAIN, Jacques. *Rumos da educação*. 5. ed. São Paulo: Agir, 1968, p. 43.

¹¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

os homens iguais por meio da lei – *nomos*. Por isso, perder o acesso à esfera do público significa perder o acesso à igualdade. Aquele que se vê destituído da cidadania, ao ver-se limitado à esfera do privado, fica privado de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens, ou seja, da garantia tácita de que os membros de uma comunidade dão-se uns aos outros¹².

A educação cidadã pode ser resumida como a própria razão para a existência humana digna. Trata-se de um indispensável instrumento para que o homem viva e realize-se como verdadeiro ser humano, capaz de participar ativamente na sociedade.

Procede observar que a cidadania, como direito à vida pública, é meio importante para que o ser humano sobreviva em uma coletividade. De acordo com Arendt, ao relatar a importância do ser cidadão na obra *The Origins of Totalitarianism*, em uma *polis*, deveria a cidadania ser efetivada como primeiro direito humano, tendo em vista que ela permite o comando da palavra e da ação. Diante dos problemas enfrentados pelo totalitarismo, para garantir a existência humana, assegurar os direitos é inevitável, e o primeiro direito humano a ser protegido é justamente o direito a ter direitos. Assim, a cidadania é analisada como direito de ser cidadão, de uma necessidade para que o ser humano, enquanto participante de uma comunidade juridicamente organizada e, por conseguinte, julgado por suas ações e suas opiniões, indivíduo capaz de ser reconhecido e respeitado perante seus semelhantes. No interior deste quadro, presume-se que a carência de uma educação cidadã ocasiona a perda de direitos que, por vezes, são difíceis de serem recuperados, ocasionando a expulsão das pessoas da trindade Estado-Povo-Território, perdendo os benefícios da legalidade¹³.

Desse modo, a omissão de uma educação cidadã a milhares de crianças e adolescentes do ensino fundamental consiste em conduta intolerável. Não se pode admitir que a escola, enquanto formadora de cidadãos, deixe passar despercebida a oportunidade de construir a consciência moral nos alunos, como processo de enaltecimento ético da pessoa em desenvolvimento.

Entretanto, o diploma estatutário não pode ser analisado como mera codificação, mas deve ser compreendido como um diploma normativo que possui, com excelência, um conjunto de regras e princípios sociais para a formação de atitudes e condutas humanas que devem ser assimiladas nos bancos escolares. Dessa feita, sociedade civil, educação e cidadania são valores indissociáveis para

¹² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 152.

¹³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 153-154.

evitar a exclusão social dos pequenos cidadãos, a quem o ordenamento estatutário proclama como sujeitos de prioridade absoluta e destinatários de proteção integral.

A cidadania, no termo jurídico, pode até ser adquirida em âmbitos formais e não formais, sendo um jeito de ser entre pessoas consideradas livres e iguais em uma determinada sociedade; e ser cidadão aprende-se no seio das famílias, nas comunidades residenciais, nas igrejas, nos partidos políticos, nos grupos cívicos e, em especial, pode ser aprendido nas instituições escolares.

Vicente Barreto¹⁴ esclarece que a ausência de conscientização cidadã da população infanto-juvenil acarreta a exclusão social:

Excluem-se da escola os que não conseguem aprender, excluem-se do mercado de trabalho os que não têm capacidade técnica porque antes não aprenderam a ler, escrever e contar e excluem-se, finalmente, do exercício da cidadania esses mesmos cidadãos, porque não conhecem os valores morais e políticos que fundam a vida de uma sociedade livre, democrática e participativa.

Pela ausência de oportunidades educativas, por não terem conhecimento de seus direitos e deveres, de atitudes éticas a que devem respeito, a criança e o jovem não conseguem interagir com o seu meio social. Sem ter chances de receber uma educação dos ensinamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente nos bancos escolares, esses seres humanos em formação de suas capacidades morais tornam-se privados do direito de sonhar e de se preparar para a vida, para o trabalho e para o exercício da cidadania.

O mundo contemporâneo, ao expressar sobre a importância da educação cidadã, proporciona a ideia de que a cidadania é um conceito político, e educação é um instrumento de efetivação de elos sociais, partindo do pressuposto de que, mais do que educar os jovens para a defesa do Estado, evidencia a necessidade de uma educação que enalteça os direitos humanos como limite de ações. Assim, a consideração das minorias, vistas como o público infanto-juvenil, enquanto pertencentes a uma classe social, não por escolha, mas por imposição vital, torna-se um aspecto essencial nas políticas educacionais de nossa época¹⁵.

Com efeito, surge a ideia de que a instituição escolar é o ambiente onde está presente a juventude e o lugar que, em tese, é o mais oportuno para educá-la para a cidadania:

¹⁴ BARRETO, Vicente. Educação e violência: reflexões preliminares. In: ZALUAR, Alba (Org.) et al. *Drogas e cidadania: repressão ou redução*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 55-64.

¹⁵ ROLIM, Marcos. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos finais de semana*. Brasília: UNESCO, Fundação Vale, 2008, p. 17.

Com efeito, a escola, além de ter uma missão educativa, é o primeiro espaço público e institucional onde uma criança encontra os demais membros da sociedade, sejam eles outras crianças ou adultos cumprindo funções oficiais. É um espaço onde o jovem há de conviver com seus pares, a eles iguais, pelo menos em princípio. Logo, a escola é considerada o melhor lugar para aprender a “cidadania”¹⁶.

A instituição escolar é vista, assim, como espaço que tem a peculiaridade e o potencial para construir, com autonomia, a consciência cidadã nas pessoas em plena formação de sua moral e ética e, por vezes, também ofertar possibilidades de vida política, econômica e social para a população jovem tecer a sua própria história.

A oportunidade de desenvolver conhecimentos cidadãos aos jovens surge como necessidade para que possam adaptar-se, intervir ativamente na sociedade, recriar e transformar sua realidade, podendo, livremente e sem encontrar barreiras advindas da ignorância de valores e princípios éticos, exigir e requerer sua condição de ser humano perante seu meio social.

A EDUCAÇÃO CIDADÃ COMO MECANISMO ADEQUADO PARA REVERTER A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A Lei n. 11.525/2007 nasceu do projeto de Lei n. 5.705/2005, originário do Senado Federal, por meio da iniciativa da senadora Patrícia Saboya Gomes – PSB/CE. Foi apresentado em 5 de agosto de 2005, transformando-se em lei em 25 de setembro de 2007, junto à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, conforme *DOU* de 26.09.07, página 01, col 02¹⁷. O projeto foi apreciado pela deputada relatora Nice Lobão, que demonstrou a importância do ensino do Estatuto da Criança e do Adolescente nas escolas de ensino fundamental com as seguintes palavras:

Não há como não reconhecer, prontamente, o mérito da ideia da nobre colega parlamentar, Senadora PATRÍCIA SABOYA GOMES. De fato, tratar de conteúdos sobre direitos das crianças e dos adolescentes no ensino fundamental, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA é tarefa do mais alto valor educativo. Em que pese o fato de que ao Poder Legislativo não cabe legislar sobre o assunto currículo, por razões constitucionais e infraconstitucionais, respaldadas por argumentos pedagógicos, e que foram muito bem reconhecidas e incorporadas

¹⁶ CHARLOT, Bernard. Educação para a cidadania na época da globalização: moralização do povo ou aspiração de novos valores? In: NEVES, Paulo S. C. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009, p. 17-36.

¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Legislação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=295408>>. Acesso em: 20 maio 2016.

à Súmula n. 1/01, da Comissão de Educação e Cultura desta Casa, revalidada em 2005, e prestes a ser novamente revalidada em 2007, sabemos bem haver exceções a essas normas e entendimentos, em função da relevância de certas propostas do Poder Legislativo relacionadas a currículo escolar. Acresça-se a isso, a importante informação de que as escolas de ensino fundamental do País, de um modo geral, pelo menos aquelas que reúnem as condições docentes e materiais para tanto, já trabalham com conteúdos sobre os temas Ética, Cidadania, Vida Familiar e Social e Pluralismo Cultural, por força das Diretrizes Curriculares Nacionais contidas na Resolução n. 2/98 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, e que se encontram também refletidas nos Parâmetros Curriculares Nacionais do Ministério da Educação. Essas diretrizes, obviamente, incluem, nos temas relacionados, os direitos das crianças e dos adolescentes à luz do ECA. Portanto, a iniciativa legislativa objeto deste Parecer tem mérito educacional e cultural, pois reforça o que já vem sendo praticado, com a vantagem, desde que se torne lei ordinária, de imprimir a força legal, portanto obrigatória, para que as escolas de ensino fundamental, não apenas de fato, mas também de direito, incluam nos seus currículos escolares os conteúdos que tratam da criança e do adolescente, como refletidos no ECA¹⁸.

Trata-se de uma grande conquista a aprovação da lei em comento. Reflete a efetivação do direito humano fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil. Além da família, a escola deve ser vista como importante *locus* propício e adequado à implantação do regramento, pois as crianças e os adolescentes passam grande parte de seu dia nos bancos escolares, de forma de com a educação haverá a formação do ser cidadão.

Enquanto seres em processo de formação, estamos diante da criança e do jovem, e 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, o 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 [...]”.

¹⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Educação e Cultura. Projeto de Lei n. 5.705, de 2005, PLS n. 315/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?codteor=457018&filename=PRL+1+CEC+%3D%3E+PL+5705/2005>. Acesso em: 20 maio 2016.

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 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 formou e se transformou 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-se 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 social¹⁹.

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 a transformação do indivíduo em uma personalidade autônoma diante da sociedade que se encontra²⁰.

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. Faz-se adequado que os profissionais da Educação e do Direito firmem compromisso com a realidade social, conscientizando as pessoas em desenvolvimento para a vida em coletividade, na certeza de que o processo de formação dessa classe social é, em certo sentido, uma maneira de fomentar mudanças.

¹⁹ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 10.

²⁰ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 45-46.

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, revertendo o quadro de extrema judicialização, ocasionando a lentidão e o inchaço no Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça (2017) apresenta, atualmente, uma 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, consequentemente, a propositura de novas demandas judiciais.

Nesse sentido, é imperioso que se impulsione 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, preservando-se da propositura de novas demandas judiciais, justificadas pelo desconhecimento da lei.

Aliás, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB traz, em seu artigo 3º, a presunção de que todos conhecem as leis e, consequentemente, 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 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 consequências estabilizadoras e inovadoras no sistema social²¹.

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:

²¹ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 48-49.

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 vivos²².

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 social²³.

Na concepção durkheimiana²⁴, 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 vista como um processo, e cada sociedade possui as instituições pedagógicas que lhe convêm. 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

²² PEREIRA, Luiz; FORACCHI, Marialice. *Educação e sociedade*. São Paulo: Companhia Nacional, 1978, p. 3-5.

²³ AZEVEDO Fernando de. *Sociologia educacional*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1951, p. 82-83.

²⁴ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephanía Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 55-56.

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 a primeira realize ações sobre as segundas:

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 particular²⁵.

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 acredita na educação como instrumento de transmissão de aptidões para a vida social²⁶.

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.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA CULTURA DA CIDADANIA

Ter uma lei que promova a educação do Estatuto da Criança e do Adolescente nas instituições escolares refere-se à efetivação de um direito humano

²⁵ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 55-56.

²⁶ DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 57-58.

fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil; a escola não pode deixar de ser vista em sua essência, como um lugar em que as crianças passam mais da metade de seu dia, consistindo, pois, em ambiente propício e adequado para a implantação do presente ordenamento jurídico.

Conjuntamente aos avanços sociais, diversos conflitos emergiram, e a educação escolar tem que evoluir junto com eles, tendo em vista que a escola, em síntese, foi construída para proteger os alunos da fúria do mundo. Desta forma, a instituição escolar estaria esquivando-se de cumprir o seu papel, caso não adotasse novos desafios diante das crises e conflitos coletivos²⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei n. 8.069/90, enfatiza os direitos e deveres das pessoas em formação, consubstanciados em um patamar normativo avançado, que parte da ideia fundante de que à criança e ao adolescente é conferida prioridade absoluta, porém encontra-se distante das práticas sociais, vivendo um verdadeiro retrocesso de direitos à população infanto-juvenil, tratada como objeto e não como legítimos sujeitos de direitos.

Embora a norma legal de número 11.525/2007 tenha por objetivo cumprir com os princípios aplicáveis à criança e ao adolescente, como a proteção integral, por vezes, não está cumprindo seu papel social e, por isso, recebe diversas críticas, em específico do corpo docente, que entende que a criança e o jovem só possuem direitos, incompreendendo que os deveres também existem, demonstrando, assim, o desconhecimento da Lei n. 8.069/90, que faz referência ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, Perrenoud ressalta que:

Há, ainda, outro fator: apesar das novas tecnologias, da modernização dos currículos, da renovação de ideias pedagógicas, o trabalho dos professores evolui lentamente, pois depende muito pouco do progresso técnico; a relação educativa obedece a uma trama bastante estável, e suas condições de trabalho e a sua cultura profissional estabelecem rotinas entre os professores. Por isso, a evolução dos contextos sociais não se traduz, *ipso facto*, em uma evolução das práticas pedagógicas²⁸.

No diploma estatutário, estão presentes as regras e os princípios que devem ser seguidos pelos jovens e, diferentemente do que se afirma, ou se prega, a ofensa aos mandamentos legais não faz a pessoa em formação livre da ação punitiva da lei. No diploma estatutário, pontualmente, o campo de atuação pública

²⁷ PERRENOUD, Philippe. *A prática reflexiva no ofício de professor: profissionalização e razão pedagógica*. Tradução de Cláudia Chilling. Porto Alegre: Artmed, 2002, p. 190.

²⁸ PERRENOUD, Philippe. *A prática reflexiva no ofício de professor: profissionalização e razão pedagógica*. Tradução de Cláudia Chilling. Porto Alegre: Artmed, 2002, p. 190.

punitiva encontra-se nas medidas protetivas aplicadas às crianças e aos adolescentes, no Título II, Capítulo I, artigos 98 a 101²⁹, e nas medidas socioeducativas, aplicadas somente aos adolescentes, dispostas no artigo 112³⁰, podendo ser infligidas de forma isolada ou cumulativamente com as medidas de proteção.

Percebe-se, portanto, que a grande utopia persiste não na falta de lei, mas em seu desconhecimento, conforme demonstra Petry. Pelo fato de a maioria das pessoas desconhecer o sistema legislativo infanto-juvenil, e por serem a criança e o adolescente considerados inimputáveis, acredita-se que a criança e o jovem infratores não sejam punidos por seus atos, deslegitimando a competência do ECA enquanto instrumento de cidadania³¹.

As regras contempladas no ordenamento jurídico, referentes à população infanto-juvenil, ao fazerem parte do ensino-aprendizagem nas escolas, serão instrumentos de conscientização dos direitos e deveres mais elementares dos jovens, tornando-os protagonistas da formação político-social do país.

As potencialidades da educação ultrapassam o ler e o escrever, encontrando-se no desenvolvimento do ser humano em si e como ser integrante da *polis*. Essa afirmação permite ser analisada em um diálogo de Platão:

– A presente discussão indica a existência dessa faculdade na alma e de um órgão pelo qual se aprende. Como um olho que não fosse possível voltar das trevas para a luz, senão juntamente com todo o corpo, do mesmo modo esse órgão deve ser desviado juntamente com a alma toda das coisas que se alteram, até ser capaz de suportar a contemplação do Ser e da parte mais brilhante do Ser. A isso chamamos o bem. Ou não?

– Chamamos.

– A educação seria, por conseguinte, a arte desse desejo, a maneira mais fácil e mais eficaz de fazer dar a volta a esse órgão, não a de fazer obter a visão, pois já a tem, mas uma vez que ele não está na posição correta e não olha para onde deve, dar-lhe os meios para isso³².

²⁹ As medidas protetivas estão instituídas no ECA, podendo ser aplicadas à criança e ao adolescente; têm a finalidade de preservar crianças e adolescentes de qualquer ação ou omissão que coloquem em risco seus direitos. O artigo 98, I e II, apresentam os deveres previstos na Parte Geral, dirigidos ao Estado, à sociedade, aos pais ou responsáveis. No inciso III, está prevista a prática de ato infracional, que também pode ser cometido pela criança. O artigo 101 conduz a um rol exemplificativo das medidas específicas de proteção.

³⁰ As medidas socioeducativas estão dispostas em um conjunto taxativo; são medidas aplicadas ao adolescente em caso de cometimento de ato infracional, servindo para proporcionar ao adolescente uma nova visão e compreensão dos valores da vida em comunidade.

³¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997, p. 100.

³² PLATÃO. *A república*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, 518 C-D, p. 323.

A educação cidadã construída no ensino fundamental, ao oportunizar a criança e ao adolescente serem conhecedores de seus direitos e responsabilidades ético-sociais, além de transpor as declarações retóricas presentes no diploma infanto-juvenil, servirá para instaurar plenamente as conquistas advindas do Estado Democrático de Direito e reverter a cultura do litígio como solução de conflitos sociais. “Isto porque a estrutura jurídica, nestes termos concebida, não foi capaz de acompanhar o crescimento vertiginoso dos conflitos³³”.

A Lei n. 11.525/2007, ao elevar a escola à condição de espaço de promoção dos direitos da criança e do adolescente, atendeu à doutrina da proteção integral, uma vez que a Lei n. 8.069/90, que regulamentou o artigo 227 da CF/88, trouxe aos direitos de criança e do adolescente o *status* de prioridade absoluta com ampla garantia de proteção. “Com efeito, é por intermédio da lei que se realiza o bem comum³⁴”.

Saraiva enfatiza que “(...) a criação de grupos de extermínio, como pseudo-defesa da sociedade, foi gerada no ventre nefasto daqueles que não percebem que é exatamente na correta aplicação da lei que está a salvaguarda da sociedade³⁵”.

A instituição escolar exerce um papel de grande valia nesse cenário de implementação de ordenamentos legais, e a educação jurídico-pedagógica é um meio determinante para torná-lo mais conhecido e compreendido pela sociedade.

Aproximando-se desse panorama, Norberto Bobbio obtempera que

Finalmente, descendo do plano ideal para o plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. [...] Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura por palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio³⁶.

Nota-se, então, diante dessas denominações acerca dos direitos do homem, que, entre os “novos direitos” contemplados por Antonio Carlos Volkmer na

³³ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Menores: entre a lei e a realidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 671, n. 671, p. 258-261, 1991.

³⁴ ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lumen Juris, 2002, p. 325.

³⁵ SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de direito (penal) juvenil*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002, p. 40.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 63-64.

“terceira dimensão”, encontra-se presente o Estatuto da Criança e do Adolescente, intensificando os direitos das pessoas em desenvolvimento, projetados como direitos metaindividuais, em que seu titular não é mais o homem individual, mas uma categoria ou um grupo de pessoas³⁷.

A educação é analisada como o modo mais seguro e eficaz para se obstar a ida ao caminho da prática de atos condenáveis, contudo ela deve ser de qualidade, composta por um corpo docente capacitado e comprometido com a realidade atual, estimuladora de todos os comportamentos socioculturais, alcançando o verdadeiro sentido da educação cidadã dentro de uma escola formadora de pequenos cidadãos.

A atitude de absorção e submissão do diploma estatutário, tornando-o conhecido e concretizado, demanda um esforço coletivo, imbuído de responsabilidade e comprometimento, perpassando não só a mudança cultural de mentalidades, mas, por vezes, aspectos relacionados às questões administrativas, políticas, jurídicas e pedagógicas, com o fim de promover e salvaguardar os interesses da população em desenvolvimento, além de praticar atitudes fraternas, concorrendo para a formação de um Estado Democrático de Direito, para a implantação das autênticas aspirações das crianças e dos adolescentes, respeitando a sua dignidade humana, enquanto pessoas vulneráveis e dependentes de cuidados especiais.

Não bastam novas leis. O que as crianças e os adolescentes necessitam é da implementação daquelas já existentes, conforme objetiva a Lei n. 11.525/2007, ainda sem muito sucesso. A educação dos direitos e deveres infanto-juvenis, nas salas de ensino fundamental, deve ser um instrumento materializador da diminuição das desigualdades sociais, da garantia de melhores condições de vida para aqueles que se encontram à margem social.

CONCLUSÃO

A cultura da cidadania nos bancos escolares é um paradigma novo para repensar a educação, revertendo a cultura do litígio que, hodiernamente, não satisfaz as necessidades das demandas sociais, contribuindo para o inchaço e a lentidão do Judiciário.

A conquista da cidadania é a essência a ser perseguida para que o jovem possa enfrentar o mundo atual como cidadão participativo, reflexivo e autônomo,

³⁷ 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, p. 17-19.

e a construção do Estatuto da Criança e do Adolescente nas salas de aula, por sua vez, é analisada como mecanismo de aprimoramento das potencialidades do indivíduo, para a formação de valores que possibilitam a convivência harmônica com o semelhante na busca do bem-estar social.

A criança e o adolescente, por serem pessoas em desenvolvimento, necessitam ser conhecedores de seus direitos e de seus deveres, para que possam efetivá-los em sua integralidade, tornando-se adultos capazes de praticar ações político-sociais adequadas à sociedade. Tomando de empréstimo a análise do filósofo Pitágoras: “Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”.

Por isso, desponta a cultura da cidadania, no sentido de conscientizar para depois responsabilizar, isto é, construir junto ao público infanto-juvenil sua identidade cidadã, por uma questão de coerência jurídica e responsabilidade social.

A Lei n. 11.525/2007, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acrescentando o § 5º ao artigo 32, enfatiza a necessidade da obrigatoriedade do ensino do Estatuto da Criança e do Adolescente nas escolas, porém, encontra-se distante das práticas sociais, criando um verdadeiro retrocesso de direitos às crianças e aos adolescentes, tratados como objetos e não como legítimos sujeitos de direitos.

A finalidade e a consciência da tarefa, em garantir na realidade social de milhares de crianças e de adolescentes a implantação dos ordenamentos jurídicos destinados à classe infanto-juvenil, consistem em construir um vínculo entre as pessoas em formação e o ser cidadão.

Diante do aumento da prática de atos infracionais na realidade social brasileira, a escola exerce um papel de grande valia na implementação do ordenamento estatutário, isto é, o ECA pode servir de instrumento conscientizador para uma educação cidadã, e, por conseguinte, redutor do índice de autores de condutas condenáveis, pois, esclarecidos os seus direitos e deveres, as crianças e os adolescentes, como cidadãos, permitirá tomar posturas adversas ao ato de infração. Consequentemente, a prática jurídico-pedagógica pode servir de instrumento transformador do quadro de extrema judicialização, como forma de solução de conflitos sociais.

Dessa forma, para o sucesso da prática educativa, será indispensável que o conteúdo abordado no Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto referencial formador de jovens cidadãos, seja plenamente incorporado e assimilado pelos docentes do ensino fundamental e levá-los a entender que o diploma estatutário é um ganho para a sociedade brasileira.

Diante dessas considerações, busca-se, por meio da união fraterna dos operadores da Educação, do Direito e da Administração Pública, promover, nas escolas de ensino fundamental, o alicerce necessário para a construção da

consciência cidadã às pessoas em plena formação de sua capacidade, a obtenção de uma cultura da paz, apta a despertar nas crianças e nos adolescentes valores ético-sociais, o fomento necessário para a prevenção e redução da prática do ato infracional, mecanismo necessário para a transformação da cultura do litígio.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

AZEVEDO, Fernando de. *Sociologia educacional*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1951.

BARRETO, Vicente. Educação e violência: reflexões preliminares. In: ZALUAR, Alba (Org.) et al. *Drogas e cidadania: repressão ou redução*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Página Inicial. Programas e ações Priorização do 1º grau de jurisdição – Dados Estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

CHARLOT, Bernard. Educação para a cidadania na época da globalização: moralização do povo ou aspiração de novos valores? In: NEVES, Paulo S. C. *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009.

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: 14 maio 2016.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Tradução de Stephania Matousek. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GIMENEZ, Melissa Zani. *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.

GIMENEZ, Melissa Zani. *O Estatuto da Criança e do Adolescente nas escolas do ensino fundamental*. Curitiba: Prisma, 2017.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

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; GÊNNOVA, 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.

MARITAIN, Jacques. *Rumos da educação*. 5. ed. São Paulo: Agir, 1968.

NEVES, Paulo S. C. Apresentação. In: *Educação e cidadania: questões contemporâneas*. São Paulo: Cortez, 2009.

PEREIRA, Luiz; FORACCHI, Marialice. *Educação e sociedade*. São Paulo: Companhia Nacional, 1978.

PERRENOUD, Philippe. *A prática reflexiva no ofício de professor: profissionalização e razão pedagógica*. Tradução de Cláudia Chilling. Porto Alegre: Artmed, 2002.

PLATÃO. *A república*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ROLIM, Marcos. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos finais de semana*. Brasília: UNESCO, Fundação Vale, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de direito (penal) juvenil*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

SILVA, Nelson Finotti (Org.). *ECA: efetividade e aplicação: análise sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais: construindo o saber jurídico*. São Paulo: LTr, 2012.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Menores: entre a lei e a realidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 671, n. 671, p. 258-261, 1991.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

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.

Data de recebimento: 16/10/2017

Data de aprovação: 28/02/2018

A INFLUÊNCIA DA ESTÁTICA DE KELSEN NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

THE INFLUENCE OF KELSEN'S STATIC IN CURRENT LAW

*Lisiane Cristina Jeckel**

*Leonel Severo Rocha***

RESUMO

O avanço da sociedade trouxe novas perspectivas à *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen. Principalmente no âmbito da estática jurídica, por ser um sistema de normas não flexíveis, desatualizado em face dos novos impasses sociais. Entretanto, à sua época, Kelsen estabeleceu um novo olhar sobre os conceitos arraigados na teoria e na jurisprudência tradicionais. O resultado da sua obra, por sua vez, embasa o sistema jurídico contemporâneo e continua permitindo descobertas e releituras. Por tal razão, Kelsen permanece sendo imprescindível ao estudo da teoria do direito. O presente trabalho tem por objetivo auxiliar a compreensão e contribuir para o debate a respeito do presente tema, contextualizando, no que for possível, esses conceitos na contemporaneidade. Para atingir o objetivo proposto, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica. O presente artigo permitiu constatar que a evolução dos desafios sociais exigiu a superação da teoria kelseniana, sem, no entanto, jamais lhe subtrair em importância.

Palavras-chave: Teoria pura do direito; Kelsen; Estática jurídica; Conceitos.

* Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-Graduada em Marketing pela Escola Superior de Propaganda e Marketing-ESPM-SUL/Brasil. Graduada em Direito pela Universidade FEEVALE/RS/Brasil. Graduada em Farmácia Industrial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS/Brasil. Advogada. E-mail: lisjeckel@gmail.com Telefone (51) 3593-1010

** Pós-Doutor em Sociologia do Direito Pela Universitàdegli Studi di Lecce. Doutor pela Ecoles Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Santa Maria. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6). Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. E-mail: leonel@unisinoss.com Telefone: (51) 3590-8148

ABSTRACT

The advancement of society has brought new perspectives to the *Pure Theory of Law* by Hans Kelsen. Mainly within the static theory of law for being a system of non-flexible standards which are outdated before the new social impasses. Nonetheless, at its time, Kelsen established a new perspective over the concepts which were rooted in traditional theory and jurisprudence. The result of his work, in turn, substantiates the contemporary juridical system and continues to allow discoveries and rereadings. For that reason, Kelsen remains indispensable to the study of theory of law. The current paper aims to help comprehension and contribute to the debate concerning the present theme, contextualizing as far as possible the aforementioned concepts in contemporaneity. So as to achieve the proposed goal, bibliographic research method was applied. The current paper allowed determining that evolution of social challenges demanded the overcoming of the Kelsenian theory, without however diminishing it in importance.

Keywords: Pure theory of law; Kelsen; static theory of law; concepts.

INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca do positivismo, que, desde a era dos exegetas, assumiu diversas roupagens. Entretanto, na sua essência, ainda aplicamos os ensinamentos de Hans Kelsen, o que lhe confere a condição de ser o positivista-normativista mais sofisticado da contemporaneidade. Ao longo de sua vida, Kelsen vivenciou duas Guerras Mundiais, presenciou as barbáries do Nazismo, que, sob a égide de um idealismo “moral”, conduziu a nação alemã ao sistema totalitário implantado por Adolf Hitler.

Diante de tal contexto – e especialmente influenciado pelas teorias que dominavam os círculos filosóficos da época –, o autor primou pela elaboração de uma ciência do direito afastada da moral e de ditames políticos. Kelsen pensava o direito sob a ótica da normatividade. Segundo Rocha, essa normatividade exsurge da simbiose de duas dimensões temporais. Primeiramente, a estática jurídica, que representa o tempo presente, a qual, a partir do conceito de sanção, são estabelecidos os critérios fundantes dos demais conceitos¹. Nesse sentido, é na estática jurídica de Kelsen que surgem os conceitos base de sua teoria positivista-normativista, a saber: sanção, ilícito, dever jurídico, dever-se, responsabilidade, direitos pessoais, direitos reais, direito subjetivo, direitos políticos, capacidade, competência, organicidade, relação jurídica, pessoa física e jurídica,

¹ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *Crítica jurídica*, n. 34: 71-93, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/34/art/art6.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 74.

dentre outros. Em um segundo momento, a dinâmica jurídica, representada pela história, o qual tem o condão de, a partir da validade, estabelecer o critério da produção normativa. Contudo, na época em que Kelsen escreveu a *Teoria pura do direito*, a sociedade não era tão complexa como é a de hoje. Com a globalização, os avanços tecnológico e científico e a especialização do crime organizado, colocam-se novas questões acerca da ideia de sanção. Entretanto, apesar de ultrapassada essa concepção, continua influenciando o direito contemporâneo.

Por sua vez, o sistema judiciário precisa encontrar soluções para esses novos desafios. Todavia, é de suma importância conhecer os conceitos basilares propostos por Kelsen para compreender a evolução do sistema jurídico contemporâneo. Sobre o tema, eis as palavras de Pontes de Miranda: “O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”².

No que segue, este estudo objetiva verificar a influência da estática em Kelsen para a manutenção atual do conceito de sanção e como esse conceito está sendo recepcionado na contemporaneidade.

Com o objetivo de concretizar o presente estudo, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, que auxilia na compreensão da problemática proposta a partir de referências publicadas em obras literárias, textos e documentos. Para tanto, elegeu-se a obra *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, como objeto principal do estudo em questão. Nessa senda, analisar-se-á o capítulo da estática jurídica e suas contribuições no ordenamento jurídico brasileiro.

DESENVOLVIMENTO

O Direito, segundo Kelsen, distingue-se de outras ordens sociais por ser entendido como uma ordem coativa na qual o “momento coação” é adstrito ao ato, legalmente previsto pela ordem jurídica, como consequência ante uma situação fática considerada socialmente nociva, prejudicial ou reprovável que é, necessariamente, aplicado independentemente da vontade do agente. À luz de tal concepção, eis o ensinamento de Rocha: “Um fenômeno somente será jurídico se for suscetível de atribuição de sentido normativo”³. Desta feita, a normatividade é elevada à categoria central do direito. Por sua vez, a coação postulada por Kelsen em nada se aproxima da coação psíquica, mas, sim, do sentido de que o

² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 15.

³ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *Crítica jurídica*, n. 34: 71-93, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/34/art/art6.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. p. 74.

Direito estatui atos de coação associados à liberdade, de bens econômicos e da privação coercitiva da vida. Kelsen ainda aduz que, no caso de resistência, o ato de coação é aplicado mediante emprego de força física⁴. Logo, reforça a ideia de coação como critério decisivo do conceito de Direito por ele formulado. Sob essa ótica é que o autor distingue o Direito da Moral, pois o Direito refere-se a uma ordem de conduta humana que, quando não observada, reflete no ato de coação. Já a moral está no âmbito da ordem social relacionada à aprovação e à desaprovção da conduta e desvencilhada da coação institucionalizada⁵. Bobbio ensina que “a única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, [...], que se diz na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’”⁶.

É inegável que, no entendimento de Kelsen, sem norma posta, sem coação não há o que se falar em Direito. Sob outro olhar, Pontes de Miranda compreende que a existência do Direito não depende de uma norma que estipule condutas a partir da coação, visto que, no seu entender, as normas nascem no meio social, e, desta feita, incidem pela respeitabilidade independentemente da existência ou não de coação⁷.

No sentir de Kelsen, o ato de coação exsurge, no ordenamento jurídico, sob duas formas. Quando entendido como atos positivados, impostos ao indivíduo, em reflexo de uma ação ou omissão contrária ao direito, assume a categoria de sanção. Entretanto, há aqueles cujos pressupostos do ato de coerção positivado não consistem na ação ou omissão de indivíduos diante da falta de observação da norma positivada. Esses atos são classificados, pelo autor, simplesmente como atos de coação. Entre os exemplos enumerados no texto, consta o internamento compulsório de indivíduos atacados por uma doença perigosa⁸. Identifica-se do exame do texto que tais atos estão relacionados muito mais com a garantia da integridade social e política do Estado do que com o caráter punitivo do indivíduo que transgride a lei. Talvez, por essa razão, Kelsen foque seu estudo na ideia de sanção, inaugurando o capítulo da estática jurídica, que compõe a obra *Teoria pura do direito*, conceituando-a e demonstrando suas particularidades e de que forma é concebida no ordenamento jurídico nacional e internacional.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37-38.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 71.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 155.

⁷ ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilista.com*. a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018. p.17.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 121.

Sanção

No sentir de Di Palma Beck, Kelsen eleva a sanção à categoria de elemento estrutural da norma jurídica⁹.

Ademais, cumpre gizar que a sanção assume duas configurações distintas: como pena e como execução. Ambas estão associadas à realização compulsória de um mal ou na privação compulsória de um bem. Todavia, o que difere a execução da pena é o fato de essa ter um caráter indenizatório como forma de compensar o ilícito contra o qual a sanção é dirigida, com o propósito de esgrimir a conduta tida como contrária ao Direito. Por sua vez, ao tratar de comparar a pena patrimonial com a execução, o autor aponta certa semelhança, uma vez que, em determinadas situações, a sanção de execução reflete na entrega de valor patrimonial referente ao objeto ou serviço não prestado como forma de indenizar o prejuízo ilicitamente causado¹⁰.

No que tange ao conceito de pena, Kelsen aduz que é possível determiná-lo pela sua finalidade, que, *a priori*, não resulta em conteúdo da ordem jurídica. Contudo, na lição de Kelsen: “[...] consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida”¹¹. Essa interpretação também é absorvida pelo sistema jurídico penal. Sob a ótica da intimidação, entende o autor que não há diferenciação entre pena e execução, pois a indenização também é entendida com a finalidade de prevenção¹².

Di Palma Beck, em análise à ideia de sanção posta por Kelsen, argumenta que a sanção, ao fim e ao cabo, acaba por ser uma coerção psíquica que decorre da possibilidade institucionalizada do emprego da força física ou da realização de um mal¹³.

De qualquer sorte, tanto a sanção quanto a pena, ou aquela tida como execução, podem ser operadas nas esferas administrativa e jurídica. Sob esse aspecto, o autor enfatiza a importância de distinguir as penas judiciais aplicadas pelos tribunais penais das penas administrativas aplicadas pelas autoridades administrativas, bem como diferenciar as execuções judiciais realizadas pelos tribunais civis das execuções administrativas realizadas pela autoridade administrativa. Também, não menos importante, faz-se necessário distinguir o ato

⁹ DI PALMA BECK, M. *As bases e os desafios imediatos da ciência do direito em Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/56PAa13F2FczQmaW.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017. p. 154.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 122.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

¹³ DI PALMA BECK, M. *As bases e os desafios imediatos da ciência do direito em Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ndad0g5s/56PAa13F2FczQmaW.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017. p. 154.

que estabelece a sanção do ato que a leva a efeito. Em outras palavras, de que forma a sanção é aplicada¹⁴.

Isso posto, Kelsen passa a contextualizar a sanção no âmbito do direito internacional geral. Após digressão sobre o tema, conclui que as sanções no direito internacional se assemelham às da execução forçada do direito civil, visto que os atos de coerção aplicados entre Estados apenas podem ser aplicados quando um se recusa a indenizar os prejuízos que causou ao outro, decorrentes de causas ilícitas sofridas pelo outro. Portanto, têm caráter indenizatório e, no entendimento do autor, essas sanções sequer são qualificadas como pena ou execução, mas possuem o mesmo fim proposto por elas: a privação de bens¹⁵.

Ilícito

A construção do conceito de ilícito, conforme os princípios da Teoria Pura do Direito, difere da teoria dominante da jurisprudência tradicional, segundo a qual o valor moral está atrelado ao seu conceito. Condição que, para Kelsen, não faz sentido, uma vez que os conceitos morais variam de cultura para cultura¹⁶. Em face desse entendimento, para caracterização de um ilícito, Kelsen aduz que o propósito do legislador ou as intenções da ordem jurídica devem estar amalgamados no conteúdo da ordem jurídica, caso contrário, o delito não será um conceito jurídico¹⁷. Mas não somente isso: há de se considerar que a conduta humana, por meio de uma ação ou omissão, só será considerada um delito, ou melhor dizendo, ilícito quando a ordem jurídica vincular um ato de coação como consequência a essa conduta¹⁸. Ou seja, a conduta tida como pressuposto de um ato de coação. É dizer que o ilícito compreende a condição da sanção¹⁹. É nesse sentido que o ilícito é entendido não como uma negação, mas como pressuposto do direito. Portanto, há de se distinguir a relação entre ilícito e consequência do ilícito da jurisprudência tradicional, que pressupõe que uma ação ou omissão é considerada ilícita na origem, e, por assim ser, reflete o ato de coação. Muito diferente do propósito apresentado por Kelsen, que confere o caráter ilícito a uma conduta por ser ligada a uma sanção como consequência.

Reforçando a ideia de que o ilícito não pode ser entendido como um “não direito”, o autor advoga no sentido de que o indivíduo, ao praticar uma conduta contrária à norma prescrita, não “quebra” a cadeia do direito, pois exsurge contra ele a aplicação da sanção descrita na norma. Nesse sentido, a cadeia do direito

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 125.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 55.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 124.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 56.

pretende o indivíduo que “quebra” o Direito. Eis que a norma não é “lesada”²⁰. Portanto, não é de bom alvitre interpretar o ilícito como uma contradição lógica da norma. Como pode ser observado na lição de Patrícia Luíza Kegel ao interpretar Kelsen: “interpretar o ilícito como contradição lógica da norma que prescreve determinada conduta é um erro, pois que existe uma diferença de níveis de linguagem entre a norma que prescreve a conduta e a conduta de fato”²¹.

No que toca, especificamente, à aplicação da sanção, Kelsen discorre no sentido de que ela pode ser dirigida não somente contra o delinquente, mas também contra um terceiro ou até mesmo contra outros indivíduos²². Essa ideia de responsabilização de outrem acompanha o palmilhar histórico do homem, visto que, desde os primórdios da humanidade, quando um delinquente violava uma regra e, posteriormente, sua esposa ou filho ficavam doentes, tal consequência era interpretada como uma punição. No Direito primitivo, a vingança por um homicídio era dirigida também contra a família do delinquente, razão pela qual o homem primitivo não era considerado um indivíduo independente, mas parte integrante do grupo social ao qual pertencia²³. Como sustenta Kelsen: “a ordem jurídica pode responsabilizar o pai do delinquente, o seu cônjuge ou outros membros da sua família, ou ainda membros de um outro grupo a que o delinquente pertença”²⁴. Em semelhante concepção, o artigo 932²⁵ do Código Civil Brasileiro, em vigor, que trata essa questão como responsabilização de terceiros, ratificando tal pensamento na contemporaneidade.

Dever jurídico e responsabilidade

Considerando que na teoria kelseniana a sanção assume um papel indissociável da norma e é o elemento articulador dos demais conceitos do seu sistema, também a noção de dever jurídico encontra-se intimamente conectada ao referencial de sanção. Com efeito, o autor afirma que o conceito de dever jurídico “encontra-se numa relação essencial com a sanção”²⁶.

Neste sentido, o autor compreende que a prescrição de uma conduta pela ordem jurídica obriga, juridicamente, o indivíduo a conduzir-se de tal maneira. E essa prescrição somente pode ser objetivamente concebida, no âmbito do

²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 126.

²¹ KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 77.

²² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 126.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 60.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 128.

²⁵ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador [...]; III – o empregador [...].”

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 130.

Direito, quando vinculada a uma sanção. Tal razão pela qual Simioni sustenta que: “Kelsen não vai perguntar pela relação de imputação normativa entre a descrição de um comportamento e a sanção a ele cominada”²⁷. Consequentemente, o dever jurídico existe na medida em que uma norma jurídica ligue à conduta oposta um ato coercitivo como sanção²⁸.

Diante de tal contexto, Kelsen estabelece, portanto, que o dever jurídico de realizar determinada conduta não é uma situação diversa da norma jurídica que prescreve esta conduta, ao ligar à conduta oposta um ato coercitivo como sanção²⁹. Assim, estando o dever jurídico intimamente vinculado à norma jurídica, possui, como esta, um caráter individual e um caráter geral.

O caráter geral do dever jurídico é aquele que advém diretamente da norma jurídica geral, abstrata. Por sua vez, a decisão judicial, enquanto norma jurídica individual, prescreve, no caso concreto, um dever individual. Neste aspecto, o dever de indenização de uma pessoa para com outra, mediante prestação de soma pecuniária, é o dever jurídico individual daquela pessoa.

Ao elaborar o dever jurídico com base em tais preceitos, Kelsen refuta a ideia jusnaturalista de que o dever jurídico constitui um “impulso ínsito ao homem” ou de que exista uma conduta prescrita “inata”, cuja observância a ordem jurídica positiva se limite a garantir, por meio da sanção. Isto porque o dever jurídico existe em razão da norma jurídica positiva que prescreve a conduta deste indivíduo, ligando à conduta oposta uma sanção³⁰.

Observa-se, assim, que o conteúdo do dever jurídico não se vincula a um valor moral absoluto, conforme preconizado por Kant. Afinal, se Kelsen se filia ao entendimento de que inexistente uma moral absoluta, mas várias e muito diversas ordens morais que prescrevem condutas que se contrariam, o princípio kantiano, de “dever” ligado a uma moral absoluta, consequentemente, reconduziria ao entendimento relativista de que “o homem deve fazer o que deve fazer”³¹.

Dessa forma, decorre que o dever jurídico é a conduta oposta ao ato antijurídico e não possui qualquer implicação moral – ainda que seu conteúdo possa se confundir com a conduta prescrita por algum sistema moral. O indivíduo que, por meio de sua conduta, comete o ilícito, viola o dever jurídico e aplica a norma.

²⁷ SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 153.

²⁸ SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129.

²⁹ SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129.

³⁰ SIMIONI, Rafael. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 129-130.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 131.

Por outro lado, o indivíduo que não comete o ilícito cumpre o dever jurídico e observa a norma. Em ambos os casos, trata-se de conduta conforme a norma. Neste aspecto, cumpre reforçar que o cometimento do ato ilícito, para Kelsen, não é negação do direito – como foi sustentado por Hegel –, mas, sim, a confirmação da eficácia da ordem jurídica.

Kelsen prevê, ainda, que o conteúdo de um dever jurídico possa atingir a conduta de dois ou mais indivíduos, hipótese em que poderá ser violado quando não for cumprido por um *ou* pelo outro dos indivíduos, ou, ainda, quando não for cumprido cooperativamente, isto é, por meio da ação combinada de todos³².

O sujeito jurídico é aquele, portanto, portador de deveres e direitos estatuídos pela ordem jurídica. Obrigar, para Kelsen, é uma função essencial do Direito, mesmo quando as normas “conferem competência” para que o indivíduo exerça determinada conduta. Neste sentido, quando a ordem jurídica atribui competência a um indivíduo para exercer determinada conduta, pode, igualmente, torná-la conteúdo de seu dever, ao prever uma sanção para a omissão de tal agir. O mesmo pode se dar quando a ordem jurídica prevê que uma conduta seja positivamente permitida, hipótese em que pode ser estatuído um dever de usar essa permissão³³.

O dever jurídico, assim, insere-se no âmbito do ser-devido, distinguindo-se da “conduta devida”, aqui compreendida somente enquanto “o ato de coerção que funciona como sanção”³⁴. Essa sanção pode ser dirigida contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo ou contra outro indivíduo que se encontre com aquele em uma relação determinada pela ordem jurídica³⁵.

No segundo caso, o indivíduo responsável penal ou civilmente apenas responde pelo não cumprimento do dever de outro e não pode, por sua conduta, provocar ou impedir a sanção. Neste sentido, discorre Kelsen, a responsabilização pelo delito cometido por outrem somente terá eficácia preventiva quando existir uma relação tal entre os dois indivíduos que permita presumir que o indivíduo obrigado receba como um mal a punição do indivíduo responsabilizado³⁶. Trata-se, neste ponto, de uma responsabilidade coletiva, que pode ser dirigida também a uma pluralidade de indivíduos, como vários ou todos os membros de um grupo a que o delinquente pertença (represálias e guerra, ou vinganças de sangue)³⁷.

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 130.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 133.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 134.

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136.

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 136.

Kelsen distingue, ainda, a responsabilidade pela culpa e pelo resultado, constituindo-se a primeira forma naquele evento que pode ser previsto ou intencionalmente visado pelo delinquente, enquanto a segunda forma representa o advento do fato ilícito sem que tenha sido previsto ou intencionalmente visado. Aqui, Kelsen realiza uma distinção da doutrina tradicional da época, posicionando o crime cometido por negligência no âmbito da responsabilidade pelo resultado, conforme se concebe atualmente. Aliás, a responsabilidade pela “culpa” nada mais é do que a conduta dolosa, seja pelo dolo direto, seja pelo dolo eventual. Ainda, sempre que o indivíduo responsável não seja o delinquente, a responsabilidade é pelo resultado em relação àquele.

Por fim, Kelsen esclarece que o dever de indenização é, antes, uma sanção, e não um dever, já que se constitui como ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo-se, aí sim, no conteúdo de um dever jurídico³⁸. Em outras palavras, o autor aponta que o dever é a omissão do delito por parte do indivíduo cuja conduta forma o delito³⁹. Neste sentido, tal dever de indenização surge da provocação de um prejuízo cumulada com a sua não indenização. Isto é, o indivíduo, neste caso, possui a obrigação de não causar o prejuízo e ressarcir-lo, se o causar. Somente a inobservância desses dois deveres jurídicos, pelo indivíduo responsável, é que dá motivo à sanção.

Direito subjetivo

O direito subjetivo, na teoria kelseniana, estabelece um contraponto em relação ao dever jurídico. Neste sentido, por exemplo, no âmbito de uma relação jurídica, o indivíduo A tem o direito subjetivo de exigir a prestação acordada com o indivíduo B, que, por sua vez, detém o dever jurídico de cumprir a obrigação contratada com A. Kelsen propõe a diferenciação entre o direito subjetivo (*Berechtigung*) e o direito objetivo (*Recht*), sendo este último referente à ordem jurídica, ao direito positivado. Com efeito, a tradição inglesa distingue as duas formas, valendo-se da palavra *right* para direito subjetivo, e *law* para o objetivo.

Dessa forma, o exercício de um direito encontra-se vinculado à conduta devida de outro indivíduo – o que, no entanto, não se estende a deveres de omissão (não matar, não roubar), pois não há de se falar no direito ou na pretensão de não ser morto ou roubado. Esse direito, portanto, nada mais é do que o dever do outro ou dos outros⁴⁰. Por tal motivo, o autor estabeleceu a noção de que esse direito subjetivo é apenas “reflexo” do dever jurídico.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 138.

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 138.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 142.

No entanto, na perspectiva de uma descrição cientificamente exata do Direito, tem-se que tal conceito pode se revelar insuficiente, na medida em que, adverte Kelsen, existem deveres jurídicos sem os correspondentes direitos reflexos, por exemplo, o dever militar⁴¹.

Avançando, Kelsen irá criticar a tradicional divisão entre direitos sobre uma coisa e o direito em face de uma pessoa, julgando que o direito real subjetivo da propriedade, conforme determinado pela sistemática do direito civil da época, possui um caráter ideológico. Neste sentido, o autor sustenta que o direito de propriedade é, no fundo, um direito reflexo de uma pluralidade de deveres de “um número indeterminado de indivíduos em face de um e o mesmo indivíduo com referência a uma e a mesma coisa”⁴².

Kelsen reforça, rechaçando a concepção da jurisprudência tradicional, “segundo a qual o direito subjetivo é determinado como interesse juridicamente protegido”, que o direito subjetivo de alguém é apenas o reflexo do dever jurídico de outrem. Ocorre que o direito subjetivo “não pode ser um interesse – protegido pelo Direito –, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo”⁴³. Esta proteção advém de a ordem jurídica ligar à ofensa deste interesse uma sanção, estatuindo o dever de não lesar esse interesse.

No caso de o indivíduo acionar, via procedimento processual, o órgão aplicador do direito, tem-se que o seu direito subjetivo – reflexo de um dever jurídico de outrem – está revestido do poder jurídico de fazer valer esse direito reflexo, mediante uma ação judicial⁴⁴. Esse poder jurídico lhe é conferido pela ordem jurídica. Neste caso, ao exercer este poder jurídico, o indivíduo é “sujeito” de um direito que difere do dever jurídico.

O direito subjetivo como permissão positiva da autoridade consiste na autorização positiva ou no condicionamento de certa atividade. Esse direito não é reflexo, pois não é função de um dever que lhe corresponda, mas coenvolve um poder jurídico⁴⁵.

Já os direitos políticos são definidos como a capacidade, por parte dos súditos, “de influir na ordem jurídica em que a vontade do Estado se exprime”⁴⁶. Essa influência pode se dar de duas formas em democracias: pela via direta ou pela eleição de parlamentares. Outro sentido de direitos políticos condiz com o poder jurídico individual de promover a anulação de qualquer norma geral ou

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 143.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 147.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 149.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 149.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 154.

⁴⁶ KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

individual “que contradiga as normas de nível superior que asseguram constitucionalmente a igualdade ou a liberdade”⁴⁷.

Com efeito, Kelsen nega qualquer dualismo entre direitos subjetivos e objetivos, de maneira que os direitos subjetivos, para Kelsen, descrevem a relação que tem o ordenamento jurídico com uma pessoa determinada⁴⁸.

Capacidade de exercício – Competência – Organicidade

Quando um indivíduo tem a prerrogativa de realizar uma conduta autorizada pela ordem jurídica, esta lhe atribui a capacidade de se conduzir dessa maneira. A própria capacidade delitual do indivíduo exige que a ordem jurídica a confira, ao colocar um pressuposto do ato coercitivo que funciona como sanção e que é dirigido contra o indivíduo responsável pelo ato. No entanto, a conduta que representa o delito não é aprovada por essa ordem jurídica. Neste sentido, Kelsen pretende explicar que a expressão “autorização” (*Ermächtigung*), por estar vinculada a uma noção de “aprovação”, é empregada em um sentido que não engloba a capacidade delitual⁴⁹.

Em tal contexto, a capacidade de exercício seria justamente essa capacidade individual para produzir efeitos jurídicos mediante sua conduta, sem conglobar a capacidade delitual, mas que produziria as consequências jurídicas que a ordem jurídica liga a essa conduta. Com efeito, Kelsen esclarece que a capacidade de exercício “é principalmente negocial”, compreendendo-se dentro dela também a capacidade processual – isto é, de influir, por meio da ação ou do recurso, no processo judicial⁵⁰.

Como se vê, Kelsen concebe a capacidade processual como um poder jurídico “autorizado” pela ordem jurídica. Na mesma direção, a capacidade negocial constitui o poder jurídico como capacidade de criar direito e deveres⁵¹. Sendo assim, é possível entendê-la também como a capacidade para cumprir deveres jurídicos e, de tal forma, conduzir-se de maneira a evitar a sanção⁵².

Avançando, Kelsen sustenta que a força e a obrigatoriedade do cumprimento do contrato celebrado entre dois indivíduos particulares decorrem, em última análise, da sanção que a ordem jurídica liga e prevê à conduta anticontratual.

⁴⁷ KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

⁴⁸ KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 85.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 164.

⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 165.

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 165.

⁵² KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

De tal modo, essa norma produzida pelo negócio jurídico é *não autônoma*, isto é, normas que “apenas se podem compreender em conexão com outras normas estatuidoras de atos de coerção”⁵³. Observa-se, portanto, mais uma vez, o papel fundante e central que o conceito de sanção e os atos de coerção cumprem na doutrina kelseniana.

Essa capacidade de exercício de poder jurídico se traduzirá em *competência* sempre que se estiver referindo à autorização pela ordem jurídica de exercício de uma função que pode ser *atribuída* à comunidade. Neste caso, em sentido amplo, o indivíduo é um órgão por meio do qual a comunidade, constituída por uma ordem normativa, exerce a sua função. Kelsen explica que, para tal fim, a conduta deste indivíduo deverá se encontrar determinada na ordem normativa como pressuposto ou consequência⁵⁴.

Porém, avança Kelsen, essa definição englobaria igualmente a conduta que, como pressuposto da sanção estatuída pela ordem jurídica, é juridicamente proibida. Para a concepção de que o ilícito configura um “não direito”, isto é, para a qual a conduta proibida é a negação do Direito, a tendência é refutar essa perspectiva, uma vez que seria atribuível à comunidade jurídica somente a conduta do indivíduo para a qual esteja ele “autorizado”. Neste sentido, o indivíduo somente seria concebido enquanto órgão da comunidade jurídica, na medida em que observasse uma conduta para a qual fosse “autorizado”⁵⁵.

Mais adiante, Kelsen estabelece que:

Por isso, o indivíduo que exercita o poder jurídico que lhe é conferido propondo uma ação judicial ou celebrando um negócio jurídico pode ser designado como órgão jurídico, e o poder jurídico que lhe é conferido pode ser designado como sua competência – e isto precisamente no mesmo sentido em que chamamos órgão ao legislador, ou juiz ou ao funcionário administrativo, e em que designamos por competência o poder jurídico que lhes é conferido⁵⁶.

No entanto, em sentido mais estrito e de acordo com o uso jurídico, os conceitos de função da comunidade jurídica e de órgão da comunidade jurídica exigem uma qualificação do indivíduo que exerça a conduta. Essa qualificação implica em uma divisão funcional do trabalho. Dessa forma, as comunidades que dispõem de órgãos são consideradas “organizadas”, compreendendo-se, aqui, que elas possuem órgãos funcionando segundo o princípio da divisão de trabalho⁵⁷.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 62.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 168.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 169-170.

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 171.

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 171.

A qualificação pode ser baseada na natureza, sempre que os critérios forem de idade, de gênero, de saúde mental ou física, ou em qualidades morais, como é o caso de conhecimentos especiais do indivíduo. Ainda, o indivíduo deve ser chamado à função mediante uma forma, que pode ser mediata ou imediata. É imediata se o chamamento se encontra, desde já, na Constituição, em uma norma consuetudinária ou na lei, que designam indivíduo concretamente determinado. É mediata nas hipóteses em que a Constituição, a lei ou o direito consuetudinário prevejam um ato específico, que pode ser a nomeação, a eleição, o sorteio⁵⁸. Este chamamento, portanto, é o que torna o indivíduo no órgão do Estado em questão, ou seja, “quando um indivíduo é chamado à sua função através de um ato especial juridicamente especificado para realizar uma função social juridicamente regulamentada”⁵⁹. Há, também, a hipótese de “identificação do órgão com seu funcionário, no sentido de administração do Estado”⁶⁰.

Por derradeiro, Kelsen destaca que, no Direito moderno, não existem pessoas incapazes de direitos, como eram considerados os escravos, por exemplo. No entanto, nem todos os indivíduos possuem capacidade de exercício. Neste sentido, os menores ou doentes mentais necessitam ter um representante legal, a quem competirá exercitar os seus direitos, cumprir os seus deveres e criá-los, mediante a celebração de negócios jurídicos. Neste aspecto, a criação da representação legal possuiria correlação com a organicidade, na medida em que a comunidade exerce sua função por intermédio de um agente *como se fosse* a comunidade quem a exercesse.

Relação jurídica

Consoante a doutrina tradicional, Kelsen aponta que a relação jurídica é a relação entre o sujeito detentor de um direito reflexo ao dever jurídico de outro sujeito. Portanto, é a relação que surge entre sujeitos jurídicos o que difere da relação de um dever e seu correspondente direito⁶¹. Vale dizer que essa relação não se dá apenas entre sujeitos jurídicos, ou seja, o indivíduo que está obrigado juridicamente a uma conduta em relação ao outro. Todavia, é estendido em algumas situações, tais como alguns exemplos extraídos do texto de Kelsen:

[...] entre o indivíduo que tem competência para a criação de uma norma e o indivíduo que tem competência para aplicação dessa norma, bem

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 172.

⁵⁹ KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 87.

⁶⁰ KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017. p. 84.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 183.

como o indivíduo que tem competência para a criação ou aplicação da norma e o indivíduo a quem essa norma impõe um dever ou confere um direito. [...] indivíduos competentes para execução de atos coercitivos e os indivíduos contra os quais os atos coercitivos se dirigem⁶².

À luz de tal concepção, Kelsen diferencia a relação entre sujeitos em primeira linha e segunda linha, em que, nos de primeira linha, estabelece a relação entre sujeitos de deveres como os que possuem o dever de criar ou produzir normas jurídicas e os sujeitos aos quais as normas estabelecem deveres. Nos de segunda linha, refere-se à relação estabelecida entre os sujeitos do dever de criar e ou aplicar normas jurídicas e os sujeitos dos direitos estabelecidos por essas normas.

Nessa esteira, o autor entende que esses direitos não são reflexos do dever de criar ou ampliar normas jurídicas. Todavia, são entendidos como reflexos de deveres deliberados por essas normas. A um primeiro olhar, parece-nos que há uma relação hierárquica entre o sujeito que cria e o que aplica as normas. Contudo, não pode ser interpretado dessa maneira. Posto que o sujeito que cria e aplica as normas também está subordinado a elas, determinando um patamar de igualdade com os sujeitos dos deveres ou direitos estabelecidos por essa norma. Mais à frente, Kelsen conclui que somente no momento da criação ou aplicação da norma onde o sujeito exerce o poder jurídico que lhe é conferido pode-se pensar na ideia de “supraordenação”⁶³.

Kelsen possui a particularidade de visualizar a relação jurídica como um complexo de normas⁶⁴, razão pela qual vislumbra o conhecimento dirigido ao Direito não como uma relação entre indivíduos, mas como relações entre normas. É dizer que o importante são as ações e omissões dos indivíduos e não os indivíduos em si⁶⁵. De sorte que a relação jurídica é definida pelo autor como a relação entre um dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde, onde o Direito reflexo é nada mais nada menos que o próprio dever jurídico⁶⁶.

Ao ser estabelecida uma relação jurídica, e um dos indivíduos vir a agir de forma contrária ao dever reflexo ao direito do outro, a ordem jurídica confere ao indivíduo detentor desse direito o poder jurídico de iniciar um processo em que o tribunal irá estabelecer uma norma individual, em conformidade com a norma geral, que resultará na aplicação de uma sanção ao indivíduo obrigado que não

⁶² KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 183.

⁶³ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 184.

⁶⁴ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 187.

⁶⁵ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 188.

⁶⁶ KELSSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 188.

agiu conforme determinado na relação jurídica. Frise-se que é nesse sentido que o autor afirma existir a expressão figurada em que a conduta de indivíduos forma o conteúdo das normas da ordem jurídica⁶⁷.

No que tange ao conceito de pessoa, Kelsen entende ser uma unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas⁶⁸. Essa concepção o difere da doutrina tradicional que advoga na ideia de pessoa como sujeito “portador” de direitos e deveres jurídicos, fazendo a diferenciação de pessoa física quando se refere a um indivíduo, e jurídica quando se refere a uma corporação. Kelsen, por sua vez, ao transpor a ideia de pessoa como sendo um conjunto de normas, aduz que não há diferenciação entre a pessoa física da jurídica.

Destarte, a pessoa física é o resultado de uma construção jurídica que se diferencia do conceito de indivíduo – homem⁶⁹. Nas palavras do autor: “a chamada pessoa física não é [...] um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”⁷⁰. No entanto, não se pode olvidar que em sua obra *Teoria pura do direito*, assim como a doutrina tradicional, o autor realiza a diferenciação entre pessoa física e jurídica, enfatizando as suas particularidades, mas com especial enfoque na pessoa jurídica entendida como corporação.

Dentro dessa perspectiva, Kelsen busca na doutrina tradicional o conceito de corporação, a saber: “[...] um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que tem direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõe”⁷¹. Portanto, poder-se-ia interpretar que, ao falar de pessoa jurídica, estão implícitas ações e omissões de seres humanos que atuam como órgão da corporação⁷². Consoante ao referido conceito, a pessoa jurídica pode assumir duas posições distintas. Primeiramente, como “pessoa agente” capaz de realizar negócios jurídicos ou até mesmo cometer um ilícito. Essa capacidade de agir é designada pelo estatuto da corporação que designa as funções a serem desempenhadas pelos indivíduos que a compõem.

Apesar de o autor deixar claro que somente mediante uma ação ou omissão regulada pelo estatuto é que a conduta ou abstenção humana pode ser atribuída à corporação⁷³, enfatiza a dificuldade de estabelecer o liame entre a responsabilidade por tal ato ser da corporação ou do indivíduo que em nome dela atua⁷⁴.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 186.

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 98.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 100.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 194.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 100.

⁷² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 101.

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 197.

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 196.

Na sequência, o autor apresenta a pessoa como sujeito de deveres e direitos, onde a palavra direito pode ser entendida, além do direito subjetivo propriamente dito, também como uma permissão positiva, ou seja, como uma autorização ou competência estatuída pela ordem jurídica Estadual, tal qual o de fazer valer o seu direito por intermédio de uma ação⁷⁵.

A pessoa jurídica, enquanto detentora de deveres, ao ser criada, recebe obrigações que, se não cumpridas, são caracterizadas como ilícitos dignos de sanção⁷⁶. Essa questão não poderia ser mais atual. Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça superou a questão que versa sobre a inconstitucionalidade do protesto de dívida ativa fiscal, como um meio de forçar as empresas a cumprirem com a sua obrigação perante o Estado. Resta demonstrado na decisão abaixo ementada:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. 2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.” [...] para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida.” Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais. 5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, [...] ⁷⁷.

Nesse sentido, considera-se a corporação possuidora de capacidade delitual⁷⁸. Portanto, responderá à sanção estatuída pela ordem jurídica, com o patrimônio

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 209.

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 200.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1126515586.316/PR (2009/0042064-8), da 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data da Decisão: 03/12/2013, *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=9203868&data_pesquisa=19/02/2014&seq_publicacao=13747&versao=impresso&nu_seguinte=00001¶metro=null>. Acesso em: 14. jun. 2017.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 203.

atribuído à corporação⁷⁹. Assim, surge o conceito de responsabilidade da pessoa jurídica, responsabilidade que é estendida ao indivíduo que cometeu o ilícito, na qualidade de membro ou de órgão da corporação.

Em corolário, no que toca à aplicação de penas, Kelsen ministra que as penas de morte ou prisão são inaplicáveis à pessoa jurídica, ao contrário do que ocorre com as de caráter pecuniário⁸⁰. Atualmente, aplica-se a *Teoria do domínio do fato*, apresentada pelo alemão Hans Welzel, onde o autor do ato delituoso é a pessoa que agiu conforme sua decisão e vontade, realizando de forma final o ilícito. Portanto, é quem possui o controle do processo causal do início ao fim, determinando a sua ocorrência e o modo como o tipo se caracteriza⁸¹.

O grande mérito dessa teoria é afastar a possibilidade de a pessoa física praticar, de forma indiscriminada, ações consideradas ilícitas e sair impune por estar agindo sob a égide da pessoa jurídica. Em matéria de direito ambiental, nosso ordenamento jurídico absorveu a temática sob o princípio da dupla imputação. Nessa esteira, a peça acusatória poderá não ser recebida no caso em que o Ministério Público não aponte as pessoas físicas envolvidas no fato gerador do crime⁸².

Por todo o exposto, a pessoa jurídica enquanto sujeito de direitos e deveres relacionados à conduta de indivíduos, conferidos pela ordem jurídica, assim como a pessoa física, nada mais é do que uma construção da ciência jurídica entendida como um conceito auxiliar à descrição do Direito. A personificação e seus resultados, nas palavras de Kelsen, “são um produto da ciência que descreve o Direito e não um produto do Direito”⁸³.

Por fim, Kelsen advoga no sentido de que o dualismo de Direito sob o ponto de vista objetivo e subjetivo deve ser superado, uma vez que, na perspectiva da *Teoria pura do direito*, a pessoa, tanto física como jurídica, é tratada como um complexo de normas jurídicas personificado, onde direitos e deveres subjetivos são reduzidos à norma jurídica que liga uma sanção a uma ação ou omissão de um indivíduo. A sanção, por sua vez, para ser aplicada, deverá prescindir de ação judicial intentada para esse fim⁸⁴.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 206.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 208.

⁸¹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: curso completo*. Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 429.

⁸² JECKEL, L. C.; SARAIVA, B. H. K. Hipóteses de extinção da punibilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: WEYERMÜLLER, André Rafael; HUPFFER, Haide Maria (Orgs.). *Direito 10*, Feevale, 2015. p. 337.

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 212.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 213.

Sob esse aspecto, o Direito subjetivo é absorvido pelo Direito objetivo. Tal é a razão pela qual a *Teoria pura do direito* é entendida como objetivista-universalista⁸⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grandeza da obra de Hans Kelsen segue exercendo sua influência sobre o nosso tempo. O normativismo kelseniano estabeleceu as bases para a delimitação objetiva de uma ciência do Direito e compôs uma das três matrizes epistemológicas na teoria jurídica, no sentido em que concebido por Leonel Severo Rocha.

Tendo em vista que a ciência exerce a descrição, valorativa e imparcial, da realidade verificada, Kelsen edifica um sistema autorreferente, excluindo considerações não normativas, com vistas ao rigor teórico. Por tal motivo, Kelsen separa o objeto da ciência, isolando o direito positivo, a fim de estudá-lo a partir de uma metalinguagem, livre da valoração subjetiva. Como se vê, Kelsen jamais afirmou que o Direito era puro e tampouco pretendeu que a ciência do direito se preocupasse com o plano de aplicação da norma jurídica.

Ao se referir ao aspecto formal das normas, o normativismo kelseniano procura um conceito fundante, que possibilite unidade temática e categorial ao Direito: esse conceito é o de sanção. Nesta direção, é possível verificar, a partir da leitura do capítulo referente à estática jurídica, que a sanção ocupa esse lugar privilegiado na teoria kelseniana, ao redor do qual os demais elementos se articulam. Para Kelsen, é a sanção que permite caracterizar juridicamente o Direito, distinguindo-o de ordens sociais como a Moral ou a Religião.

Por outro lado, Kelsen realiza uma distinção entre as dimensões estática e dinâmica da ordem jurídica, segundo a natureza do fundamento de validade. A estática jurídica tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor, em seu movimento estático, preocupando-se com a descrição da norma isolada. O seu fundamento de validade é, eminentemente, deduzido de uma norma pressuposta como norma fundamental. A estática jurídica, portanto, irá se ocupar destes conceitos estruturais, que possuem uma pretensão universal, no sentido de que qualquer teoria do direito precisa enfrentá-los.

Já a dinâmica jurídica se destina a estudar o fenômeno jurídico em seu movimento, no instante de sua criação e aplicação. Neste contexto, a norma fundamental pressuposta não tem por conteúdo *senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou uma*

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 213.

regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental – o que, em última instância, significará que *todo e qualquer conteúdo pode ser Direito*.

Essa ambição puramente formalista do normativismo kelseniano, aliada à total ausência de critérios éticos materiais e à delegação da aplicação do Direito aos Tribunais, contribuiu para a condução da sociedade ao totalitarismo e ao colapso humanitário na Segunda Guerra Mundial.

Evidentemente, os eventos vivenciados durante a Segunda Guerra representaram um duro golpe para o positivismo. Neste sentido, na segunda metade do século XX, diversos autores se preocuparam em propor releituras ou superações do sistema elaborado por Kelsen, inclusive autores positivistas preocupados em recuperar a teoria. Dentre essas releituras, algumas se destacam em relevância.

De um lado, o sofisticado filósofo Herbert Hart diverge de Kelsen quanto ao fundamento de validade do Direito, instituindo as *regras de reconhecimento, de adjudicação e de alteração*, cuja cadeia substitui a Norma Fundamental (*Grundnorm*). No mesmo sentido, Hart repensa a função cumprida pela sanção no sistema jurídico kelseniano, estipulando que ela estaria limitada apenas ao âmbito das regras primárias.

De outro lado, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, no livro *La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (ed. Laterza, 2016), elenca dez aporias da obra de Kelsen, algumas das quais são diretamente vinculadas à estática jurídica: a assunção do *dever ser* da sanção como categoria explicativa da fenomenologia do direito; a limitação do conceito de direitos subjetivos a “reflexos”; a desconfiança pela incorporação dos direitos fundamentais nas constituições, e a progressiva supressão da dimensão estática dos ordenamentos jurídicos nos estados constitucionais, em favor da dinâmica.

Com efeito, a Teoria Pura do Direito vinculou-se às exigências de um Estado eminentemente liberal. O Direito, sob este aspecto, preocupava-se, em especial, com o Poder de Polícia e se afirmava sobre os pilares da legalidade e das sanções negativas. Neste ponto, aliás, vale ressaltar que, nas linhas finais de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen revela o desejo de que a sua teoria científica auxilie no alcance do “maior grau possível de segurança jurídica”.

Por óbvio que Kelsen, em seu tempo, reconheceu que um sistema normativo que não oferecesse flexibilidade diante das mudanças socioculturais estaria fadado ao insucesso, tanto que concebeu a possibilidade de evolução do sistema jurídico ao tratar da dimensão dinâmica do ordenamento tão defendida pelos autores supracitados. O que Kelsen não poderia vislumbrar, no entanto, foi o estado de complexidade alcançado na contemporaneidade, onde juízes, promotores e demais atores do sistema judiciário compõem um sistema com o

propósito, por exemplo, de combater a alta profissionalização do crime organizado. Dessa forma, a ideia de sanção apresentada por Kelsen necessita nova roupagem, que se pode reconhecer, inclusive, na noção de sanção positiva.

Desenvolvido por Norberto Bobbio, na obra intitulada *Da estrutura à função*, o conceito de sanção positiva trabalha a perspectiva de que o Estado pode incentivar determinados comportamentos. É dizer que o lado positivo do Direito estabelece uma função motivadora de determinadas condutas, não se limitando à feição repressora e negativa. Dessa maneira, o Direito abdica de seu caráter meramente repressor, a fim de fomentar, por meio de recompensas, aquelas atitudes consideradas úteis ou socialmente desejadas.

Esse entendimento é sedimentado, em nosso ordenamento jurídico, dentre outras aparições, no instituto da delação premiada, que vem sendo largamente aplicado na *Operação Lava Jato*. Tal instituto constitui instrumento probatório que tem por objetivo incentivar a colaboração de réus e de investigados, em crimes gravíssimos de corrupção, de lavagem de dinheiro, de sonegação, de desvio de verba pública cometidos contra a coletividade.

Muito embora o objetivo final alvitado seja o da responsabilização dos criminosos, observa-se que o conceito de sanção, tão caro e fundamental na teoria kelseniana, já não se resume a sua faceta meramente repressora, fornecendo benefícios e incentivos ao réu que decidir colaborar com as investigações, fornecendo informações caras aos agentes de acusação.

Apesar de normatizado, esse instrumento probatório deveria ser utilizado em casos excepcionais, tal como pode ser observado no corpo do acórdão eletrônico Dje-095 do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pelo recebimento parcial da denúncia contra Eduardo Cunha e Solange de Almeida. Ao ser mencionado o instituto da delação premiada, foi ponderado que a prova obtida por intermédio da delação deve ser exclusiva. Aos olhos atentos, porém, não é o que está sendo observado na *Operação Lava Jato*. Há um círculo formado onde delatores são delatados e vice-versa, oportunizando que todos sejam beneficiados, configurando o uso abusivo e indiscriminado da benesse.

De outro plano, muito se discute entre os doutrinadores brasileiros o fenômeno da constitucionalização do direito privado, na busca de um sistema judiciário com base em precedentes, tal como ocorre nos Estados Unidos da América, o que afastaria, consideravelmente, a força das normas positivadas.

Assim, seja por qual ângulo se analise esse tema, verifica-se que as constantes releituras e reinterpretações oferecidas pela teoria kelseniana apenas reforçam a sua importância para pensar e discutir a sociedade contemporânea, ainda que a necessidade de superação do seu positivismo normativista e a complexidade atual, à primeira vista, possam indicar o contrário.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilista.com*, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Acórdão eletrônico DJe-095, Tribunal pleno, Relator: Ministro Teori Zavascki, Data da Decisão: 03/03/2016. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OkWAeF9NWYMJ:www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp%3FnumDj%3D95%26dataPublicacao%3D%26incidente%3D4727441%26capitulo%3D5%26codigoMateria%3D1%26numeroMateria%3D68%26texto%3D6216391+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1126515586.316/PR (2009/0042064-8), da 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data da Decisão: 03/12/2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=9203868&data_pesquisa=19/02/2014&seq_publicacao=13747&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=null>. Acesso em: 14. jun. 2017.

DI PALMA BECK, M. *As bases e os desafios imediatos da ciência do direito em Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fs1345/ndad0g5s/56PAa13F2FczQmaW.pdf>>. Acesso em: 17. jun. 2017.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: curso completo*. Parte Geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KEGEL, P. L. *Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106307>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

JECKEL, L. C.; SARAIVA, B. H. K. Hipóteses de extinção da punibilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais. In: WEYERMÜLLER, André Rafael; HUPFFER, Haide Maria (Orgs.). *Direito 10*, Feevale, 2015.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUZ SEGUNDO, Elpidio Paiva. Machado de Assis e o imaginário jurídico moderno no Brasil: contribuições para o desvelamento epistemológico do positivismo jurídico. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 3, n. 1, p. 171-195.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas.

Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) da Unisinos, São Leopoldo, 5 (2): 141-149, jul./dez. 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. *Crítica jurídica*, n. 34: 71-93, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/34/art/art6.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SIMIONI, Rafael. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

TRINDADE, André Karam. Considerações sobre o problema do fundamento do direito: breve análise das teorias de Kelsen, Bobbio, Hart e Dworkin. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali*, Itajaí, v. 9, n. 2, 2º quadrimestre de 2014.

Data de recebimento: 30/11/2017

Data de aprovação: 12/03/2018

A TEORIA DO DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL DE RICHARD ALBERT: REFLEXÕES SOBRE SUA APLICABILIDADE AO BRASIL

RICHARD ALBERT'S THEORY OF CONSTITUTIONAL DISMEMBERMENT: THOUGHTS ABOUT ITS APPLICABILITY TO BRAZIL

*Marcus Vinicius de Barros Magalhães Ribeiro**

RESUMO

O presente artigo busca analisar a Teoria do Desmembramento Constitucional, tal como concebida pelo Professor Richard Albert, e propõe uma reflexão acerca de sua utilidade no cenário brasileiro atual. Primeiramente, define-se o fenômeno do Desmembramento como o esforço de transformação da identidade, valores e arquitetura de uma constituição, protegidos ou não por cláusulas pétreas, mantendo-se, porém, a estabilidade da constituição alterada. Para que tal esforço afigure-se legítimo, Albert propugna a necessidade de observância da denominada “regra de mutualidade”. Em seguida, a teoria do desmembramento e a regra de mutualidade, tais como expostas pelo referido professor, são metodologicamente fixadas como pontos iniciais que, auxiliados pela escala de medição de rigidez constitucional de Lutz, passam a ser submetidos à avaliação de compatibilidade com a ordem constitucional brasileira. Seguindo o *iter*, conclui-se que uma versão mitigada da teoria do desmembramento, que reconhecesse e interagisse com o sistema de controle de constitucionalidade forte exercido pelo judiciário pátrio, seria, em tese, compatível com a ordem constitucional brasileira, fomentando inclusive a participação popular nos processos de mudança constitucionais.

* Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. E-mail: mviniusr91@gmail.com

Palavras-chave: Poder constituinte; Desmembramento; Mutualidade; Jurisdição constitucional; Diálogos sociais.

ABSTRACT

This article analyses the Constitutional Dismemberment Theory as conceived by Professor Richard Albert, and proposes a reflection about its usefulness in the current Brazilian scenario. Firstly, the Dismemberment phenomenon is defined as the effort of transforming the identity, values and architecture of a constitution, protected or not by unamendable provisions, but maintaining the stability of the altered constitution. In order for such an effort to be legitimate, Albert argues for the need to adopt the so-called “rule of mutuality”. Next, the dismemberment theory and the rule of mutuality, as exposed by the said Professor, are methodologically fixed as initial points which, aided by Lutz’s scale of measurement of constitutional rigidity, are then subject to an assessment of compatibility with the Brazilian constitutional order. Finally, after following the methodological path, it is possible to conclude that a mitigated version of the theory of dismemberment, which recognizes and interacts with the Brazilian system of strong judicial review, would in theory be compatible with its constitutional order, enhancing popular engagement in the procedures of constitutional change.

Keywords: Constituent Power; Dismemberment; Mutuality; Judicial Review; Social Dialogues.

INTRODUÇÃO

Inicia-se aqui uma breve reflexão sobre a teoria do Desmembramento Constitucional, desenvolvida em artigo seminal de autoria do Professor Associado do Boston College of Law Richard Albert¹, que visa, como será melhor explicitado nos tópicos abaixo, revisitar o arcabouço teórico tradicional acerca do poder constituinte originário, propondo uma visão alternativa à dicotomia poder constituinte/poder de reforma à constituição, mediante a qual se permitiria a realização de alterações parciais, porém profundas, na identidade, valores ou arquitetura constitucional – o chamado desmembramento – mediante o emprego de regras que simulam o procedimento utilizado para a ratificação da constituição que se quer ver substancialmente modificada, sem, porém, ocasionar a ruptura completa da ordem constitucional vigente.

Por conseguinte, objetiva o presente texto, além de apresentar o fenômeno do desmembramento constitucional e a teoria construída por Albert em torno

¹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

deste, introduzir regra elaborada pelo referido professor – denominada regra de mutualidade – para que o desmembramento seja realizado de forma legítima, tecer eventuais críticas tanto à teoria quanto à regra apresentada e, em remate, promover uma reflexão acerca de sua aplicabilidade à ordem constitucional brasileira.

Com efeito, os temas que serão objeto de reflexão ao longo deste artigo são dotados de suma relevância ao procurarem trazer a debate novel mecanismo que busca conciliar o princípio democrático de autodeterminação de cada geração popular para decidir coletivamente seu rumo com a proteção, postulada pelo Constitucionalismo, de liberdades individuais e grupos minoritários em face do Estado e da Coletividade. A teoria do desmembramento, em específico, teria o potencial, se bem explorada e aplicada ao Brasil, de dar maior legitimidade à atuação congressual em reformas polêmicas no texto constitucional e, ao mesmo tempo, de conter interpretações expansivas das cláusulas pétreas pelo judiciário no sentido de entrincheirar privilégios indevidos, sem, contudo, tolhê-lo de seu importantíssimo papel contramajoritário.

De qualquer forma, o propósito maior aqui não é o de expor uma fórmula pronta e acabada que substitua a narrativa *mainstream* acerca da dicotomia que cerca as concepções de poder constituinte originário e derivado, mas de trazer à comunidade jurídica pátria outra visão, a ser ainda aprimorada e estudada com rigor, de como equacionar a tensão entre democracia e constitucionalismo, sem resvalar seja para uma ditadura dos mortos, seja para uma ditadura dos vivos.

Do ponto de vista metodológico, este trabalho adota como ponto de partida – premissa básica – a teoria do desmembramento e a regra de mutualidade, tais como enunciadas por Richard Albert. Emprega-se, ainda, como ferramenta auxiliar à melhor aplicação da regra de mutualidade a escala de medição da dificuldade dos procedimentos de alteração constitucional desenvolvida por Donald Lutz², pois permite comparações controláveis entre diferentes procedimentos adotados pelo constituinte originário e reformador. Adentrando no contexto brasileiro, buscar-se-á verificar, aplicando os conceitos e o ferramental mencionados, se o procedimento de elaboração e ratificação da Constituição de 1988 apresentou maior grau de rigidez e consentimento popular do que o atualmente previsto para a modificação de seu texto. Em caso positivo, a regra de mutualidade far-se-á útil ao sistema jurídico brasileiro, pois esta, ao determinar que o procedimento de alterações transformativas na CRFB se dê com base em *iter* mais gravoso que o de emenda à constituição, fomenta a inclusão e mobilização dos

² LUTZ, D. S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, June, 1994. p. 355-370. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

diversos segmentos da sociedade na deliberação e aprovação de mudanças substanciais no texto constitucional, participação social de que carece atualmente. Todavia, o trabalho também leva em conta as possibilidades e limites hermenêuticos dos enunciados normativos inscritos na lei suprema, que dão ao judiciário função central no sistema constitucional pátrio, razão pela qual a teoria do desmembramento deve passar também pelo filtro da ordem constitucional positiva para fins de aferição de sua viabilidade prática no Brasil e, se necessário, compatibilizando-a com as relevantes atribuições que as instituições da república exercem.

Pois bem, feitas as considerações acima, o presente artigo passa a apresentar logo abaixo, em seu segundo tópico, o conceito de desmembramento (ou desmonte) constitucional enquanto fenômeno, diferenciando-o do de constitucionalismo abusivo, proposto pelo Professor David Landau. Em seguida, no terceiro tópico, debruça-se sobre a regra de mutualidade, como visto rapidamente *supra*, expediente direcionado à avaliação da legitimidade de alterações constitucionais transformativas inconsistentes com a identidade, valores fundamentais ou arquitetura da lei maior em vigor. Na sequência, exploram-se no quarto tópico as possíveis relações entre a teoria de Richard Albert e a jurisdição constitucional. Ao final, no quinto e último tópico, busca-se averiguar a viabilidade de sua aplicação, ainda que mitigada, à realidade brasileira

O DESMEMBRAMENTO CONSTITUCIONAL

O fenômeno do *Desmembramento Constitucional* representa uma interessante contribuição na tentativa de reconstrução da vetusta Teoria do Poder Constituinte, adequando-a à promessa emergente do pós-guerra de (re)fundar comunidades políticas segundo o ideário de autodeterminação popular³.

O conceito de Desmembramento, tal como explica o ilustre professor Albert, procura superar a dicotomia construída ao longo de três séculos de estudo acerca da relação entre o poder constituinte dito “originário”⁴ e o poder de reforma

³ Para um olhar contemporâneo acerca da Teoria do Poder Constituinte, comprometida com o Estado Democrático de Direito e sem mistificações teológicas, Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Cap. 6, p. 243-279; BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. IV, p. 129-156.

⁴ Como expõe Barroso, vários são os autores que se opõem ao uso da locução “poder constituinte derivado” para tratar do poder de reforma constitucional. Desta forma, não haveria, igualmente, razão para atribuir ao poder maior de (re)fundar a ordem constitucional o rótulo de “originário”, bastando denominá-lo de Poder Constituinte (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. IV, p. 179-180).

constitucional, derivado e subordinado àquele primeiro, destacando-se as contribuições dadas por Sieyès⁵ e Cooley⁶.

A despeito de diferenças terminológicas e de fundo entre as teorias destes pensadores, um ponto de convergência em suas obras refere-se ao binarismo encontrado no caminho percorrido, a fim de que se proceda a uma alteração constitucional: ou ela se dará por via de um *poder constituído*, em regra, por meio do emprego de *emenda*, instrumento utilizado para a correção de falhas ou para o aperfeiçoamento do texto constitucional, mantendo-se, porém, intactas as decisões fundamentais estruturantes do diploma supremo⁷, ou, caso as modificações sejam de tal monta a ponto de afetá-las, ter-se-á por configurado o exercício do *poder constituinte*, surgindo desta manifestação uma nova ordem jurídica.

De fato, Albert aponta quatro proposições fundamentais à hipótese do *pouvoir constituant* em sua forma tradicional⁸: (i) a proposição binária (*binary proposition*), segundo a qual as alterações constitucionais resultam ou em uma emenda constitucional, ou em uma nova constituição; (ii) a proposição processo-resultado (*process-outcome proposition*), segundo a qual as alterações constitucionais formalizadas conforme as regras de emenda à constituição nem sempre resultam em efetivas emendas, mascarando, por vezes, mudanças radicais que exigiriam, em tese, pronunciamento do poder constituinte; (iii) a proposição da ilegitimidade (*illegitimacy proposition*), segundo a qual alterações constitucionais que resultem em algo que não uma efetiva emenda são ilegítimas

⁵ O Abade Francês Emmanuel Joseph Sieyès, nomeado para representar o Terceiro Estado na Assembleia dos Estados Gerais, convocada por Luis XVI em 1789, produziu, durante o processo revolucionário, sua *magna opus* “*Qu’est-ce que le Tiers État*”, em que traça uma fundamental distinção entre o *poder constituinte*, representante por excelência da vontade da nação e limitado apenas pelo direito natural, e o *poder constituído*, juridicamente adstrito aos termos da delegação outorgada por aquele primeiro. Cf. SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?*. Tradução de Norma Azevedo. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. IV, p. 131-132.

⁶ O jurista oitocentista norte-americano Thomas M. Cooley sustentava, conforme narra Laurence H. Tribe, a existência de limites implícitos ao poder formal de reforma previsto pelo artigo V da Constituição Americana de 1787. Destarte, emendas à constituição que se propusessem a desnaturar algum de seus princípios fundamentais, dentre os quais a federação, seriam inválidas, eis que em desarmonia com o espírito da ordem constitucional originalmente concebida, procurando subvertê-la e destruí-la, em vez de aperfeiçoá-la ou repará-la, violando, por conseguinte, a vontade popular expressa por meio dos *founding fathers* no Congresso da Filadélfia. Cf. TRIBE, L. H. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, p. 113.

⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 3-5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁸ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 3-5. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 45-46.

quando confrontadas com a constituição vigente anterior à mudança; e (iv) a proposição dos limites implícitos⁹ (*implicit limitations proposition*), segundo a qual mesmo quando o texto constitucional não designar expressamente os tipos de alteração que podem ser instrumentalizados por emenda à constituição e aqueles que carecem do exercício do poder constituinte, tal distinção faz-se implícita na própria natureza do que é uma emenda e do que é uma constituição.

Por sua vez, o desmembramento viria a ocupar posição intermediária entre as duas formas de alteração acima propugnadas, representando um esforço deliberado de desmontar uma ou mais partes constituintes da lei fundamental (protegidas por cláusulas pétreas implícitas ou explícitas), sejam estas codificadas ou não, transformando sua identidade, valores ou arquitetura, sem, contudo, provocar uma ruptura na continuidade legal necessária à manutenção de um regime político estável¹⁰.

A alteração na identidade constitucional¹¹, primeira grande dimensão do fenômeno estudado, é definida como a “[...] transformação fundamental em como a Constituição é percebida e entendida por aqueles regidos por ela, pelos que se encontram acima de sua autoridade legítima, ou por ambos”¹². Assim, ao que parece, Albert trabalha com uma concepção sociológica de identidade constitucional, cujo reconhecimento fica, desse modo, condicionado ao assentimento da sociedade aberta de intérpretes¹³ da norma maior¹⁴. A título de exemplo, o

⁹ Limites estes também denominados pela doutrina pátria *cláusulas pétreas implícitas*. Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 317-321.

¹⁰ Nas palavras de Albert, logo na introdução de seu artigo, no original em inglês: “A constitutional dismemberment is a deliberate effort to disassemble one or more of the constitution’s constituent parts, whether codified or uncoded, without breaking the legal continuity that is necessary if not useful for maintaining a stable polity. Dismemberment seeks to transform the identity, the fundamental values or the architecture of the constitution”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 1. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

¹¹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

¹² Tradução livre do original em inglês: “This entails a fundamental transformation in how the Constitution is perceived and understood either by those it governs or those beyond its legitimate authority, or both”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 11.

¹³ Sobre o conceito de Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, Cf. HÄRBELE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997 (reimpressão de 2002).

¹⁴ Ou seja, em termos práticos, integrarão a identidade constitucional aqueles dispositivos considerados por relevantes atores sociais, políticos e institucionais como dela fazendo parte.

Partido Liberal Democrático Japonês vem conduzindo plano que busca implodir o inabalável compromisso do país com a paz internacional, mediante revisão do artigo 9º da constituição nipônica de 1946, dispositivo este considerado pela sociedade daquela nação basilar para sua estabilidade e prosperidade¹⁵.

Já os valores constitucionais¹⁶ seriam aqueles que formam a base fundamental de determinado regime político. Segundo o referido autor, sua função é a de “[...] auxiliar-nos a hierarquizar as regras legais, princípios morais e compromissos políticos de um regime, relativamente uns aos outros”¹⁷. Além disso, também “[...] informariam as escolhas feitas pelos atores políticos e influenciariam como os juízes interpretam a constituição”¹⁸. Não obstante seu mérito, tal conceituação apresenta problemas, pois não torna clara a distinção e a interação existentes entre “valores” e “identidade” da constituição para fins de categorização das espécies de desmembramento¹⁹. Inclusive, dentre os casos colacionados para esta hipótese, encontra-se o da Emenda Constitucional n. 95/2016 à Constituição da República Federativa do Brasil, que teria ido de encontro aos valores sociais básicos consagrados na CRFB/88²⁰. Não há razão aparente, porém, para que esses valores, dotados de alta estima e reconhecimento pela sociedade brasileira, não sejam considerados também parte de sua identidade constitucional.

¹⁵ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017 p. 11-16. Confira-se, em inglês, a redação do artigo 9º: “Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized”. JAPÃO. Constituição (1946). Disponível em: <http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 25-32.

¹⁷ Tradução livre do original em inglês: “They help us rank the regime’s legal rules, moral principles and political commitments relative to each other [...]”. *Ibidem*. p. 25.

¹⁸ Tradução livre do original em inglês: “[...] they inform the choices political actors make, and they influence how judges interpret the constitution”. *Ibidem*.

¹⁹ Trata-se, é verdade, de óbice de menor importância à teoria, pois a divisão epistêmica do fenômeno em categorias não implica em diferentes prescrições a fim de que mudanças radicais na constituição sejam dotadas de legitimidade, mas, ao contrário, em única regra (regra de mutualidade), discutida no tópico seguinte.

²⁰ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 28-30. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017. Cf. também BENVINDO, J. Z. “Constitutional Dismemberment” and Political Crisis in Brazil: Populism in Sight? *Int’l J. Const. L. Blog*, May 6, 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/05/constitutional-dismemberment-and-political-crisis-in-brazil-populism-in-sight/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

Em seguida, a arquitetura constitucional²¹ diz respeito a como a constituição disciplina o exercício legítimo da autoridade estatal e estrutura o modo de funcionamento e a repartição do poder entre os distintos órgãos por ela criados. Elenca-se como caso vinculado a este tipo de alteração o redesenho do sistema eleitoral neozelandês²², promovido na década de 1990, ao transformar eleições parlamentares distritais simples, regidas pelo velho modelo inglês *first-past-the-post*, que haviam contribuído para a formação de gabinetes unipartidários de baixa responsividade política, em proporcionais, levando, nos vinte anos seguintes, a uma radical difusão de poder entre os partidos e à formação de coalizões governamentais com maior representatividade política²³.

Pois bem, consoante assevera o referido professor, do ponto de vista descritivo, a prática de desmonte constitucional vem ocorrendo mediante o recurso, por parte de atores políticos e sociais inseridos em dada comunidade, às regras formais de reforma previstas na própria constituição objeto de transmutação, realidade esta que merece reparos, a fim de garantir sua efetiva consonância com a vontade de uma maioria qualificada e estável do povo, titular máximo da soberania. Sem embargo, a teoria desenvolvida procura distanciar-se de eventuais juízos de valor quanto ao conteúdo das normas alvo de desmembramento, não ficando este fenômeno atrelado a um dado conjunto de valores ou instituições reputados como mais virtuosos em relação a outro.

Explique-se: a conceituação teórica de desmembramento abarca tanto mudanças constitucionais fundamentais comprometidas com o aprofundamento do ideário liberal-democrático e a promoção da dignidade da pessoa humana, como as decorrentes da promulgação das 13^a, 14^a e 15^a emendas à Constituição norte-americana logo após a guerra de secessão²⁴, quanto aquelas que vão em sentido oposto, esfacelando garantias e direitos fundamentais de minorias, vertendo órgãos de contenção do poder e enfraquecendo a democracia em suas mais diversas facetas. Neste ponto, Albert salienta com clareza que “[...] a teoria do desmembramento constitucional não impõe parâmetros substantivos quanto a

²¹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 32-41.

²² Insta salientar que a Nova Zelândia possui, tal como a Inglaterra, uma constituição histórica, não codificada e flexível. Esse fato demonstra a abrangência do fenômeno do desmembramento, que também pode ser verificado em sistemas radicados no constitucionalismo inglês.

²³ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 11-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 39-41.

²⁴ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 103. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017. A reforma eleitoral ocorrida na Nova Zelândia, supramencionada, é outro exemplo.

quais mudanças seriam permissíveis ou até quais seriam boas em sentido normativo. O que importa [...] é o *quantum* de suporte popular à mudança²⁵.

Daí é possível diferenciá-la de outra categoria de igual relevância no âmbito do estudo das alterações constitucionais, qual seja, a do Constitucionalismo abusivo, definida pelo professor da Universidade Estadual da Flórida David E. Landau como a prática que envolve o uso de mecanismos de mudança constitucional – emendas ou mesmo a própria substituição da lei maior – com a precípua finalidade de enfraquecer o estado democrático e perpetuar determinado projeto de poder almejado por um movimento político ou coalizão partidária²⁶, em geral de índole populista²⁷⁻²⁸. Em suas claras palavras:

Enquanto métodos tradicionais de derrubada da democracia, como o golpe militar, encontram-se em declínio por décadas, o uso de ferramentas constitucionais para a criação de regimes autoritários e semiautoritários é cada vez mais prevalente. Poderosos presidentes e partidos em exercício podem engendrar mudanças constitucionais de modo a tornar a si mesmos muito difíceis de desalojar e a desarmar instituições

²⁵ Tradução livre do original em inglês: “[T]he theory of constitutional dismemberment dos not impose substantive parameters on what changes are permissible or even which are good in the normative sense. What matters instead is the *quantum* of popular support for the change”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 103. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

²⁶ LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, November, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646. p. 191. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

²⁷ Sobre a emergência de um Constitucionalismo Populista em pleno século XXI e suas principais características, cf. DIXON, R. Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core. *Int'l J. Const. L. Blog*, apr. 26, 2017. Disponível em: <<http://www.icconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-the-democratic-minimum-core/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

²⁸ No âmbito do direito constitucional comparado, foram igualmente cunhados outros termos para designar, ao menos em suas linhas gerais, fenômeno idêntico ao retratado pela teoria do constitucionalismo abusivo, entre os quais podem ser destacados o de captura constitucional (*constitutional capture*) e retrocesso constitucional (*constitutional retrogression*). Gila Stopler, por exemplo, define a captura constitucional como “[...] o processo pelo qual os poderes governamentais em determinado país empregam ferramentas legais, políticas e de opinião pública para criar uma mudança gradual no sistema constitucional, mediante enfraquecimento das características liberais e democráticas do sistema, substituindo-as por outras de viés autoritário [...]” (tradução livre do original em inglês: “Constitutional capture is the process by which the governing powers in a certain country use legal, political, and public opinion tools to create a gradual change in the constitutional system, by undermining the liberal democratic characteristics of the system and replacing them with authoritarian ones [...]”). STOPLER, G. Introduction to I-CONnect/ICON-S-IL Symposium: Constitutional Capture in Israel? *Int'l J. Const. L. Blog*, aug. 20, 2017. Disponível em <<http://www.icconnectblog.com/2017/08/introduction-to-i-connecticon-s-il-symposium-constitutional-capture-in-israel/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

como cortes, [...]. As constituições resultantes ainda parecem, à distância, democráticas, e contêm vários elementos não diferentes daqueles encontrados em constituições democráticas liberais. Mas, de perto, elas revelam ter sido substancialmente retrabalhadas para debilitar a ordem democrática²⁹.

A preocupação central de Landau é com a preservação de um arranjo institucional específico, de matriz liberal-burguesa, contra investidas de caudilhos e facções³⁰, que, ao recorrerem à figura mítica do povo e lançarem mão de instrumentos formais de democracia, mormente direta, procuram, em verdade, fincar raízes indelévels no seio do poder, para de lá não saírem tão cedo. Seu grande foco é, portanto, explorar a viabilidade e eficácia de meios de contenção e invalidação de emendas constitucionais e assembleias constituintes propostas sob o signo de fraude³¹, cujo objetivo maior seja o de instaurar regimes autoritários ou híbridos³².

²⁹ Tradução livre do original em inglês: “While traditional methods of democratic overthrow such as the military coup have been on the decline for decades, the use of constitutional tools to create authoritarian and semi-authoritarian regimes is increasingly prevalent. Powerful incumbent presidents and parties can engineer constitutional change so as to make themselves very difficult to dislodge and so as to defuse institutions such as courts that are intended to check their exercises as power. The resulting constitutions still look democratic from a distance and contain many elements that are no different from those found in liberal democratic constitutions. But from close up they have been substantially reworked to undermine the democratic order”. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 191. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁰ O conceito de facções aqui referido é aquele desenvolvido por James Madison no *Federalista* de n. 10, qual seja, o de um conjunto de cidadãos, constituindo seja uma maioria ou uma minoria do todo, unidos e atuantes conforme uma paixão ou interesse comum adverso aos direitos dos demais cidadãos ou da comunidade. Cf. HAMILTON, A; MADISON, J; JAY, J.; ROSSITER, Clinton (Ed.). *The Federalist Papers*. Signet Classic, p. 71-79.

³¹ Em seu artigo, David Landau analisa a efetividade de diversas tecnologias jurídicas costumeiramente empregadas na tentativa de conter fraudes à constituição. São elas, no plano de direito interno: (a) o conceito de democracia militante e o banimento de partidos políticos cuja orientação seja incompatível com os valores da ordem democrática e o respeito aos direitos humanos; (b) o estabelecimento de distintos processos de alteração constitucional (*Tiered Constitutional Amendment thresholds*), variáveis em termos de rigidez conforme a sensibilidade e importância do preceito constitucional a ser protegido; (c) a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais, que advoga a possibilidade de controle judicial de emendas com base em limites, expressos ou implícitos, ao poder de reforma constitucional; (d) a previsão de normas constitucionais que estabeleçam requisitos democráticos mínimos para a eventual convocação de uma nova assembleia constituinte, evitando o recurso abusivo e ilegítimo a esta prática. Já no plano do direito internacional, tem-se: (e) as cláusulas democráticas previstas em tratados constitutivos de organismos internacionais e blocos econômicos regionais; e (f) o projeto de criação de uma corte constitucional internacional capaz de averiguar, denunciar e combater manobras constitucionais ilegais, perpetradas em diferentes jurisdições, que contribuam para a erosão do estado democrático de direito. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 216 et seq. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

Do confronto entre ambas as teorias extrai-se que o desmembramento é fenômeno de maior *abrangência* e menor *carga axiológica*, se comparado ao constitucionalismo abusivo, focado que é em obstar manobras que tornem certo regime político significativamente menos liberal-democrático³³. Apesar de ideias distintas, os dois autores parecem convergir quanto ao potencial de ferramentas que incentivem deliberações inclusivas, feitas em tempo razoável e prévias a alterações constitucionais disruptivas³⁴, seja para legitimar tais transformações –

³² Em verdade, evitar a ascensão de regimes ditos híbridos ou semiautoritários representa, para a teoria do constitucionalismo abusivo, propósito e desafio até maior que o de conter regimes claramente autoritários, decorrentes da tomada das instituições à força. Isto porque líderes que desejam se perpetuar no poder e enfraquecer direitos de opositores e minorias vêm crescentemente explorando *buracos negros* e *cinzentos* da ordem constitucional, lançando mão de meios juridicamente dúbios e pouco regulados, contudo não peremptoriamente ilegais – como, e. g. a convocação de assembleias constituintes – para criar uma espécie de governo autoritário-competitivo (*competitive authoritarian regimes*), em que eleições regulares são realizadas, mas as regras de participação no pleito são tão restritivas, o controle do aparelho governamental tão enraizado e a manipulação dos meios de massa tão intensa, que há severas dificuldades em retirar o governante de plantão do poder. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. p. 211-216. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017. Como exemplo recente dessa prática, vide a convocação, em maio de 2017, de uma nova constituinte na Venezuela por decisão do presidente Nicolás Maduro, em conselho de ministros. Apesar de respaldado pelo artigo 348 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela, o ato teve claro intuito de esvaziar a *Asamblea Nacional (AN)*, órgão legislativo de maioria opositora, como evidenciado pelo seu caráter unilateral, pelo uso de regras eleitorais amplamente favoráveis aos candidatos constituintes alinhados ao Miraflores, pelas suspeitas de fraude na contagem de votos e, pouco após instalada, pela assunção, por parte da nova *Asamblea Constituyente (AC)*, de inúmeras funções legislativas antes pertencentes à *AN*. Ressalte-se que Hugo Chávez, após chegar ao poder em 1999, havia se utilizado de expediente similar para contornar um poder legislativo então refratário ao seu programa de governo. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 203-207. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017; FIGUEIREDO, J. Aperitando o cerco. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 ago. 2017. Seção Mundo, p. 21; PARTLETT, W. What's wrong with Venezuela's Constituent Assembly? *Blog of the IACL, AIDC*, Aug. 11, 2017. Disponível em: <<http://wp.me/p5sPRr-yy>>. Acesso em: 24 ago. 2017; FRANCE PRESSE. *Procuradora venezuelana abre investigação por suposta "fraude" na Constituinte*. *GI*, São Paulo, 03 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/procuradora-venezuelana-abre-investigacao-por-suposta-fraude-na-constituente.ghtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

³³ Landau utiliza dois parâmetros de maior relevância para medir o grau de democracia praticada em determinado país: (1) em que extensão há competitividade eleitoral entre o partido atualmente no poder e seus opositores, e (2) em que extensão os direitos individuais e de grupos minoritários são protegidos. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 189. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁴ Albert acredita que o grande papel da jurisdição constitucional seja o de garantir que o povo e seus representantes tenham procedido a um julgamento ponderado sobre as mudanças que pretendam levar adiante. Por sua vez, Landau afirma categoricamente que um dos mais promissores, e ainda pouco explorados, limites ao poder de reforma é o temporal, ao permitir

segundo a Teoria do Desmembramento Constitucional – seja para contê-las, se de perfil antiliberal – conforme a Teoria do Constitucionalismo Abusivo.

Em termos metodológicos, porém, a teoria substantivista de Landau pode servir de pretexto para a fossilização de segmentos inteiros de uma constituição reputados como essenciais à manutenção da ordem liberal, fornecendo munição para uma interpretação sobreinclusiva dos limites formais e materiais que a tutelam³⁵. Já Albert, ao expor o desmembramento como um fenômeno não intrinsecamente deletério, evita inferências que impliquem em demasiado tolhimento à autodeterminação coletiva da geração presente de cidadãos, além de melhor direcionar o enfoque de sua teoria para a construção de um *método procedimental-deliberativo* apto a conferir legitimidade político-institucional a estes eventuais “desmontes” constitucionais, o qual se denominou, como se verá no tópico a seguir, *regra de mutualidade*³⁶.

MUTUALIDADE – REGRA PARA UM DESMEMBRAMENTO LEGÍTIMO

Em termos simples, a regra de mutualidade consiste em um *teste* que fornece diretrizes para avaliar o grau de legitimidade de alterações constitucionais transformativas inconsistentes com a identidade, valores fundamentais ou arquitetura da lei maior em vigor³⁷. Trata-se de um expediente formulado com o

uma análise mais cautelosa de propostas de alteração estrutural da constitucional, evitando, assim, que forças políticas supermajoritárias, porém provisórias, consigam perpetuar inadvertidamente seu projeto de poder. Cf. LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 227-228. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017; ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

³⁵ Por evidente, o propósito da teoria do mencionado autor não é a de estabelecer um governo perpétuo dos mortos sobre os vivos, sob o pretexto de evitar o uso abusivo do poder de alteração/substituição de dada constituição. Demonstra-se, inclusive, notável preocupação com o nível de eficácia de instrumentos que retiram por completo o poder de autodeterminação coletiva em prol da manutenção de uma identidade constitucional específica. Landau chega a reconhecer, inclusive, que a doutrina das emendas constitucionais inconstitucionais tende a levar o judiciário, com o passar do tempo, a inflacionar o rol de preceitos constitucionais intangíveis, aumentando as chances de ruptura da ordem vigente. Isto, todavia, não anula o fato de que sua teoria pode vir a fornecer importante subsídio para o uso expansivo desses mesmos instrumentos “fossilizadores”, cuja efetividade coloca em xeque. Cf. LANDAU, D. *Abusive Constitutionalism*. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, november, 2013; FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, p. 237-238. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

³⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 90-94. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

³⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 91.

intuito de manter a continuidade e a estabilidade da ordem constitucional, a despeito de alteração significativa nesta, ao condicionar a transformação – capaz, inclusive, de suprimir limites materiais ao poder de reforma – à verificação de suporte popular duradouro e refletido, de preferência que replique o observado no momento de elaboração da constituição desmembrada, evitando-se, destarte, a ruptura e substituição integral desta, mediante meios, por vezes, violentos, ao mesmo tempo em que bloqueia tentações de maiorias transitórias.

Sob a égide de tal regra, determinada constituição pode ser desmembrada utilizando-se o mesmo procedimento empregado pelo poder constituinte para ratificá-la e promulgá-la³⁸, desde que preenchidos quatro requisitos concomitantes, chamados por Albert de “fatores” (*factors*), logo abaixo explicitados.

- i) O de Diferenciação (*differentiation*)³⁹, cuja proposição veda o uso do procedimento formal de emenda⁴⁰ para mudanças constitucionais de caráter transformativo, caso os requisitos impostos ao poder reformador mostrem-se menos rigorosos que os empregados pelo constituinte originário para elaborar e ratificar a constituição. Esse fator pode ser representado pelo enunciado prescritivo “se $P_{\text{Const. Orig.}}$ for maior que P_{Emenda} , então $P_{\text{Desmemb.}}$ deverá ser maior que P_{Emenda} ”, em que $P_{\text{Const. Orig.}}$ é medida do grau de dificuldade apresentado pelo conjunto de regras e condicionamentos procedimentais⁴¹ adotados pelo poder constituinte na feitura da constituição vigente; P_{Emenda} é medida do grau de rigidez ditado ao poder reformador pelos limites formais, circunstanciais e temporais antepostos à edição de emendas constitucionais; e $P_{\text{Desmemb.}}$ corresponde ao rito mínimo a ser seguido, a fim de que eventual desmembramento seja reputado legítimo. O exemplo dado por Albert esclarece este primeiro ponto:

[A]ssuma que a constituição federal codificada do País A prevê, como requisito para sua alteração formal a necessidade do consentimento [...] de dois terços da legislatura nacional bicameral e de uma maioria simples

³⁸ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92.

³⁹ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴⁰ Cf. *supra*, a acepção de Emenda Constitucional aqui adotada, cujo propósito específico é apenas o de correção de falhas ou aperfeiçoamento do texto da lei maior.

⁴¹ Para uma visão do poder constituinte como fato político, porém não ilimitado e sujeito, na prática de diversas nações, a condicionamentos jurídicos pré e pós-constituintes, cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143-151.

das legislaturas subnacionais. Por conseguinte, assumo que a constituição foi ratificada pelo voto majoritário de uma Assembleia Constituinte exclusiva, seguido de um referendo nacional. Neste caso, o requisito mínimo de alteração formal, consistente em aprovação por dois terços da legislatura, apenas pode ser usado para emendar a constituição. Nós deveríamos interpretar os requisitos diferenciados como especialmente desenhados para finalidades diversas, sendo a regra de alteração formal [por meio de emenda] projetada para permitir somente mudanças intraconstitucionais⁴².

- ii) O de Unificação (*unification*)⁴³, cuja proposição reconhece ser viável a existência de um procedimento comum que permita tanto o exercício do poder de emenda quanto o de desmembramento, caso os limites ao poder de reforma guardem relação de igualdade com os utilizados pelo constituinte originário para elaborar e ratificar a constituição. Esse fator pode ser representado pela fórmula prescritiva “*se P_{Const. Orig.} for igual a P_{Emenda}, então P_{Desmemb.} deverá ser igual a P_{Emenda}*”.
- iii) O de Simetria (*symmetry*)⁴⁴, cuja proposição sustenta que o processo originário de ratificação da constituição pelo poder constituinte funciona como *modelo-padrão*⁴⁵ quanto ao limiar exigido para a realização do desmembramento. Tal regra parte da premissa de que a decisão de desmontar a carta maior deve estar amparada pelo mesmo *quantum*

⁴² Tradução livre do original em inglês: “For example, assume the codified federal constitution for Country A entrenches a threshold for formal alteration requiring two-thirds supermajority agreement in the bicameral national legislature and simple majority agreement among the subnational legislatures. Further assume that the constitution was ratified by a majority vote in a specially-constituted Constituent Assembly followed by a national referendum. Here the formal alteration threshold requiring two-thirds approval in the legislature could be used only to amend the constitution. We would interpret the differentiated thresholds as specially designed for different purposes, the entrenched rule for formal alteration intended to allow only intra-constitutional changes”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴³ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 92-93. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴⁴ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93.

⁴⁵ O termo empregado pelo autor, em inglês, é *default ceiling*, cuja tradução literal seria a de *teto-padrão*. Isso se deve ao fato de a regra de mutualidade vedar, ao menos em tese, a majoração do *quantum* de consentimento necessário para que se proceda ao desmembramento a um nível superior ao observado quando da ratificação da constituição objeto de transformação. Optou-se aqui pela expressão *modelo padrão* por discordância em relação a este aspecto da regra. Cf. *infra* para maiores detalhes quanto a esta crítica.

de acordo mobilizado quando de sua feitura⁴⁶. Esse fator pode ser representado pela fórmula básica “ $P_{\text{Desmemb.}}$ deve ser igual ao $P_{\text{Const. Orig.}}$ ”⁴⁷, observada a complementação feita no item iv) abaixo.

- iv) O da Variabilidade (*variability*)⁴⁸, segundo o qual o *modelo-padrão* exigido para que se dê o desmembramento pode ser substituído por outro cujo procedimento seja menos rigoroso, contanto que o povo e as elites jurídicas ligados à ordem constitucional alvo do desmonte reconheçam sua legitimidade. Trata-se, desta forma, de exceção à igualdade estabelecida pelo fator de simetria, que deve ser assim complementada com a introdução de $F_{\text{variab.}}$, representação do reconhecimento social capaz de abrandar os requisitos de desmembramento, ou, em outras palavras, do fator de variabilidade. Consequentemente, a combinação entre os fatores da *simetria* e da *variabilidade* produzirá a prescrição “se existente $F_{\text{variab.}}$, então $P_{\text{Desmemb.}}$ poderá ser menor que $P_{\text{Const. Orig.}}$ ” e sua contraparte, qual seja, “se inexistente $F_{\text{variab.}}$, então $P_{\text{Desmemb.}}$ deve ser igual ao $P_{\text{Const. Orig.}}$ ”. Para facilitar a compreensão, transcreve-se o trecho em que este tema é abordado:

Retornemos novamente à constituição do País A. O procedimento de ratificação consistiu no voto majoritário em uma Assembleia Constituinte exclusiva seguida de um referendo nacional. Ordinariamente, sob a teoria do desmembramento constitucional, a regra de mutualidade exigiria o mesmo rito para que se procedesse a uma alteração constitucional transformativa. Mas onde o [...] povo tenha mudado sua composição de tal forma que atores políticos e ele próprio passem a reconhecer como válido desmembramento feito com um *quantum* de consentimento menor do que o exigido na ratificação, essa mudança constitucional transformativa deve ser aceita [...]⁴⁹.

⁴⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93.

⁴⁷ Apesar de vir elencada por Albert como o terceiro fator da regra de mutualidade, entende-se aqui que, do ponto de vista lógico, a simetria, ao propugnar a igualdade fundamental $P_{\text{Const. Orig.}} = P_{\text{Desmemb.}}$, precede, *ceteris paribus*, os fatores de diferenciação e de unificação. Ora, se se parte do princípio de que deve haver equivalência entre o procedimento adotado na ratificação da constituição e em seu desmembramento, e afastada a influência do fator de variabilidade (exposto no item iv), é inexorável que, caso o rito constituinte seja mais complexo que o instituído para o poder reformador, também deverá sê-lo o vinculado ao desmonte constitucional. E, se o rito constituinte guardar equivalência com o reformador, igual será o destino daquele a ser empregado nas alterações transformativas.

⁴⁸ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93-94.

⁴⁹ Tradução livre do original em inglês: “Return again to the constitution of Country A. The ratification threshold was a majority vote in a specially-constituted Constituent Assembly followed by a national referendum. Ordinarily under the theory of constitutional dismember-

Traçado o panorama geral da regra de mutualidade, algumas observações críticas são dignas de nota. Primeiramente, Albert faz questão de salientar que, se é possível, por meio do fator de variabilidade, a diminuição do *quantum* de consentimento para a aprovação de eventual desmembramento, o mesmo não pode ser dito quanto ao *aumento* deste em relação ao observado no processo originário de elaboração e ratificação da lei maior. Em suas próprias palavras, “Em nenhum caso [...] deve o procedimento [exigido para o desmembramento] elevar-se além do *quantum* requerido para a ratificação da constituição [...]”⁵⁰. Tal assertiva é, contudo, problemática no caso de constituições *outorgadas*, impostas unilateralmente por um líder ou um conjunto específico de atores políticos, sem qualquer participação popular na sua elaboração⁵¹, ou naquelas em que o poder constituinte tenha previsto procedimento de reforma mais rigoroso que o empregado por ele mesmo na aprovação e ratificação da lei suprema.

Na verdade, a regra de mutualidade como um todo não responde bem a essas situações. Seria aplicável o fator de simetria caso se pretendesse realizar um desmembramento em uma constituição originariamente *nominal*, outorgada por um ditador, mas rígida e garantidora de direitos fundamentais no papel, que restasse mantida e convertida em *normativa* após processo de transição democrática?⁵² Como proceder nessa hipótese? Aplicar-se-ia um “fator de equivalência” – diga-se, não constante dentre os quatro anunciados acima – entre o *iter* exigido para sua emenda e aquele a ser aplicado no caso de mudanças transformativas?

Albert busca equacionar tal questão apelando para o aspecto sociopolítico de sua teoria, evidenciado, *e. g.*, na definição dada à *identidade constitucional*⁵³,

ment, the rule of mutuality would require this threshold to make a transformative constitutional alteration. But where the body we call the people has changed in its composition such that political actors and the people recognize as valid a dismemberment made with a quantum of agreement lower than the ratification threshold, this transformative constitutional change must be accepted [...]”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 93-94. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁵⁰ Tradução livre do original em inglês: “In no case, however, should the threshold ever rise above the quantum required to ratify the constitution to begin with”. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 94. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁵¹ Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 66-67.

⁵² Para uma análise clara e precisa da classificação ontológica das constituições em *normativas, nominais e semânticas*, proposta por Karl Loewenstein, cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65.

⁵³ Cf. tópico anterior.

na diferenciação traçada entre desmembramento e poder constituinte⁵⁴ e no fator da variabilidade: o procedimento a ser utilizado no desmembramento será aquele que alcançar um nível de reconhecimento suficiente do povo e de atores políticos, capaz de legitimar seu exercício. Para trazer luz ao debate, o professor do Boston College dá como exemplo deste tipo de circunstância a tentativa do governo japonês de revisar o artigo 9º de sua lei maior, responsável por sua identidade pacifista, como já abordado no tópico anterior.

Ocorre que a atual constituição nipônica, datada de 1946, veio à vida, por demanda das potências aliadas, sob a forma de emenda constitucional à anterior, de 1889, que requeria, para modificação de seus preceitos, o voto favorável de dois terços dos membros presentes em cada casa do legislativo nacional, alcançado um quórum mínimo de instalação da sessão de também dois terços. Já a de 1946 prevê, em seu artigo 96, regra ainda mais dura para sua alteração, pois além do beneplácito de, no mínimo, dois terços dos membros de cada uma das duas casas do parlamento japonês, é necessária a realização de referendo popular⁵⁵. Esta discrepância foi contornada por Albert por intermédio de uma peculiar interpretação do dispositivo retro, atribuindo-lhe a intenção de unificar os procedimentos de edição de emenda e ratificação da constituição, de maneira a elevar este segundo ao patamar de rigidez do primeiro, incorporando-o, na prática, à norma mais abrangente de emenda⁵⁶.

⁵⁴ A teoria do desmembramento constitucional não anui à existência de uma nova ordem constitucional, fruto de manifestação do poder constituinte, até que os atores políticos relevantes de dada sociedade adotem e reconheçam, de forma consciente e deliberada, uma nova constituição, após a conclusão bem-sucedida de procedimento desenhado para tanto. No mais, a visão aqui esposada, salvo melhor juízo, é a de que, ao contrário do desmembramento, que, para aferição de sua legitimidade, segue em linhas gerais a regra de mutualidade, a manifestação do poder constituinte pode se dar das mais diversas formas, por procedimentos atípicos, desde que reconhecidos pelos atores mencionados, e em decorrência de abalos e momentos de extraordinária mobilização popular na esfera pública. Cf. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 53. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017; ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*, v. 1. Cambridge: The Belknap Press, 1991.

⁵⁵ Confira-se, em inglês, a redação do artigo 96: "Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds or more of all the members of each House and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon, at a special referendum or at such election as the Diet shall specify. Amendments when so ratified shall immediately be promulgated by the Emperor in the name of the people, as an integral part of this Constitution". JAPÃO. Constituição (1946). Disponível em: <http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html>. Acesso em: 29 ago. 2017.

⁵⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 117. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

Em síntese, tal leitura do artigo 96 conformaria a regra de mutualidade a um regime procedimental mais democrático, dotado de maior legitimidade, reconhecimento social, e, sobretudo, em consonância com o desejo de seus artífices de conferir maior dificuldade à aprovação de mudanças em seus preceitos, resguardando-os melhor⁵⁷. Por consequência, o procedimento de desmembramento também passaria, em tese, a equivaler não ao da ratificação original, mas ao previsto para o poder reformador, *criando nova exceção – implícita e, em princípio, não admitida – ao fator de simetria*.

Pois bem, em segundo lugar, a regra da mutualidade enfrenta novos problemas quando da medição e comparação do grau de rigidez dos diferentes grupamentos de regras procedimentais empregados no momento constituinte e no de alteração derivada. Afinal, ao quórum de iniciativa e aprovação para reforma constitucional, representado por uma fração ou porcentagem de fácil comparação matemática, somam-se inúmeros outros requisitos cujas contribuições para o grau de rigidez da constituição não são facilmente aferíveis ou mesmo conclusivos. Como saber, por exemplo, se e em que intensidade um procedimento que preveja quórum de maioria absoluta do órgão legislativo unicameral em dois turnos para a criação/alteração da constituição, aliado à exigência de intervalo mínimo de uma eleição parlamentar entre eles e à presença de limites circunstanciais (p. ex. impossibilidade de emenda em casos de emergência pública), é mais rigoroso que outro que preveja um quórum de 2/3 de órgão legislativo bicameral em dois turnos sem restrições temporais ou circunstanciais?

Várias são as metodologias empregadas na tentativa de dar resposta a esse problema de parametrização. Uma das mais relevantes foi a desenvolvida por Donald Lutz em artigo de 1994, que, com base nas diferentes frequências de emenda de cada uma das constituições estaduais norte-americanas, aliado aos diferentes métodos de modificação de seus respectivos textos, construiu um índice de rigidez que atribuiu valores numéricos a distintos elementos procedimentais, como o órgão de iniciativa, o quórum de aprovação e o número de turnos de votação para alterar o texto constitucional⁵⁸. Pela escala de Lutz, quanto maior o incremento de dificuldade ocasionado por determinada regra de alteração formal, maior será o valor imputado a ela⁵⁹.

⁵⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 117.

⁵⁸ As premissas e metodologias da escala de Lutz são expostas em LUTZ, D. S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, June, 1994. p. 355-370. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁵⁹ As 68 variáveis que compõem o índice e seus respectivos valores podem ser encontradas na tabela B-1 do artigo de Lutz. O índice geral de dificuldade atribuído a determinado processo de emenda constitucional em nível agregado é encontrado por meio da soma dos valores de

A par da escala de Lutz, porém, outras podem ser elencadas, dentre as quais as de Lijphart, Anckar e Karvonen, e a de Rasch e Congleton, cada uma com premissas e sistema próprio de pontuação para as diferentes variáveis envolvidas na modificação da lei maior⁶⁰. O importante a ser observado é que, segundo Tom Ginsburg e James Melton, esses índices de dificuldade possuem pouca correlação entre si e, portanto, baixos níveis de validade convergente⁶¹, ou seja, diferentes metodologias apresentam valores significativamente discrepantes entre si para o mesmo conjunto de variáveis consideradas, comprometendo seu rigor científico e credibilidade⁶². A própria medida de rigidez apresentada por esses dois últimos autores é de difícil aferição, visto que leva em conta não apenas os mecanismos procedimentais imprescindíveis à alteração do texto constitucional, mas também a presença ou não de uma cultura que incentive ou refreie o uso de emendas (*amendment culture*), uma espécie de resistência-padrão a mudanças

cada uma das variáveis envolvidas na alteração formal, dentre as quais as regras de iniciativa, a uni ou bicameralidade do legislativo, a exigência ou não de referendo, o *quorum* de aprovação, dentre outras. No caso brasileiro, Rodrigo Brandão, aplicando o método de Lutz, demonstra que a constituição de 1988 apresenta índice de dificuldade que varia, a depender da via procedimental utilizada, de 1.50 (iniciativa do chefe do executivo – 0.25 + aprovação por 3/5 de legislativo bicameral em dois turnos – 1.25) a 3.25 (iniciativa de 1/2 das legislaturas estaduais – 2.00 + aprovação por 3/5 de legislativo bicameral em dois turnos – 2.00), enquanto no caso da constituição federal dos EUA, o rito mais utilizado possui índice de dificuldade de 5.10 (iniciativa de 2/3 dos votos do Congresso dos Estados Unidos – 1.60 + ratificação por 3/4 de legislaturas estaduais – 3.50). Cf. LUTZ, D. S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, June, 1994, p. 368. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017; BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 159 et seq.

⁶⁰ Para mais detalhes acerca das características e premissas de cada um desses métodos, cf. GINSBURG, T. MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁶¹ GINSBURG, T. MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017, p. 11.

⁶² Conforme ressaltam Ginsburg e Melton, “[...] em ciência política, medidas do mesmo conceito tendem a ser altamente correlacionadas, o que sugere um alto grau do que é chamado de validade convergente. Por exemplo, medidas de democracia tendem a ter uma correlação de nível 0.8 [80%] ou maior” (tradução livre do original em inglês: “[...] in political science, measures of the same concept tend to be highly correlated, which suggests a high degree of what is called convergent validity. For instance, measures of democracy tend to be correlated at levels of 0.8 or higher”) (GINSBURG, T. MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017, p. 11).

constitucionais formais de que cada sistema político seria dotado⁶³. Em tese, esse fator cultural explicaria o porquê de certas constituições flexíveis, como a da Inglaterra, apresentarem textos mais estáveis que o de outras mais rígidas. Sua relevância é, por isso, imensa para fins de estabelecimento de um índice de rigidez eficaz, mas a viabilidade de sua mensuração é incerta e inconclusiva⁶⁴.

Não é tarefa fácil, como se vê, comparar a diferença na dificuldade dos procedimentos adotados pelo constituinte originário e pelo derivado, para fins de aplicação dos quatro fatores que integram a regra de mutualidade, sobretudo se envolverem diferentes condicionantes deliberativas, circunstanciais e temporais. A preocupação de Albert é a de garantir um alto *quantum* de suporte popular para eventuais desmembramentos. Esquece-se, porém, de delimitar precisamente as variáveis deste *quantum* e seus respectivos valores, apontando a metodologia a ser adotada para obtê-los.

Apesar destas falhas, a teoria do desmembramento conserva boa parte de sua aplicabilidade quando em jogo (a) constituições promulgadas pela via democrática, (b) em que $P_{\text{Const. Orig.}}$ seja maior em relação a P_{Emenda} e (c) desde que adotado algum método comparativo, ainda que estimado e impreciso, de aferição do grau de rigidez dos diferentes procedimentos formais de criação/alteração constitucional – e. g. a escala de Lutz, cuja fundamentação e pressupostos sejam acessíveis para fins de controle e crítica.

No mais, tal teoria pode ser de alguma valia aos sistemas jurídicos em que convivem, por um lado, a atuação expansiva de um poder judiciário não eleito e pouco aberto ao diálogo na invalidação de reformas constitucionais, e por outro, a falta de representatividade e o descrédito do(s) órgão(s) responsável(is) por realizá-la – em geral, os de perfil legislativo.

Isto, pois, de modo a garantir a estabilidade da ordem constitucional como um todo em momentos de mudança constitucional significativa, um dos papéis preponderantes da teoria do desmembramento, e de sua regra de mutualidade, é a de desencorajar a prática de invalidação de emendas à constituição pela via jurisdicional quando haja robusta e intensa mobilização popular em sentido contrário, evitando desgastes fatais para a corte e para o diploma supremo, ao

⁶³ GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014, p. 12 et seq. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁶⁴ GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014, p. 19-20. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

possibilitar a superação do sentido judicialmente atribuído às cláusulas constitucionais de intangibilidade.

Por outro lado, o emprego desta “válvula de escape” requer o uso de procedimento deliberativo diferenciado, análogo ao empregado para a ratificação da lei maior em vigor, que, se mais rigoroso em relação ao do poder reformador, pode acabar por dar maior permeabilidade social à mudança e impedir sua realização por majorias legislativas transitórias, autointeressadas e desacreditadas, apesar de supramajoritárias em dado momento histórico.

Feita essa breve reflexão crítica acerca dos conceitos-chave da teoria do desmembramento, será abordado no próximo tópico sua relação com a jurisdição constitucional e, no particular, sua aplicabilidade à ordem constitucional brasileira.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DOS DESMONTES

A teoria do desmembramento constitucional busca substituir o modelo de supremacia judicial, em que o judiciário arroga para si o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional, por outro menos beligerante e mais deliberativo e dialógico. Mais especificamente, o grande enfoque é o de impedir que alterações constitucionais formais sejam reiteradamente invalidadas por tribunais com base em valores liberais-democráticos; antes, cabe às cortes a defesa não do ideário da democracia liberal, mas o de assegurar que o povo e seus representantes tenham expressado sua vontade refletida e substancial acerca das mudanças drásticas realizadas, independentemente de seu conteúdo⁶⁵.

Outrossim, Albert defende que, no contexto de sua teoria, o poder judiciário deve reter poderes de invalidar leis ordinárias afrontosas ao diploma supremo, mas não de declarar a inconstitucionalidade de alterações constitucionais. Neste caso, seu papel restringir-se-ia a emitir opiniões não vinculantes, direcionadas ao poder reformador, apontando qual seria, em sua percepção, a natureza da modificação que se busca implementar – se emenda ou desmembramento – e, por via de consequência, o *quantum* de respaldo popular necessário para legitimá-la⁶⁶.

Como corolário lógico, o caráter persuasivo da referida opinião junto aos órgãos de reforma acabaria sendo mais intenso quanto maior fosse a adesão do

⁶⁵ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁶⁶ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 112.

colegiado judicial às suas razões. Destarte, um parecer unânime pela necessidade de submissão da alteração constitucional à regra de mutualidade seria mais autoritativo que um adotado pela maioria absoluta do tribunal⁶⁷. Assim, esse modelo jurisdicional meramente opinativo incentivaria as cortes a uma postura autocontida e coesa, de estatuir a inadequação de alterações constitucionais apenas quando parte substancial de seus magistrados assim entendesse, pois nesta hipótese residiria a maior probabilidade de seu pronunciamento ser levado a cabo pelos agentes políticos e sociais.

As cortes teriam, dessa forma, uma feição predominantemente procedimentalista⁶⁸, e ainda assim, exercida num quadro de *judicial review* “fraco”, de baixa intensidade⁶⁹, à moda inglesa pós-Human Rights Act⁷⁰. Conforme se vê, todavia, o arquétipo proposto seria de difícil implementação no Brasil, e até mesmo indesejado, visto que a Constituição de 1988 é analítica, compromissória e acolhe um extenso plexo de valores materiais⁷¹. Dessa maneira, asseveram os

⁶⁷ ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. p. 104. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017, p. 112.

⁶⁸ Albert afirma, porém, que sua teoria não é uma abordagem estritamente “procedimental” ao controle de emendas à constituição, já que este varia conforme as implicações substantivas produzidas pela alteração formal. Serão as implicações promovidas pela alteração que determinarão o procedimento a ser adotado para obter sua legitimidade. Cf. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 103. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁶⁹ Ao que parece, Albert defende uma espécie de controle fraco preventivo, em que a corte emitiria sua opinião não vinculante no curso do procedimento de alteração formal da constituição, pronunciando-se, de antemão, acerca do *quantum* de consenso que crê ser necessário para que esta seja reputada legítima. Com base nesta opinião, caberia aos agentes titulares do poder reformador a prerrogativa de acatá-la ou não, levando a cabo o voto ou procedimento confirmatório sugerido, antes da entrada em vigor da modificação promovida. Em países como o Brasil, em que o controle jurisdicional preventivo de propostas de emenda à constituição é excepcional, esta pode não ser a melhor solução. Cf. ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 110-112. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁷⁰ O modelo inglês original não previa controle jurisdicional de constitucionalidade de leis, por força da Supremacia do Parlamento, que regia a ordem constitucional de tal país. Após 1998, com a promulgação do Human Rights Act, tal supremacia sofre mitigações, dentre as quais a prevista na seção 4 do ato, que permite ao judiciário declarar a incompatibilidade de lei editada pelo parlamento em face dos direitos protegidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos. A declaração, contudo, não afeta a validade ou eficácia do ato repudiado – daí sua qualificação como “fraco”, produzindo apenas constrangimento institucional para o órgão legislativo, incentivando-o à alteração da lei e, ainda, podendo, observadas certas condições, dar início a processo legislativo de conversão da decisão da corte em norma, nos termos da seção 10 do Human Rights Act.

⁷¹ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224.

professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, para aderirem ao raciocínio procedimentalista, “[...] os juízes teriam que passar por cima das orientações valorativas já contidas na Constituição, sobrepondo a sua teoria constitucional àquela, mais substantiva, adotada pelo constituinte”⁷².

Além disso, não fica claro no texto de Albert a concepção de democracia a ser utilizada como norte para a substituição de valores fundamentais inscritos na constituição. Afinal, incontáveis são as formas de democracia delineadas pela filosofia política⁷³⁻⁷⁴, dentre as quais a liberal-democrática, instrumento coletivo de proteção do indivíduo e de sua busca pelo ideal de vida que melhor lhe aprouver, segundo suas concepções de vida boa⁷⁵, a deliberativa, enquanto governo das razões públicas, da cooperação e do consenso, em que o voto assume um papel secundário⁷⁶, e a agonística, que vê menos no consenso e na razão e mais no conflito, no embate e na emoção a qualidade por excelência da democracia em sociedades plurais⁷⁷. A preocupação central em garantir o suporte de uma maioria substancial do povo a alterações constitucionais é comum a todas elas.

In casu, talvez a solução para tal indefinição fosse filiar-se à concepção de democracia responsável por inspirar e guiar os trabalhos do poder constituinte quando da definição do procedimento a ser seguido para fins de desmembramento, por força da regra da mutualidade. Se o procedimento constituinte de dado país foi caracterizado pela agregação de preferências de distintos grupos

⁷² SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224.

⁷³ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 224.

⁷⁴ O filósofo político canadense Frank Cunningham lista exemplificativamente sete grandes concepções, descritivas e normativas, de democracia, quais sejam, a democracia liberal, o pluralismo clássico, a catalaxe, a democracia participativa, o pragmatismo democrático, a democracia deliberativa e o pluralismo radical. Aline Osório, em excelente dissertação sobre liberdade de expressão no contexto do direito eleitoral, elenca três grandes teorias da democracia: a teoria elitista da democracia, em que elites partidárias são vistas como centrais na tomada de decisões políticas, e as eleições o meio por excelência de participação popular na esfera pública; a teoria da democracia deliberativa, em que os integrantes da coletividade e seus representantes devem se pautar por um ideal de cooperação dialógica, a fim de obter decisões consensuais estáveis alicerçadas em razões públicas; e a teoria agonística ou adversarial da democracia, alternativa à deliberativa, que procura valorizar o confronto entre adversários com distintas visões político-ideológicas, em vez do consenso racional, como atributo-chave para uma democracia saudável em um mundo desencantado e plural. Cf. CUNNINGHAM, F. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009; OSÓRIO, A. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73 et seq.

⁷⁵ CUNNINGHAM, F. *Teorias da Democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009; OSÓRIO, A. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38 et seq.

⁷⁶ OSÓRIO, A. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75-78.

⁷⁷ OSÓRIO, A. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 78-81.

sociais e pelo uso do voto como meio principal de resolução de controvérsias, aproximando-o do modelo pluralista liberal, este será o parâmetro a ser tomado em conta posteriormente; ao revés, se a busca pela deliberação racional e pelo consenso preponderou nos trabalhos constituintes, o ideal deliberativo deve ser o perseguido.

No mais, importante ressaltar que democracia, nas suas mais variadas vertentes, não se resume à dominância de uma maioria ou da unanimidade, presumindo, igualmente, respeito às minorias e a possibilidade de elas, eventualmente, virem a se tornar as futuras majorias, num projeto compreensivo que abarca todos os cidadãos de dada sociedade, o que inclui tanto os vencedores e os perdedores provisórios no processo político quanto os indiferentes, que optam por se manter à margem deste. Tal respeito requer, consoante o modelo de democracia adotado, *e. g.* a tutela em maior intensidade da liberdade, ou da igualdade; apenas de direitos políticos e de abstenção, ou destes e de direitos sociais básicos imprescindíveis à formação de agentes conscientes e preparados para atuar proativamente na esfera pública; enfim, a proteção de um conjunto de valores reputados de maior relevância para o regular funcionamento do autogoverno popular.

A aliança entre procedimentalismo e controle fraco de constitucionalidade, tal como proposta, facilita sobremodo o ocaso de qualquer concepção de autodeterminação coletiva, e não somente a de matiz liberal, ao permitir, em tese, a remoção de um ou mais de seus pressupostos, sejam quais forem, a pretexto de, ironicamente, assegurá-la no momento do desmonte, sem qualquer possibilidade de controle cogente por parte de instâncias dotadas de maior insulamento político-eleitoral. Na prática, as cláusulas pétreas tornar-se-iam meros limites políticos direcionados ao poder reformador⁷⁸, o que pode ser perigoso em países com passado autoritário, de muitas carências materiais e com grave crise de representatividade política⁷⁹.

O melhor seria, ao menos nas comunidades que sofrem das mazelas acima apontadas, o emprego da teoria do desmembramento *mitigada*, associada a um controle de constitucionalidade jurisdicional forte e repressivo, que permita a

⁷⁸ Conforme asseverado por Rodrigo Brandão, negam caráter intransponível aos limites materiais ao poder de reforma, dentre outras razões, por serem ineficazes em impedir a mudança caso esta seja a vontade efetiva do povo e por, ironicamente, fomentarem a ruptura institucional, os juristas Jorge Reinaldo Vanossi, Karl Loewestein e Leon Deguit. Cf. BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 19-21.

⁷⁹ Sobre a grave crise de legitimidade pela qual passa o Congresso Nacional no Brasil e a correspondente ascensão do judiciário, cf. BARROSO, L. R. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 22-23.

efetiva invalidação de alterações constitucionais pelo poder judiciário. Caberia a ele verificar se a mudança perpetrada pelo poder derivado é mera emenda à constituição, caso em que será reputada válida se não violar nenhum limite formal ou material previamente estabelecido na lei maior, ou se configura verdadeiro desmembramento, caso em que será reputada inválida, exigindo-se sua reapreciação segundo a regra de mutualidade.

Por conseguinte, a modificação de elementos identitários essenciais à constituição por meio desta regra especial ficaria, do mesmo modo, submetida a um controle jurisdicional, ainda que diferenciado. Ao poder judiciário competiria (i) o controle formal de equivalência entre os procedimentos constituinte e de desmembramento – *fator de simetria* – e dos demais fatores da regra de mutualidade, quando aplicáveis, e (ii) o controle material, cujo parâmetro seria a imprescindibilidade da norma protegida pela cláusula pétreia, que se queira ver afastada, para a manutenção do regime democrático e do autogoverno popular, não necessariamente de vertente liberal, por serem valores fundamentais à sustentação da teoria do desmembramento⁸⁰. Nesta segunda hipótese, a invalidação do desmonte feito mediante procedimento diferenciado e mais rígido que o de emenda à constituição merece presunção reforçada de constitucionalidade e, por tal razão, do assentimento de ao menos 2/3 dos membros do órgão jurisdicional para rechaçar a alteração.

Pensa-se aqui no caso brasileiro, em que tal quórum não é estranho à jurisdição constitucional, sendo previsto pela Lei Federal n. 9.868/99 para a modulação de efeitos de decisões proferidas em sede de controle concentrado à luz da CRFB/88. A ideia de presunção graduada de constitucionalidade segundo, dentre outras balizas, o grau de legitimidade democrática do ato normativo editado é defendida pelos já mencionados professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ao afirmarem que tanto a conformação democrática em abstrato do processo formal de elaboração da norma (requisitos de iniciativa, quórum de aprovação, necessidade de referendo, etc.) quanto o grau de

⁸⁰ Não é crível que uma teoria cujo propósito, no fundo, é a máxima efetivação do valor democracia, qualquer que seja a concepção concreta adotada quando do procedimento de desmembramento, seja a responsável por sua aniquilação definitiva. Tratar-se-ia de um oxímoro inaceitável, a não ser que se admitisse que a finalidade dela fosse a de assegurar pura e simplesmente um “supermajoritarismo”, o que iria de encontro ao conhecimento acumulado durante séculos pela filosofia e ciência política acerca das combinações de elementos e nuances que podem vir a caracterizar um regime como minimamente democrático. Em síntese, a regra da maioria ou até da unanimidade, por si só consideradas, são absolutamente insuficientes na caracterização dos mais relevantes modelos de democracia – descritivos e normativos – atualmente estudados. Cf. a excelente exposição acerca da relação entre regra de maioria e democracias feita por BOBBIO, N.; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 20 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 428 et seq.

consenso e participação política e social obtidos em concreto durante sua elaboração são relevantes fatores de reforço da constitucionalidade do ato⁸¹.

Na palavra dos prestigiados juristas, o fundamento subjacente à maior intensidade da presunção deve-se, além de outros fatores, ao “[...] ‘valor epistêmico’ da democracia, vale dizer, a premissa de que as deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados [...]”⁸². No mesmo sentido de defender uma postura de autocontenção judicial em situações de grande consenso democrático, só que com enfoque na edição de emendas constitucionais restritivas de direitos fundamentais, Rodrigo Brandão pontua que:

[...] se o judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento, notadamente quando adotar uma postura ativista na aplicação de norma constitucional de natureza principiológica (*i.e.* direitos fundamentais), tende a comprimir o espectro de atribuições do Parlamento em favor de suas competências [...], parece natural que adote uma postura tão mais acanhada quanto mais sólido for o consenso obtido no Congresso Nacional⁸³.

Ora, a cláusula de reserva de plenário inscrita no artigo 97 da CRFB/88 tem por escopo justamente a salvaguarda da presunção de constitucionalidade dos atos normativos ao demandar o voto da maioria absoluta dos membros de tribunais (ou órgãos especiais destes) para declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de uma garantia de contenção institucional em prol da autodeterminação coletiva. Não haveria irrazoabilidade alguma em interpretação de tal dispositivo que modulasse o quórum de invalidação exigido proporcionalmente ao grau de consenso e legitimidade obtido pelo ato normativo atacado, o que, inclusive, prestigiaria a *ratio* da norma. Nesta toada, o artigo 97 estabelecerá apenas o limite mínimo de votos exigidos a fim de nulificar os atos normativos cujo procedimento e grau de consenso sejam correspondentemente menores do que o exigido pela regra da mutualidade para o desmembramento⁸⁴⁻⁸⁵, exegese esta que ampara a possibilidade

⁸¹ SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 461-463.

⁸² SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 461-463.

⁸³ BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 269.

⁸⁴ Como já dito *supra*, o entendimento aqui esposado é o de que o melhor proveito da teoria do desmembramento é extraído quando $P_{Const.Orig.}$ seja maior em relação a P_{Emenda} . Ainda, como se verá abaixo, o presente trabalho defende que o caso brasileiro amolda-se a esta condição.

⁸⁵ Esta interpretação construtiva do artigo 97 da CRFB permitiria igualmente que o legislador estabelecesse quóruns distintos para declaração de inconstitucionalidade em função da dificuldade do procedimento previsto para a edição do ato normativo e de outros parâmetros de

da exigência de um consenso maior do colegiado judicial no intuito de obstar mudanças de maior calibre procedimental e deliberativo.

Em síntese, a teoria de Albert, feitas as adaptações acima, pode fomentar o diálogo entre instâncias políticas e judiciais em matéria de alteração constitucional formal sem lhes tolher o caráter autoritativo de seus pronunciamentos. Isto se dá da seguinte forma:

- (1) o poder reformador promove a modificação do texto constitucional seguindo o procedimento previsto no ordenamento para tanto;
- (2) o poder judiciário, por meio de órgão colegiado competente, caso entenda que a modificação teve um caráter substancialmente transformativo de elementos estruturantes da constituição, poderá invalidá-la e demandar ao poder reformador a observância da regra de mutualidade, atraindo regras procedimentais, temporais, circunstanciais e um *quantum* de mobilização popular e deliberação maior;
- (3) a existência de um robusto consenso por parte dos mais variados segmentos sociais e representativos durante razoável período de tempo leva à aprovação da modificação anteriormente intentada, agora já segundo a regra de mutualidade, servindo de instrumento de superação de decisão judicial dotado de responsividade ainda maior que a inicialmente observada;
- (4) tendo em vista o alto grau de legitimidade que esteia o desmembramento, a despeito de modificar dispositivos relacionados a decisões fundamentais entrincheiradas na constituição, agora a exigência de um nível de consenso e ônus argumentativo mais intenso desloca-se em direção ao órgão jurisdicional, que deve obter um respaldo ainda maior de seus membros para invalidar a alteração com base na imprescindibilidade da(s) norma(s) derrogada(s) para a manutenção dos pressupostos da dinâmica democrática adotada pela sociedade sob enfoque;
- (5) nada impede que, mesmo após decisão judicial invalidando a alteração constitucional, seja ela uma emenda, seja ela um desmembramento, o poder reformador persista em sua tentativa de alteração do diploma supremo por quaisquer desses dois expedientes, em um novo ciclo dialógico entre sociedade, poder reformador e poder judiciário. Assim sendo, verifica-se, no curso desse processo, uma mudança sucessiva na correlação de forças entre estes dois poderes, em benefício da autodeterminação coletiva de cada geração.

legitimidade democrática, como o envolvimento popular na iniciativa do ato e o grau de consenso que obteve ao longo do processo legislativo. Para os fins deste trabalho, apenas a distinção decorrente do confronto entre procedimentos formais constitucionalmente previstos (inclusive o de emenda à constituição) *vs.* procedimento para desmembramento é explorado.

Veja-se, ainda, que o desmembramento não é poder constituinte, podendo perfeitamente ser limitado e condicionado por poder instituído, ainda mais na defesa dos próprios pressupostos da democracia que a teoria aqui analisada tem em alta estima. Se, no plano empírico, observa-se que mesmo algumas manifestações do poder originário, em tese uma potência criadora do direito não vinculada a quaisquer formas jurídicas, curvaram-se a decisões pré e pós-constituintes⁸⁶, há muito mais razão para que uma teoria, cuja pretensão seja a transformação da identidade, arquitetura e valores da carta maior, mantendo-se, contudo, a estabilidade sistêmica da ordem constitucional vigente, assim proceda.

Ressalte-se, em conclusão, que não se deve confundir a possibilidade de desmembramento via regra de mutualidade com a tese da dupla revisão, objeto de acaloradas discussões em Portugal por conta da segunda revisão à Constituição da República Portuguesa de 1976, realizada em 1989, que suprimiu, mediante o uso do instrumento da revisão constitucional, limites materiais ao poder derivado relacionados à planificação econômica e transição ao socialismo. Tal tese consiste na revogação, em um primeiro momento, de determinadas cláusulas pétreas, empregando o procedimento de alteração formal previsto pela constituição – denominado “revisão constitucional” no país lusitano – para, em ato posterior, removido este óbice inicial, prosseguir com a modificação ou derrogação dos dispositivos antes protegidos pela intangibilidade, mediante o mesmo procedimento anteriormente utilizado⁸⁷. Enquanto no caso da dupla revisão o mesmo procedimento de reforma, derivado do poder constituinte, é acionado em dois momentos distintos no tempo, no âmbito da teoria do desmembramento, pressupondo-se que $P_{\text{Const. Orig.}}$ seja maior que P_{Emenda} , ter-se-á um processo

⁸⁶ Exemplo claro desta afirmação deflui da experiência concreta vivenciada pela África do Sul nos anos 1990, no curso da transição do regime segregacionista do *apartheid* para um efetivo Estado Democrático de Direito, em que a nova constituição elaborada pela Assembleia Constituinte foi submetida ao Tribunal Constitucional por força da seção 71 da constituição interina vigente à época, que lhe negou certificação por incompatibilidade de certos dispositivos seus com princípios constitucionais pactuados pelas forças políticas de transição como essenciais a uma nova ordem jurídica. Em consequência da decisão tomada pelo tribunal, o texto da novel constituição sofreu alterações e, assim, foi certificado. Curiosamente, um dos pontos levantados pelo Tribunal para negar a certificação foi a deficiência do procedimento previsto para a edição de emendas à constituição, reputada como insuficiente para a proteção do catálogo de direitos fundamentais nela inseridos. Cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147; KLUG, H. *The Constitution of South Africa: a Contextual Analysis*. Kindle Edition. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 93-95.

⁸⁷ Uma excelente definição deste expediente e relato da divergência entre os renomados constitucionalistas portugueses Jorge Miranda – defensor da possibilidade de revisão dos limites materiais – e José Joaquim Gomes Canotilho – crítico de tal posicionamento – pode ser encontrado em BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198-200 e notas de rodapé 118 e 119.

mais rígido que o usual para fins de modificações drásticas em disposições tuteladas por cláusulas pétreas. Em verdade, sequer é exigida no desmembramento a obliteração, em primeiro momento, da norma impositiva da intangibilidade, sendo possível, desde que observados os fatores de mutualidade, a atuação direta sobre o texto resguardado. E, por fim, o poder de desmembramento não é manifestação do “poder constituinte derivado”, mas alternativa à dicotomia entre este e o poder constituinte originário, na busca de viabilizar mudanças transformativas na constituição que contem com reconhecimento e mobilização social e do meio jurídico para tanto, mas não cheguem a caracterizar ruptura na continuidade legal necessária à manutenção de um regime político estável.

A INSERÇÃO DA TEORIA DO DESMEMBRAMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA

Afinal, é possível extrair alguma valia da Teoria do Desmembramento para a ordem constitucional brasileira? A posição aqui defendida é a de que sim, faz-se possível e útil a aplicação de tal teoria, em sua forma mitigada, à realidade brasileira⁸⁸. Isto, pois:

- (a) a atual constituição em vigor, datada de 5 de outubro de 1988, foi promulgada e não outorgada, tendo sido marcada, durante sua fase de elaboração, por intensa participação popular, sem precedentes na história constitucional brasileira⁸⁹;
- (b) o procedimento adotado pelo constituinte, desde a convocação da assembleia nacional até a aprovação de seu texto final, em 22 de setembro de 1988, é, utilizando-se a escala de Lutz, mais rígido em relação ao previsto no artigo 60 da CRFB/88 para a edição de emenda constitucional, como será demonstrado. De fato, o método de alteração formal do referido artigo 60 é relativamente “fácil”, se comparado ao da constituição dos Estados Unidos, por exemplo, o que pode ser comprovado por uma taxa média de 3,41 emendas/ano contra 0,11 do país da América do Norte⁹⁰. Além disso, não há participação popular

⁸⁸ A discussão sobre a (im)possibilidade de alterações constitucionais formais “disruptivas”, capazes inclusive de derrogar cláusulas pétreas explícitas e implícitas, não é nova na doutrina brasileira. Ingo Wolfgang Sarlet menciona, a título de exemplo, a posição dos i. Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Cármen Lúcia Antunes Rocha favorável à viabilidade de revisão das disposições de intangibilidade, desde que houvesse participação direta do povo, titular por excelência do poder constituinte. Cf. SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137, nota de rodapé 157.

⁸⁹ PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1-2, notas de rodapé 1, 2 e 3.

⁹⁰ Num período de 29 anos, foram promulgadas 99 emendas à Constituição Brasileira de 1988, excluídas as de revisão. Já no período de 228 anos, foram editadas 27 emendas à Constituição

direta quando da análise da proposta de alteração, seja mediante plebiscito ou referendo; qualquer intervalo temporal mais substancial, e.g. intervalo de uma eleição entre os turnos de votação da PEC, que permita uma deliberação refletida e maturada por parte dos representantes parlamentares e de seu eleitorado⁹¹, ou mesmo distintos processos de alteração constitucional (*Tiered Constitutional Amendment thresholds*), variáveis em termos de rigidez conforme a sensibilidade e importância do preceito constitucional a ser protegido⁹². Neste cenário, a regra de mutualidade, extraída da teoria do desmembramento, dá maior segurança ao poder judiciário de que mudanças importantes na constituição cidadã que envolvam derrogações em dispositivos protegidos por

Estadunidense. Não se está aqui fazendo um juízo valorativo em benefício da maior rigidez desta última constituição, cuja taxa indica, em verdade, emprego de vias extraconstitucionais na alteração de seu sentido. O ideal é uma taxa equilibrada, que concilie rigidez com possibilidade real de adaptação formal, de tempos em tempos, do texto constitucional à realidade de novas gerações.

⁹¹ A exigência de dois turnos de discussão e votação de proposta de emenda constitucional em cada casa do congresso nacional tem sido, em alguns casos, apequenada ora pela Câmara dos Deputados, ora pelo Senado, quando promovem ambos os turnos no mesmo dia, sem qualquer intervalo de tempo apto a ensejar maior reflexão e discussão por parte dos congressistas e da opinião pública. Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 290.

⁹² A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 adotava, em seu artigo 178 e respectivos parágrafos, este sistema de processos de distinta rigidez variável conforme a sensibilidade e importância do preceito constitucional a ser protegido: as alterações que não modificassem a estrutura política do Estado ou a organização e competência dos poderes da soberania poderiam ser realizadas mediante emenda à constituição (art. 178, § 1º, CB/1934). Caso contrário, dever-se-ia utilizar o procedimento de revisão, mais rigoroso que o de emenda (art. 178, § 2º, CB/1934). A Constituição de 1988, além do procedimento principal de reforma constitucional, disposto no art. 60 e seus parágrafos, prevê outro no art. 3º do ADCT, também denominado revisão constitucional. Todavia, ao contrário do instituto de 1934, este foi desenhado pelo constituinte de 1988 com caráter meramente transitório, limites formais mais flexíveis que o de emenda, e, para alguns doutrinadores, com escopo limitado às modificações que se fizessem necessárias em decorrência do resultado do plebiscito previsto no art. 2º do mesmo ADCT, sobre qual deveria ser forma e o sistema de governo observada no Brasil. Na prática, esse processo de revisão foi um fiasco, produzindo seis emendas constitucionais de revisão, em geral, de menor expressão. Interessante notar, conforme narra Ingo Wolfgang Sarlet, que, no curso deste, foram propostas alterações de grande relevância no âmbito do processo de reforma constitucional, quais sejam, as de supressão de cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da CRFB/88 e a de instituição da figura da revisão constitucional em moldes similares aos da CB/1934, para modificações mais amplas e profundas no texto do diploma supremo, e que previa requisitos como a subscrição por maioria absoluta dos membros do congresso para fins de iniciativa, discussão e aprovação em dois turnos, por maioria de 3/5 dos membros de cada casa legislativa, referendo popular e período mínimo de cinco anos entre as revisões. Cf. SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117-121, 135-138 e nota de rodapé 158.

cláusula de intangibilidade, mormente direitos fundamentais de diferentes dimensões, tenham efetivo respaldo popular antes de ingressarem no ordenamento jurídico.

- (c) o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, tendo por parâmetro cláusulas pétreas inscritas na CRFB/88, é uma realidade brasileira⁹³, que, combinada a interpretações maximalistas destas pelo judiciário, sobretudo por seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, responsável pelo controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de atos normativos primários perante a CRFB/88, pode levar a um engessamento de segmentos inteiros da constituição e a um maior risco de ruptura com a ordem instituída, ao impedir a articulação e implementação de políticas públicas almejadas por maiorias representativas legitimamente eleitas ou pelo próprio povo. A proposta de parâmetros hermenêuticos e de ponderação que procurem conduzir a jurisdição nesta seara a uma postura mais deferente e parcimoniosa em prol da autodeterminação das gerações presentes é salutar, mas pode se mostrar insuficiente em contextos de intenso ativismo judicial – progressista ou conservador – ocasionado pela debilidade e descrédito das instituições majoritárias. Neste cenário, a regra de mutualidade, extraída da teoria do desmembramento, concede ao congresso e ao governo, caso consigam mobilizar parcela significativa de apoio político e social para tanto, um mecanismo de superação de decisões judiciais expansivas, cujo fundamento resida ou na violação de núcleo essencial de cláusula de intangibilidade pela emenda invalidada, ou em ponderação supostamente desproporcional

⁹³ Tal controle é prática aceita com razoável consenso tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão que já declarou a invalidade de uma série de dispositivos constantes de emendas à constituição. Ao contrário do que afirma, porém, o i. Ministro Luis Roberto Barroso, tal prática não constitui uma “singularidade brasileira”, sendo observada também na jurisprudência da corte constitucional colombiana, que desde 2003 aplica a chamada “doutrina da substituição da constituição” (decisão C-551/2003), responsável por obstar a edição de emendas, por parte do congresso colombiano, que visem à alteração de pontos estruturantes da constituição, substituindo-a sub-repeticivamente por outra, prerrogativa esta reservada unicamente ao povo na condição de poder constituinte. Outro exemplo é o da Suprema Corte da Índia, que já aplicou a denominada doutrina da estrutura básica (*basic structure doctrine*) para invalidar emendas que resultassem em alterações na estrutura e fundamentos básicos da constituição (decisão *kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, de 1973). Cf. BARROSO, L. R. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20-21; ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424, p. 91. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

realizada pelo poder derivado quando do balanceamento entre o interesse a ser promovido pela alteração e seu grau de interferência em limite material a ser protegido.

Pois bem, a teoria do desmembramento tem potencial para atuar, na ordem constitucional pátria, como mecanismo de controle recíproco entre um executivo e um legislativo que buscam avançar reformas eventualmente supressivas de elementos constitucionais sensíveis, referentes à identidade, valores ou arquitetura da CRFB/88, tutelados por cláusulas pétreas, um judiciário ativista e inseguro quanto à legitimidade de transformações radicais no documento de que é guardião precípua, e o povo, que encontra na mutualidade, por um lado, mecanismo impeditivo de alterações drásticas, de iniciativa de poderes eletivos, mas disfuncionais, em seus direitos e instituições, sem sua prévia consulta, reflexão e consentimento, e por outro, instrumento que lhe permite, em conjunto com seus representantes, expressar categoricamente seu desejo de mudança em face de um judiciário recalcitrante, escudado em cláusulas de perpetuidade pensadas para uma realidade não mais existente.

Prosseguindo, o procedimento a ser seguido para fins de desmembramento no Brasil envolveria, inicialmente, a aprovação de um ato convocatório nos mesmos moldes da EC n. 26/85 à constituição de 1967⁹⁴, responsável pela convocação da Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição de 1988. Tal ato deveria, portanto, seguir o rito observado à época: (i) iniciativa de (i.1) 1/3 dos deputados federais e 1/3 dos senadores⁹⁵, ou do (i.2) presidente da república⁹⁶; (ii) discussão e votação, em dois turnos, por 2/3 dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional⁹⁷; (iii) impossibilidade de emenda na vigência de estado de sítio⁹⁸. Seguindo novamente aqui o método de Lutz, considerado apenas o procedimento convocatório preparatório do desmembramento, o índice de dificuldade varia de 3.80 (iniciativa do chefe do executivo – 0.25 + aprovação por 2/3 do legislativo bicameral em dois turnos – 3.55) a 4.55 (iniciativa de membros de ambas as casas da legislatura –

⁹⁴ Com redação dada pela EC n. 1/69.

⁹⁵ Artigo 47, item I e § 3º, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 8/77.

⁹⁶ Artigo 47, item II, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 1/69.

⁹⁷ Artigo 48 da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 22/82. Apesar de o texto pretérito falar na apreciação da proposta de alteração em sessão conjunta, a votação se dava de forma separada, considerados primeiramente apenas os membros de uma das casas, e, havendo aprovação, passando-se à votação pela outra, respeitando o princípio do bicameralismo em âmbito federal. Não se vislumbra aqui problema na adoção do método da constituição de 1988, que prevê sessões distintas em cada uma das casas na apreciação de propostas de emenda, pelo efeito prático similar produzido.

⁹⁸ Artigo 47, § 2º, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 11/78. O texto fala também em “estado de emergência”, não mais existente na Constituição de 1988.

1.00 + aprovação por 2/3 do legislativo bicameral em dois turnos – 3.55), contra 1.50 a 3.25 previstos para a alteração formal do texto da CRFB/88, sendo, portanto, significativamente mais rígido⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Este ato deve especificar o escopo da modificação, mais precisamente qual o conteúdo e os dispositivos a serem alterados ou revogados, além das balizas formais a serem observadas pelo poder revisor. Pela regra de mutualidade, haverá um limite temporal importante a ser respeitado, qual seja, a necessidade de renovação do legislativo federal mediante eleições, a fim de que, de fato, o congresso adquira a prerrogativa e o respaldo popular necessários ao início da transformação constitucional. Ao menos a totalidade da Câmara dos Deputados e 2/3 do Senado Federal deverão ter sido renovados após a publicação da convocação, em um intervalo que pode variar de menos de uma até mais de duas legislaturas¹⁰¹. Assim, é imprescindível a ciência prévia e tempestiva à população de que os candidatos eleitos em pleito futuro terão atribuída esta incumbência adicional. Este intervalo prolongado será um poderoso estímulo à reflexão por parte do povo acerca da conveniência e oportunidade da mudança a ser tentada e sobre qual rumo ela deve tomar.

Em outro giro, o processo em si de deliberação e reforma será, de fato, mais flexível que o consignado no artigo 60 da CRFB, visto que o texto da alteração poderá ser promulgado após sua aprovação por maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunido em sessão unicameral, seguindo as diretrizes básicas praticadas pela constituinte de 87/88¹⁰². Todavia, apesar de este procedimento parecer deletério quando se trata de revisão de normas tão delicadas a ponto de serem protegidas por cláusulas pétreas, duas considerações devem ser feitas.

Primeiramente, tal “flexibilidade” é salutar no que concerne a transformações mais amplas e complexas na identidade, valores e arquitetura constitucional, e.g., transformações drásticas na forma ou sistema de governo, em que ocorram alterações no equilíbrio dos poderes e *checks and balances* originariamente pensados pelo constituinte, requerendo a substituição de dezenas de dispositivos e,

⁹⁹ Cf. nota de rodapé 58 *supra*.

¹⁰⁰ Uma observação importante deve ser feita: a Constituição Brasileira de 1967 com redação dada pela EC n. 1/69 aparece na tabela C-1 do artigo de Lutz, para o período de 1969 até 1987, com um índice efetivo de dificuldade de apenas 1.55. É necessário ressaltar, contudo, que, durante este período, a referida constituição teve o procedimento de alteração flexibilizado pelas Emendas Constitucionais de n. 8/77 e 11/78, revogadas em parte, posteriormente, pela EC n. 22/82.

¹⁰¹ Se o ato convocatório tiver sido aprovado logo após um pleito eleitoral federal em que 2/3 do senado tenha sido renovado, haverá um tempo de espera de oito anos até que, de fato, o congresso adquira poderes para proceder ao desmembramento de forma legítima, em respeito à taxa de renovação observada quando da instauração da Assembleia Constituinte.

¹⁰² Artigos 1º e 3º da EC n. 26/85 à Constituição de 1967, com redação dada pela EC n. 1/69.

possivelmente, a criação de várias regras de transição. Requisitos formais muito dificultosos nesta etapa de análise e conformação efetiva da proposição de desmembrando acabam por prejudicar tanto os que são a ela favoráveis, por dificultar a negociação e formação de uma coalizão apta a permitir sua aprovação, quanto para os contrários, caso sua discordância não seja integral, pela maior dificuldade em obter apoio suficiente para emendar a proposta de acordo com suas cosmovisões¹⁰³.

Em segundo lugar, se visto de modo agregado, o processo de desmembramento aqui exposto é significativamente mais rígido do que o de emenda à CRFB/88. Além das etapas já narradas, defende-se aqui, ainda, a necessidade de consulta ao povo, por meio de referendo, ao final do *iter* que eventualmente culmine na aprovação da proposta. Apesar de não ter sido realizado qualquer plebiscito ou referendo ao longo do procedimento constituinte, a consulta ao povo chegou a ser cogitada naquele momento, para conferir-lhe máxima legitimidade¹⁰⁴. Entende-se nesta análise que, a partir da promulgação da constituição cidadã, cujo mote é a institucionalização de um Estado Democrático de Direito fundado na soberania popular (Art. 1º, *caput* e parágrafo único da CRFB/88), e considerado todo o contexto histórico de luta pela redemocratização que lhe precede e lhe dá grande ímpeto, o reconhecimento, pelos diversos segmentos sociais, da validade de uma transformação em seus elementos estruturais, não será crível sem que estes sejam informados e consintam com o resultado final desta atuação¹⁰⁵. Já foi dito anteriormente que Albert, embora implicitamente, admite exceção ao fator da simetria que eventualmente torne o rito de desmembramento mais “difícil”, desde que para fazê-lo mais democrático, em consonância com os anseios da sociedade, resguardando melhor a lei suprema, o que se amolda perfeitamente à situação em tela¹⁰⁶.

¹⁰³ A etapa inicial, de aprovação do ato convocatório, apenas é indício do apoio consistente e até da necessidade de uma mudança mais ampla em determinada matéria constitucionalmente superprotegida a curto e médio prazo, mas não quanto aos termos em que esta se dará.

¹⁰⁴ Segundo narrado por Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto, “[o] Deputado Flávio Bierrenbach, relator originário da Proposta de Emenda [n. 26/85], ainda tentou alterar a fórmula nela prevista, apresentando um substitutivo que determinava a realização de um plebiscito, para que o povo se manifestasse sobre duas questões: se a nova Constituição deveria ser elaborada pelo Congresso Nacional ou por uma assembleia exclusiva, e se os senadores eleitos em 1982 poderiam ou não participar da constituinte; mas seu substitutivo foi rejeitado, prevalecendo a proposta de Sarney, de uma Assembleia Constituinte congressual, que cumularia suas funções com aquelas ordinárias do Poder Legislativo Federal”. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 158.

¹⁰⁵ Reforça a necessidade de consulta popular o fato de 1/3 dos senadores que participará dos trabalhos de alteração constitucional não ser originalmente eleito com tais poderes. O referendo acaba por mitigar esse déficit.

¹⁰⁶ Por esse mesmo raciocínio, nada impediria a formação de um órgão exclusivo e temporário para deliberar sobre as matérias constantes do ato convocatório do desmembramento, em vez

Em suma, o processo de desmembramento aqui aventado, levando-se em conta a ordem constitucional brasileira, é composto por uma etapa convocatória, seguida, após pleito de renovação da câmara dos deputados e de 2/3 do senado, de negociação, deliberação e votação pelo congresso, investido agora também nesta função “transformativa”, o qual, se aprovar a proposta de alteração, submetê-lo-á ao titular da soberania, para fazer valer sua vontade. A experiência republicana brasileira, tal qual a do império, é fértil em exemplos de marginalização das massas populares em prol de uma aristocracia econômica e política bem servida. É hora de dar um basta nisso.

Mesmo não havendo previsão expressa para a adoção deste processo na Constituição, é preciso lembrar novamente que a teoria do desmembramento e a regra da mutualidade alicerçam-se primordialmente em um dado sociológico: o respaldo dado pelo povo, em suas mais diversas dimensões e estratos, e pela elite jurídica da nação, à mudança. De qualquer forma, tal raciocínio é respaldado pela CRFB/88, ao consagrar o princípio democrático como valor matriz da República Federativa, a soberania como seu fundamento, e o povo como titular primeiro e último da prerrogativa de fundar, refundar, modificar e extinguir a ordem constitucional e jurídica do país, a quem todos os órgãos instituídos devem máximo respeito e deferência.

Em síntese, para finalizar o tópico e ilustrar melhor o funcionamento prático da teoria esposada neste trabalho, duas hipóteses relevantes são logo abaixo aventadas, não muito distantes da realidade brasileira.

Hipótese 1 – Suponha o entrincheiramento na constituição de determinado benefício pecuniário vultoso atribuído a um conjunto de carreiras prestigiadas no seio do serviço público. Emenda Constitucional posterior é promulgada pelas casas do Congresso Nacional para extirpar tal privilégio da lei suprema, de modo a prestigiar o princípio da isonomia e do equilíbrio orçamentário. O Supremo Tribunal Federal, porém, em sede de controle concentrado, perfaz interpretação expansiva da cláusula pétrea do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CRFB/88, entendendo que tal emenda viola direito adquirido da quase totalidade dos servidores em atividade – artigo 5º, XXXVI, CRFB/88, em clara afronta ao intuito da alteração levada a cabo, tornando-a, em decorrência, sem efeito para aqueles que ingressaram na carreira em data anterior à sua edição. Nesta situação, como alternativa à aprovação de nova emenda constitucional em reação à decisão da suprema corte, o desmembramento, seguindo os passos retrossalientados, confere à resposta um caráter bem mais contundente, transmitindo

de atribuí-lo a outro que já possui funções relacionadas à política ordinária, o que pode, inclusive, gerar prejuízos para a reforma e ocasionar a inserção de dispositivos banais e privilégios em documento tão importante quanto a constituição.

ao judiciário o desejo social amplo e robusto no sentido de combater a perpetuação de injustiças e distinções odiosas, à qual dificilmente este não se curvará, seja em virtude de comportamento estratégico para evitar desgastes em seu prestígio, seja pelo aumento de quórum necessário para a declaração de inconstitucionalidade da alteração, caso adotada a interpretação aqui proposta para o artigo 97 da CRFB/88.

Hipótese 2 – Suponha que o Congresso Nacional, aliado a um executivo com baixa taxa de aprovação popular, edite emenda à constituição instituindo um “regime fiscal diferenciado”, que estabeleça restrições drásticas, por um longo prazo, à realização de despesas primárias em áreas sociais chave, sobretudo saúde e educação, comprometendo significativamente a eficácia de direitos sociais consagrados na constituição, até mesmo de seus núcleos essenciais, direitos estes, para a melhor doutrina, protegidos pelo limite material do inciso IV do § 4º do artigo 60 da CRFB/88¹⁰⁷. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a situação em sede de controle concentrado, tem na teoria do desmembramento um aliado poderoso, que lhe dá maior segurança, do ponto de vista estratégico, na declaração de inconstitucionalidade do ato fruto do poder derivado, a despeito de o procedimento de emenda possuir um rigor maior que o da legislação infraconstitucional. A corte, ao invalidá-la, induzirá o congresso e o executivo, implícita ou explicitamente, a buscar maior representatividade e o apoio do povo, mediante um procedimento ainda mais rígido e democrático, se realmente quiser que as reformas sejam levadas a efeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As baionetas, os tanques, a secessão, a revolução e os golpes de Estado, capazes de tornar constituições inteiras sem efeito, vêm sendo substituídos, nas últimas décadas, por técnicas mais sutis de desmonte de partes essenciais da lei maior, tal como originalmente concebida no momento constituinte. A feição descritiva da Teoria do Desmembramento Constitucional, elaborada pelo Professor Associado do Boston College of Law Richard Albert, objetiva justamente precisar e fornecer as características básicas deste fenômeno. Destarte, o desmembramento, enquanto realidade fenomênica, viria a ocupar posição intermediária entre o poder de reforma constitucional, veiculado mediante emendas à constituição, cujo propósito seria o de correção de falhas ou aperfeiçoamento de seu texto, e o poder constituinte, potência capaz de refundar a ordem jurídica em sua totalidade. Aquele, por sua vez, reflete o esforço deliberado de desmontar uma ou mais partes constituintes da lei fundamental, sejam estas codificadas ou

¹⁰⁷ Cf. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 309.

não, transformando sua *identidade, valores* ou *arquitetura*, sem, contudo, provocar uma ruptura na continuidade legal necessária à manutenção de um regime político estável. Acresça-se, ainda, que a ocorrência de tal fenômeno não deve ser encarada como intrinsecamente deletério, podendo, em verdade, do ponto de vista histórico, ser observado tanto na implantação de regimes semiautoritários quanto na abolição da escravatura, por exemplo.

Por conseguinte, à descrição junta-se a prescrição: é necessária alguma regra básica que permita dotar e aferir a legitimidade de um desmembramento. A ela foi dado o nome de regra de mutualidade, composta por quatro parâmetros (ou “fatores”), e cujo enunciado central envolve a categorização do desmembramento como regular se utilizado para tanto o mesmo procedimento empregado pelo poder originário para ratificar e promulgar a Constituição objeto de transformação. No âmbito da jurisdição constitucional, a teoria analisada, no modelo idealizado por Albert, tem por proposta a substituição da concepção de supremacia judicial, em que o judiciário arroga para si o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional, por outro menos beligerante e mais deliberativo e dialógico, chegando a defender que o poder judiciário deveria, no que concerne à apreciação de reformas constitucionais, restringir-se a emitir opiniões não vinculantes, apontando qual seria, em sua percepção, a natureza da modificação que se busca implementar – se emenda ou desmembramento – e, por via de consequência, o *quantum* de respaldo popular necessário para legitimá-la.

O presente trabalho, entretanto, propõe uma visão alternativa, associada a um controle de constitucionalidade jurisdicional forte e repressivo, que permita ao poder judiciário verificar se a mudança perpetrada pelo poder derivado é mera emenda à constituição, caso em que será reputada válida se não violar nenhum limite formal ou material previamente estabelecido na lei maior, ou se configura verdadeiro desmembramento, caso em que será reputada inválida, exigindo-se sua reapreciação segundo a regra de mutualidade. No mais, não fica desautorizada a avaliação pelas cortes de justiça da legitimidade do desmembramento, mas, em certas hipóteses, devido a uma presunção reforçada de constitucionalidade desta alteração, será necessário o assentimento de um número maior de seus magistrados para rechaçá-la.

Essa versão “mitigada” da teoria do desmembramento teria boa aderência à realidade brasileira, pela natureza democrática do texto e do processo de elaboração da Constituição de 1988, pela maior rigidez do procedimento adotado pelo constituinte originário, em relação ao previsto no artigo 60 da CRFB/88 para a promulgação de emenda constitucional, e pelo papel relativamente ativo do judiciário brasileiro, sobretudo de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, na invalidação de emendas constitucionais. E, ainda, pode ser facilmente fundamentada no princípio democrático (Art. 1º, *caput*, da CRFB/88) e na titularidade da soberania pelo povo (Art. 1º, inciso I e parágrafo único da CRFB/88),

único legitimado a fundar, refundar, modificar e extinguir a ordem constitucional e jurídica do país, a quem todos os órgãos instituídos devem máximo respeito e deferência.

Uma das grandes missões da teoria do desmembramento é, sem dúvida, a de garantir o respeito à dinâmica democrática e à autodeterminação das gerações presentes e futuras, principalmente quando em jogo mudanças drásticas no diploma maior da comunidade política. É preciso resgatar a voz e o consentimento dos mais diversos segmentos sociais na definição do perfil e caráter presente e futuro da constituição cidadã, muitos deles marginalizados ao longo da história brasileira.

Por último, importante salientar que a presente análise da teoria do desmembramento e de sua possível aplicação ao Brasil tem caráter meramente *propedêutico*. Trata-se de teoria que, em contextos de ascensão, no meio social, de ideias odiosas e contrárias ao Estado Democrático de Direito, pode revelar-se perigosa, ao permitir que uma sociedade pouco comprometida com a matriz emancipatória das liberdades e direitos fundamentais dê respaldo à revogação de normas intangíveis caras à própria democracia e ao respeito à dignidade da pessoa humana. É necessária uma maior reflexão acerca do atual cenário socio-político e do nível de enraizamento na sociedade de uma cultura constitucional e democrática de tolerância, fiscalização e efetiva participação da cidadania na esfera pública, para que se averigue a real possibilidade de aplicação do desmembramento e de sua regra de mutualidade à ordem constitucional brasileira. Reforce-se, ainda, que, por ter importância central no sistema constitucional pátrio, mormente na defesa de grupos minoritários, o poder judiciário, com destaque para sua Suprema Corte, não se encontra impedido de exercer o controle de constitucionalidade sobre desmembramento eventualmente efetuado, mantendo intactas suas missões institucionais. O que se altera, na versão mitigada da teoria do desmembramento aqui desenvolvida, é apenas seu ônus argumentativo e o quórum necessário para a invalidação de modificação constitucional transformativa que tenha obtido amplo respaldo popular.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press, 1991. v. 1.
- ALBERT, R. Constitutional Amendment and Dismemberment. *Yale Journal of International Law*, v. 43, 2018. Boston College Law School Legal Studies Research Paper n. 424. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2875931>>. Acesso em: 28 jul. 2017.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, L. R. A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, D. (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BENVINDO, J. Z. “Constitutional Dismemberment” and Political Crisis in Brazil: Populism in Sight? *Int’l J. Const. L. Blog*, may 6, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/05/constitutional-dismemberment-and-political-crisis-in-brazil-populism-in-sight/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BOBBIO, N.; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 20 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CUNNINGHAM, F. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delmar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DIXON, R. Populist Constitutionalism and the Democratic Minimum Core. *Int’l J. Const. L. Blog*, apr. 26, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/04/populist-constitutionalism-the-democratic-minimum-core/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

FRANCE PRESSE. Procuradora venezuelana abre investigação por suposta “fraude” na Constituinte. *GI*, São Paulo, 3 ago. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/procuradora-venezuelana-abre-investigacao-por-suposta-fraude-na-constituin-te.ghtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

FIGUEIREDO, J. Apertando o cerco. *O Globo*, Rio de Janeiro, 19 ago. 2017. Seção Mundo, p. 21.

GINSBURG, T.; MELTON, J. Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 682, 2014. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/467/>. Acesso em: 28 nov. 2017.

HAMILTON, A; MADISON, J; JAY, J.; ROSSITER, Clinton (Ed.). *The Federalist Papers*, Signet Classic.

HÄRBELE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997 (reimpressão de 2002).

KLUG, H. *The Constitution of South Africa: a contextual analysis*. Kindle Edition. Oxford: Hart Publishing, 2010.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, n. 1, FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 646, november 2013 Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

LUTZ, D. S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, v. 88, n. 2, june 1994. Disponível em: <http://econ-server.umd.edu/~wallis/398W/lutz_amendment_APSR_1994.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2017.

OSÓRIO, A. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PARTLETT, W. What’s wrong with Venezuela’s Constituent Assembly? *Blog of the IACL, AIDC*, Aug. 11, 2017. Disponível em: <<http://wp.me/p5sPRr-yy>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STOPLER, G. Introduction to I-CONnect/ICON-S-IL Symposium: Constitutional Capture in Israel? *Int'l J. Const. L. Blog*, aug. 20, 2017. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2017/08/introduction-to-i-connecticon-s-il-symposium-constitutional-capture-in-israel/>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

TRIBE, L. H. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

Data de recebimento: 23/02/2018

Data de aprovação: 04/04/2018

A VULNERABILIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: PERSPECTIVAS DA DIMENSÃO SOCIAL NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA

VULNERABILITY IN ADMINISTRATIVE LAW: PERSPECTIVES OF THE SOCIAL DIMENSION IN THE EXERCISE OF POLICE POWER

*Leonel Pires Ohlweiler**

RESUMO

O artigo investiga o tema da vulnerabilidade como construção histórica, discutindo o estágio inicial do surgimento em diversas disciplinas, com o propósito de lidar com contextos de situações de riscos e doenças que fragilizavam o homem. Reafirma-se a necessidade de ultrapassar a concepção de vulnerabilidade como tragédia pessoal ou consequência exclusiva de acontecimentos naturais. No Direito Administrativo, a vulnerabilidade possibilita a construção de ações voltadas para garantir a autonomia dos cidadãos, havendo referências implícitas e explícitas que indicam sua institucionalização. O poder de polícia precisa ser repensado para lidar com situações de vulnerabilidade. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica, dialogando com autores de diversas áreas que examinam o tema. A conclusão foi da importância da vulnerabilidade para aprofundar a dimensão social do Direito Administrativo, utilizando o poder de polícia em áreas variadas de atuação, como construções, transportes, fiscalização de estabelecimentos e saneamento.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Risco; Direito administrativo; Poder de polícia.

ABSTRACT

The article investigates the theme of vulnerability as a historical construction, discussing the initial stage of emergence in various disciplines,

* Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo na Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade La Salle, Canoas-RS, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Membro do Conselho de Segurança do TJRS, Membro do Conselho Editorial da Revista de Jurisprudência do TJRS. E-mails: leonelpires@terra.com.br e leonelo@tj.rs.gov.br.

with the purpose of dealing with contexts of situations of risks and diseases that weakened man. It reaffirms the need to overcome the concept of vulnerability as a personal tragedy or the exclusive consequence of natural events. In Administrative Law, the vulnerability allows construction of actions directed to ensure the autonomy of citizens, with implicit and explicit references indicating its institutionalization. Police power needs to be rethought to deal with situations of vulnerability. The methodology used was bibliographic research, dialoguing with authors from different areas that examine the theme. The conclusion was the importance of vulnerability to deepen the social dimension of the Administrative Law, using police power in various areas of activity such as construction, transport, inspection of establishments and sanitation.

Keywords: Vulnerability; Risk; Administrative law; Police power.

INTRODUÇÃO

A atual sociedade cada vez mais produz situações de risco para os cidadãos, inserindo-os em contextos de vulnerabilidade, compreendidos como exposição a determinadas contingências e crescentes dificuldades para enfrentá-las. Não há dúvidas que todo ser humano expõe-se a vulnerabilidades, mas quando determinados cidadãos, por circunstâncias sociais, econômicas, de incapacidades ou riscos ambientais, são submetidos a processos extremos, ressurge a importância do tema para a Administração Pública pensar o conjunto de ações voltado para ultrapassar tal estado e desenvolver com maior efetividade o dever constitucional de proteção.

Os agentes públicos devem problematizar, no exercício das competências administrativas, que os poderes incidem em contextos nos quais determinados segmentos sociais são expostos a profundos processos de exclusão e discriminação, exigindo a adoção de níveis prestacionais diferenciados.

O Superior Tribunal de Justiça examinou um caso interessante no ano de 2017 e, muito embora a solução foi reconhecer a nulidade do acórdão proferido, enseja a reflexão a partir do tema desta investigação. Ao decidir o Agravo em Recurso Especial n. 751.297-DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 16 de março de 2017, aportou no tribunal decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação 20120110267504APC, na qual o Relator Desembargador Mario-Zam Belmiro examinou ação com o propósito de impedir a demolição de imóvel sem a devida licença para construir. Na medida em que alguns cidadãos não conseguiram a expedição do respectivo alvará, ingressaram com a ação com o argumento de há mais de 22 anos ocuparem o imóvel. A discussão foi importante, pois o Tribunal de Justiça seguiu o entendimento de relativizar o exercício do poder de polícia, considerando o direito social

à moradia, previsto no artigo 6º da CF, a assistência aos desamparados, além da omissão por mais de vinte anos da Administração Pública. Por fim, aplicando os valores constitucionais de justiça social e construção de uma sociedade mais justa e solidária, que visa erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, determinou-se que o Poder Público abstenha-se de qualquer ato de demolição do imóvel.

O caso relatado, muito embora não faça menção expressa ao termo vulnerabilidade, insere-se perfeitamente nas dificuldades do tema objeto deste breve estudo, pois, como lidar com o poder de polícia em tais contextos de exclusão e outros fatores de fragilidade do cidadão? De que modo é possível compatibilizar o necessário controle de decisões – administrativas e judiciais – arbitrárias e a utilização de indicações de vulnerabilidade? Mas, sobretudo, o poder de polícia pode ser utilizado como importante meio para prevenir ou superar quadros de vulnerabilidade?

Essas são algumas questões que serão debatidas no presente estudo.

A metodologia empregada foi pesquisa bibliográfica, de modo a proporcionar a análise comparativa entre o discurso da vulnerabilidade e a tradição do Direito Administrativo, em especial com relação ao instituto de poder de polícia.

De plano, examinam-se os debates sobre a vulnerabilidade, de modo a explicitar a relevância da consciência histórica, ou seja, a compreensão insere-se no horizonte dos sentidos construídos paulatinamente em diversas áreas do conhecimento, percurso necessário para não cair nas armadilhas das categorizações.

Após, a investigação centra-se no Direito Administrativo e de como a vulnerabilidade possibilita destacar ações voltadas para construir espaços de autonomia, de modo a proteger mais efetivamente os cidadãos inseridos em contextos, por exemplo, de exclusão social.

A terceira parte situa a questão no exercício do poder de polícia, aludindo o contributo doutrinário para os pressupostos de exercício de tal competência administrativa, na qual a própria relação entre dignidade humana e Administração Pública é relevante. Apesar da abrangência das áreas nas quais a problematização pode ser concretizada, optou-se por destacar o agir administrativo no campo da fiscalização em matéria de construções, do transporte, no atendimento ao idoso e na área do saneamento.

O objetivo, antes de resolver de modo definitivo as diversas questões, é suscitar o debate das possíveis interconexões entre vulnerabilidade e o poder de polícia, pois mesmo quando a Administração Pública limita o exercício de direitos e da propriedade, deve compreender as diversas competências administrativas a partir das indicações de subsistência e resiliência, bem-estar e proteção social.

A NECESSÁRIA CONSCIÊNCIA HISTÓRICA¹ DA VULNERABILIDADE

O tema da vulnerabilidade ainda provoca intensos debates, não apenas no campo do Direito, mas nos diversos âmbitos nos quais a expressão é utilizada. Como alude Danilo Martuccelli, em sentido amplo, a noção designa uma característica comum a todo ator humano, e, por extensão, à sociedade, de expor-se a algo, considerando a fragilidade humana². O Direito Administrativo, conforme será examinado, abarcou a vulnerabilidade em diversos contextos normativos, relacionando-a com (a) situações de risco e (b) também processos de discriminação. Nas duas hipóteses, o olhar da Administração Pública volta-se para construir alternativas de autonomizar os sujeitos em situações de vulnerabilidade. Para tanto, o exercício do poder de polícia pode contribuir muito.

A compreensão da vulnerabilidade, no entanto, não pode divorciar-se do questionamento sobre seus pressupostos de compreensão, sob pena de introduzir posturas carregadas de subjetividade no processo de construção da decisão jurídico-administrativa ou inserir determinados elementos na ação administrativa, tornando-a excludente, discriminatória e incapaz de realizar a leitura de contextos impregnados de desigualdades. Quando se discute a aplicação de um conceito, exige-se a sua justificação a partir de dado horizonte histórico de tradição ou a localização em determinado paradigma. Adota-se aqui a necessidade de laborar com o que Ernildo Stein denomina justificação operatória³, ou seja, a vulnerabilidade deixará de ser utilizada aleatoriamente no Direito Administrativo quando articulada com determinado sentido histórico e a partir do conjunto de indicações jurídicas. No entendimento de Terry Cannon, o termo vulnerabilidade tornou-se vago e com utilização abusiva, colocando em risco a objetividade⁴, impondo-se ultrapassar os entendimentos que a relacionam com estigmas de vitimização, a fim de construir uma concepção mais útil.

Como aludido, o debate sobre a questão remonta à ideia de que a vulnerabilidade é própria do homem, como também adverte Frédérique Fiechter-Boulevard, relacionando-se com a possibilidade de sofrer lesão, com o fato de ser frágil, deteriorar-se e, portanto, vinculada ao risco, qualificada como algo capaz de

¹ A expressão “consciência histórica” aqui utilizada adotou o entendimento de Hans-Georg Gadamer, ao destacar sua relevância no processo de compreensão, tratando da consciência ativada no curso da história e determinada pelos fatos históricos, possibilitando o diálogo autêntico. *Verdad y método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 5. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993, p. 16.

² MARTUCCELLI, Danilo. Semânticas históricas de la vulnerabilidad. *Revista de Estudios Sociales*, n. 59, enero-marzo, 2016, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, p. 126.

³ STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da Fenomenologia*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004, p. 98-99.

⁴ CANNON, Terry. Vulnerability, “innocent” disasters and the imperative of cultural understanding. *Disasters Prevention and Management*, v. 17, n. 3, 2006, p. 351.

afetar a condição humana, apresentando-se como perigo eventual, mais ou menos previsível⁵. Junto com o conceito de resiliência, a vulnerabilidade foi pouco a pouco construída para aprofundar pesquisas sobre como o indivíduo poderia adaptar-se a ambientes em mudança ou superar situações traumáticas, ganhando a atenção de diversas disciplinas interessadas na noção de risco e gestão de desastres, na medida em que, por meio dos estudos sobre o tema, permitia-se analisar, calcular e prever riscos⁶.

No intuito de laborar com a vulnerabilidade no Direito Administrativo, para fins do presente estudo sobre o contributo do exercício do poder de polícia, é importante destacar a necessidade de superar algumas pré-compreensões sobre a questão, impondo-se não considerar a vulnerabilidade predominantemente resultado de tragédias pessoais ou de acontecimentos da natureza. Muito embora tais elementos também existam, sob a perspectiva aqui adotada, a vulnerabilidade, com todas as consequências, decorre muito mais de estruturas sociais ou de ações humanas que favorecem quadros de riscos, dificuldades, incapacidades, processos de exclusão, discriminação, etc. Dar-se conta de tal dimensão social exige recordar o modo como tal conceito foi paulatinamente erigido.

Partindo do pressuposto segundo o qual a vulnerabilidade é sempre relacional e contextual, Danilo Martuccelli abordou o tema a partir de distintas semânticas historicamente construídas, aludindo que a antiguidade não outorgou significado maior, pois considerava dimensão insuperável da própria condição humana que deveria ser aceita e simplesmente combatida, mas sem qualquer sentido moral ou político, situação bem diversa do período do cristianismo no qual assume um caráter moral inédito, por meio do qual o sofrimento é compreendido, mas sem outorgar-lhe caráter político, pois a vulnerabilidade humana liga-se de modo indissociável à concepção de pecado original. Por fim, somente com a modernidade e no âmbito da valorização da vida humana e do individualismo, a vulnerabilidade passa a ter uma função política, pois a sociedade moderna já não vislumbra qualquer sentido no sofrimento humano e erige-se exatamente contra as situações de desigualdade e a favor do bem-estar⁷.

Ainda com o imaginário voltado para a crítica, Hélène Thomas aduz que no início dos anos 1970 surgiram diversos estudos nas áreas da psiquiatria, psi-

⁵ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: *Vulnérabilité et droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 13-14. Para Axelle Bordiez-Dolino, ao examinar o conceito de vulnerabilidade, o termo origina-se do latim *vulnus* (ferimento) e *vulnerare* (ferido), sendo que, de acordo com o *Dicionário Larousse*, significa aquele que pode ser ferido, atingido. A expressão igualmente significa frágil, sensível (Le concept de vulnérabilité. In: *Laviedesidees*. Paris: 2016, p. 2. Disponível em: <<http://www.laviedesidees.fr>>).

⁶ BORDIEZ-DOLINO, Axelle. Le concept de vulnérabilité, p. 2.

⁷ Semânticas históricas de la vulnerabilidad, p. 125-128.

ciologia, pediatria, psicanálise e geriatria discutindo a vulnerabilidade, sendo que, em 1980, o termo difundiu-se em diversos artigos e a partir de 1990 de modo massivo na literatura francesa⁸. Como aduz, a expressão foi discutida inicialmente em estudos relacionados com os idosos, para designar idosos frágeis na literatura médica dos anos 1980 e (a) para designar um estado fisiológico dos idosos e sob a perspectiva de (b) descrever o estado social de isolamento, muito embora ainda não se caracterizasse como conceito preciso para identificar as pessoas que seriam afetadas por fatores de risco⁹.

Conforme Cristina Churruca Muguruza, a vulnerabilidade igualmente associa-se ao problema dos desastres ambientais, destacando que, historicamente, tais fenômenos são explicados por causas naturais, mas sem correlação com os processos sociais¹⁰. Tal modo de explicação, além disso, alimentava-se com a atribuição de responsabilidade às vítimas, em virtude da falta de conhecimento e práticas irracionais, como destaca a autora. No entanto, nos anos 1970 e 1980, a discussão sobre desastres incorporou outros componentes. Sem desconsiderar os fatores do clima, agregou as causas sociais, econômicas e políticas, influenciando o tratamento da vulnerabilidade nas questões humanitárias com maior abrangência¹¹.

A partir de 1990, a vulnerabilidade desperta de modo mais profícuo o interesse de diversas áreas do conhecimento, proporcionando investigações com o foco de construir indicadores estatísticos, inclusive focados para os problemas dos desastres e epidemias, fenômenos ora relacionados de algum modo com problemas ambientais, alimentados pela ação humana, ora de modo mais específico no que tange a questões econômicas e sociais com efeitos mais amplos. No campo dos estudos ambientais, utilizou-se muito a noção de vulnerabilidade, conectando-a com o tema dos desastres naturais e os problemas de desigualdades geográficas e sociais, adquirindo importância significativa, por exemplo, os índices sociais do PNUD, distinguindo-se a vulnerabilidade da pobreza¹². Nos anos 2000, a expressão “vulnerabilidade” desenvolve-se de modo conjunto com os temas precariedade e insegurança, surgindo inúmeras publicações acadêmicas, proliferando-se a utili-

⁸ THOMAS, Hélène. Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. De l'usage et la traduction de notion éponge en sciences de l'homme et de la vie. *Recueil Alexandries, Collections Esquisses*, Janvier, 2008, p. 4. Disponível em: <<http://www.reseau-terra.eu/article697.html>>.

⁹ THOMAS, Hélène. Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. De l'usage et la traduction de notion éponge en sciences de l'homme et de la vie, p. 4.

¹⁰ CHURRUCA MUGURUZA, Cristina. Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria. In: *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Universidad de Valencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 50.

¹¹ CHURRUCA MUGURUZA, Cristina. Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria. In: *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, p. 50.

¹² THOMAS, Hélène. Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. De l'usage et la traduction de notion éponge en sciences de l'homme et de la vie, p. 9-10.

zação na área da sociologia francesa. No entendimento de Axelle Brodriez-Dolino, a noção de vulnerabilidade em tal período pouco a pouco se impôs como conceito com forte adequação para discutir as novas políticas sociais¹³.

Esse diálogo com a tradição possibilita algumas questões relevantes. A vulnerabilidade, com todos os problemas de significado, foi pensada no horizonte de outros campos do conhecimento, como as ciências médicas, em que se conectou em um primeiro momento aos aspectos individuais, seja do idoso, do doente ou paciente. Eventuais transposições não podem desconsiderar a necessidade de vislumbrar a vulnerabilidade para além da tragédia pessoal, mas situar a discussão na órbita das construções sociais, políticas e econômicas. Tal enfoque social não importa eliminar o aspecto do indivíduo, mas de algum modo potencializar a dimensão social, além de ultrapassar os estigmas das categorizações – grupos vulneráveis – e de doenças. Veja-se, por exemplo, a modificação da compreensão na área da saúde pública com relação ao agir do Estado e órgãos não governamentais na área de prevenção à AIDS e populações expostas aos efeitos da epidemia, migrando da categorização de grupos vulneráveis para situações de risco¹⁴.

A vulnerabilidade, portanto, não pode cair nas amarras da categorização metafísica, cuja aplicação exige a devida justificação operatória e o diálogo hermenêutico para a construção do sentido. É sempre importante considerar seu caráter dinâmico e relacional, bem como a combinação de múltiplos fatores geográficos, econômicos, sociais, políticos e pessoais¹⁵. Segundo Terry Cannon, os cinco componentes da vulnerabilidade são: (a) meios de subsistência e resiliência; (b) bem-estar; (c) autoproteção; (d) proteção social e (e) governança¹⁶. Tais referências devem ser compreendidas como indicações que se relacionam com o processo de descrição da vulnerabilidade, sem qualquer pretensão de criar elementos fechados em uma dimensão abstrata.

¹³ BORDIEZ-DOLINO, Axelle. Le concept de vulnérabilité, p. 5.

¹⁴ NICHIAITA, Lucia Yasuko Icumi. A utilização do conceito de vulnerabilidade pela enfermagem. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 16(5), set.-out. 2008, p. 2. Questão interessante sobre os estudos da vulnerabilidade nesse campo reside na proposta de considerar a epidemia sob três dimensões: a individual, a programática e a social. Os fatores determinantes de doenças são diversos e atuam em conjunto, não sendo possível avaliar apenas o aspecto individual, pois também são relevantes as questões coletivas e contextuais, responsáveis pela maior suscetibilidade à infecção e ao adoecimento. Logo, a destinação de recursos deve ponderar tais aspectos para a proteção mais eficaz.

¹⁵ CHURRUCÁ MUGURUZA, Cristina. Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria. In: *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, p. 52, e BARRANCO AVILES, María del Carmen. Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. In: *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, p. 17.

¹⁶ CANNON, Terry. Vulnerability, “innocent” disasters and the imperative of cultural understanding. *Disasters Prevention and Management*, v. 17, n. 3, 2008, p. 4-5.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ALGUMAS POSSIBILIDADES NORMATIVAS

A partir do acima referido, constata-se que a vulnerabilidade foi objeto de diversos estudos e em variados campos do conhecimento, mas pouco na área do Direito Administrativo, muito embora seja plenamente possível identificar algumas referências implícitas, além de, paulatinamente, fruto de novos enfrentamentos, surgirem textos abordando a questão de modo mais direto. Na linha dos debates mencionados, Frédérique Fiechter-Boulevard alude que todo homem sujeita-se, em alguma medida, à vulnerabilidade, relacionando-se com a ideia de fragilidade, de deterioração e até destruição¹⁷. É útil, portanto, destacar a indicação expressa na Declaração de Barcelona de 1998, referida por Paolo Raciti¹⁸, para caracterizar a vulnerabilidade como capaz de exprimir a ideia de fragilidade e finitude da existência humana, bem como a concepção segundo a qual é objeto de um princípio moral que procura o exercício do cuidado nas relações com pessoas vulneráveis. Ademais, pessoas vulneráveis são aquelas cuja autonomia e dignidade ou a integridade podem ser ameaçadas. Dessa concepção, podem ser construídas questões importantes sobre a vulnerabilidade para o Direito Administrativo, como a realização de ações voltadas para garantir a autonomia de cidadãos em situação de vulnerabilidade, por meio de medidas de proteção. A vulnerabilidade também pode originar-se de eventos externos, impondo aos agentes públicos desenvolver ações e políticas públicas para pessoas expostas a tais eventos, oriundos de problemas ambientais ou até desastres de outra ordem. Paolo Raciti identifica a vulnerabilidade oriunda de problemas econômicos, capaz de gerar as vulnerabilidades econômicas, de uma gama de cidadãos excluídos, submetidos a condições de fragilidade. Igualmente, a Administração Pública depara-se com situações de vulnerabilidade oriundas de incapacidades dos cidadãos, de ordem física ou psíquica, exigindo políticas públicas específicas. Portanto, a concepção de vulnerabilidade acima exposta é indicativa da grande complexidade que representam os temas e a relevância de problematizar a questão sob a ótica do Direito Administrativo. Não se trata de introduzir mais um conceito vago e impreciso, pelo contrário, na perspectiva de evitar arbitrariedades, tanto pelo administrador público como pelo Poder Judiciário, a pesquisa aqui realizada volta-se para indicar alguns aspectos da vulnerabilidade para auxiliar na manutenção de objetividade na decisão jurídica e evitar decisões equivocadas na construção de ações públicas.

¹⁷ FIECHTER-BOULEVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: *Vulnérabilité et droit*, p. 14.

¹⁸ RACITI, Paolo. La dimensione della vulnerabilità e la vita buona: un'introduzione ai concetti. *Dialegesthai*, 2009, p. 19-27. Disponível em: <<http://mondodomani.org/dialegesthai/pr02.htm>>. Acesso em: 3 out. 2015. p. 2.

Como refere Frédérique Fiechter-Boulevard, a vulnerabilidade é tema de relevância para o Direito, destacando-se dois pontos que merecem reflexão. O primeiro, relacionado com a utilidade da noção que inspira diversos mecanismos conhecidos no Direito, consagrando a vulnerabilidade de forma implícita. O segundo ponto concerne à emergência de um conceito explicitado em diversos textos normativos, ainda que o legislador ou juízes o desconheçam¹⁹. No Direito Administrativo, a vulnerabilidade também não se caracteriza como algo novo, ainda que não institucionalizado de forma explícita em algumas situações. Por exemplo, as diversas ações administrativas voltadas para concretizar a cláusula do Estado Social, de certo modo, fundadas na solidariedade social, direcionam-se para a proteção de cidadãos em situação de fragilidade, como aduz Catherine Ribot. Tais situações são causadas por precariedades econômicas, materiais, psíquicas e psicológicas, resultantes de omissões ou insuficiente proteção jurídica e social²⁰. Com efeito, a vulnerabilidade não é conceito construído pelo Direito Administrativo, bem como não é comum utilizá-la em textos legais, muito embora sejam referidas expressões sinônimas, voltadas para propósitos similares.

De qualquer modo, o Direito Administrativo possui grande potencialidade para lidar com as questões de vulnerabilidade, constituindo-se, como no caso específico do poder de polícia, instrumento de combate eficaz, mostrando-se útil para o fim de orientar esta investigação a análise realizada por Frédérique Fiechter-Boulevard, organizando em duas grandes questões o tema da vulnerabilidade, aqui adaptadas para circunscreverem-se ao objeto deste breve estudo.

Em relação às referências implícitas da vulnerabilidade no Direito Administrativo, a concepção de igualdade com a qual a Administração Pública labora não pode olvidar a imensa gama de cidadãos que, por diversas razões, não está em situações materiais de igualdade, mas que, por alguma situação física, social, econômica, etc., insere-se num quadro de vulnerabilidade, exigindo o exercício das competências administrativas voltadas para a proteção²¹, de modo não apenas a evitar a ocorrência de danos, mas construir uma situação de autonomia capaz retirá-la da situação de exposição.

¹⁹ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: *Vulnérabilité et droit*, p. 16, bem como CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Madrid: INAP, 2014, e VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: attività e prestazioni*. Milano: Giuffrè, 1996, v. 4.

²⁰ RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Dir.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 311.

²¹ Conforme Guido Napolitano, as funções de bem-estar e serviço social inserem-se dentro das principais funções da Administração Pública. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014.

A apreciação, *a priori*, da vulnerabilidade, como aduz Frédérique Fiechter-Boulevard, está presente no Direito Administrativo, por exemplo, quando por ocasião da prática de atos administrativos de caráter restritivo, muito embora não exista qualquer referência explícita na regra de competência, cabe à Administração Pública, ao materializar a própria concepção de dignidade humana do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, mitigar os efeitos da imperatividade, da coercibilidade e da autoexecutoriedade diante de situações com a identificação de pessoas vulneráveis. O próprio exercício do poder de polícia, por meio do qual a Administração condiciona o exercício de direitos e liberdades, considerará situações de vulnerabilidade, submetendo os cidadãos a determinados riscos, compreendendo, assim, a concepção de regular exercício prevista no parágrafo único do artigo 78 da Lei n. 5.172/66. A prestação de serviços públicos também exige a leitura sustentada na concepção de vulnerabilidade, cujo esforço dos prestadores de serviços públicos deve direcionar-se para a árdua tarefa de mapear as espécies de vulnerabilidade relacionadas com os respectivos serviços prestados à comunidade, inserindo-se, desse modo, questões importantes para bem compreender o conceito de serviço adequado do artigo 6º da Lei n. 8.987/95.

Como aduz Catherine Ribot, as situações de vulnerabilidade contrariam o princípio da igualdade, criando situações perigosas de ruptura das relações entre cidadãos e Administração Pública e que, a partir da visão de integridade, comprometem o próprio interesse público²².

Mas a vulnerabilidade também se relaciona com apreciações *a posteriori*, ou seja, quando ocorrem determinados eventos responsáveis por danos causados aos cidadãos, inserindo-os em situações de vulnerabilidade. Se nas hipóteses anteriores exigia-se dos agentes públicos a capacidade de vislumbrar a existência de vítimas potenciais, aqui são direcionados esforços para avaliar em cada caso concreto as fragilidades a que estão expostas, seja em virtude da idade, sexo, cor, estado econômico ou social. As ações administrativas realizadas pela própria Administração Pública ou em conjunto com organizações não governamentais para atender vítimas de enchentes é hipótese típica de atuação sob o paradigma da vulnerabilidade.

Como alude Catherine Ribot²³, a vulnerabilidade possui o efeito centrífugo de colocar as populações à margem, em situações de fragilidade social, motivo pelo qual o paradigma de igualdade, interesse público, serviço público adequado, ou seja, a gama de prerrogativas conferida à Administração Pública, deve dire-

²² RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*, p. 312.

²³ RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*, p. 313.

cionar-se ora para ações administrativas preventivas, identificando as vítimas potenciais, ora para mitigar os efeitos da vulnerabilidade, campo no qual é importante, por exemplo, o conceito de resiliência difundido no Direito Ambiental. Conforme destacam Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena, vulnerabilidade e resiliência possuem relação muito próxima, chegando ao ponto de alguns autores considerarem sinônimos, sendo que esse último conceito abarca a capacidade de um sistema resistir a um impacto e recuperar-se, além das potencialidades de enfrentamento e preparo diante de quadros de risco²⁴.

As questões mencionadas, portanto, indicam a relevância do tema vulnerabilidade para o Direito Administrativo, permitindo repensar as ações administrativas, tornando mais efetiva a própria concepção de igualdade e exigindo ações públicas específicas.

No intuito de delimitar mais o objeto desta investigação no âmbito do exercício do poder de polícia, é relevante mencionar que o regime jurídico-administrativo possui campos específicos de atuação nos quais há a possibilidade de vislumbrar a presença da vulnerabilidade de modo mais explícito, por vezes utilizando a expressão, mas em outras não, com descrições textuais que remetem para a concepção de vulnerabilidade, considerando a complexidade do termo e ausência de estudos consolidados no âmbito do Direito Administrativo. Sob a perspectiva hermenêutica²⁵, a investigação realizada com a referência de alguns textos normativos, exemplificando a utilização, ainda que indireta, remete para a relevante questão da decisão jurídica sobre vulnerabilidade, isto é, muito embora seja importante a questão da vulnerabilidade, a autoridade pública legitimasse a partir de dada concepção institucionalizada, na linha do sustentado por Frédérique Fiechter-Boulevard²⁶, pois não é qualquer espécie de vulnerabilidade que autoriza a Administração Pública ou o próprio Poder Judiciário, mas determinadas dimensões jurídicas, construídas dialogicamente com outros campos do saber. Trata-se, assim, de garantir a objetividade na sua utilização, evitando posturas subjetivistas e arbitrarias para, em seu nome, chancelar práticas capazes, inclusive, de colocar em risco a autonomia do Direito Administrativo.

No que tange à vulnerabilidade social, por exemplo, a Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, normatizou questão relevante sobre a política urbana, com o objetivo do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (artigo 2º),

²⁴ CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60.

²⁵ Os pressupostos hermenêuticos, incorporados aos debates aqui travados, são da obra de Lenio Luiz Streck, especialmente em *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁶ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: *Vulnérabilité et droit*, p. 23.

por meio da garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, o que proporciona de forma explícita a preocupação com o desenvolvimento de ações públicas para populações em situação de vulnerabilidade decorrente do nível de efetividade do direito à moradia. Ainda a título exemplificativo de referências explícitas, na Lei n. 10.741/2003, Estatuto do Idoso, também é dever da Administração Pública a proteção dos idosos em situação de vulnerabilidade social, como o artigo 14, segundo o qual “se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social”. Com o mesmo propósito, o artigo 34 fixou diretriz de proteção para o idoso que não possua meios de prover sua subsistência, o direito ao benefício mensal de um salário mínimo.

A Política Nacional de Mobilidade Urbana, instituída pela Lei n. 12.587/2012, está voltada igualmente para a superação da vulnerabilidade, pois o artigo 7º, inciso I, normatizou no plano infraconstitucional o objetivo dessa política pública de reduzir as desigualdades e promover a inclusão social, por meio de política tarifária do serviço de transporte público coletivo, orientada pela diretriz de promoção da equidade no acesso aos serviços.

Com relação às políticas públicas voltadas para o tema, são diversos os instrumentos normativos, como a Lei n. 12.212/2010, que disciplina a Tarifa Social de Energia Elétrica, o Decreto n. 7.492/2011, instituindo o Plano Brasil Sem Miséria, com a finalidade de superar a situação de extrema pobreza da população em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações (artigo 1º); a Lei n. 11.947/2009, dispondo sobre o Atendimento da Alimentação Escolar; a Lei n. 8.080/90, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a Lei n. 10.836/2004, criando o Programa Bolsa Família, bem como outros diplomas legais nas áreas de atuação da chamada Administração Pública Social, utilizando a expressão de Eberhard Schmidt-Assmann, cuja competência social tem como missão evitar, amenizar ou eliminar as carências materiais dos indivíduos e as necessidades daí decorrentes²⁷.

No âmbito dos concursos públicos, a Lei n. 12.990/2014, cujo artigo 1º normatizou a reserva aos negros do percentual de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

²⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 142.

No que tange à vulnerabilidade decorrente de deficiência, alude-se ao inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal, ao determinar que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão, cujo texto foi posteriormente regulamentado pela Lei n. 7.853/89, cujo artigo 1º refere que a lei estabelecerá normas gerais para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, a sua efetiva integração social. Destarte, vale citar a recente Lei n. 13.146/2015, instituindo a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência (Estatuto das Pessoas com Deficiência), que possui diversos dispositivos relevantes sobre mecanismos de prevenção e superação das situações de vulnerabilidade, dispondo o artigo 1º sobre o propósito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Relativamente à vulnerabilidade decorrente de desastres, destaca-se a Lei n. 12.608/2012, ao instituir a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, cujo artigo 2º fixou como competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar medidas necessárias à redução dos riscos de desastres. O PNPDEC abrange as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação voltadas à proteção e defesa civil. O citado diploma legal estabelece questões importantes, destacando-se o conjunto de diretrizes da política pública, exigindo das Administrações ações administrativas de articulação com o objetivo de reduzir os desastres, além de apoio às comunidades atingidas. O caráter preventivo da vulnerabilidade aparece no inciso III do artigo 4º, ao referir a necessidade de priorizar ações preventivas relacionadas à minimização de desastres, bem como promover a identificação e avaliação das vulnerabilidades a desastres, de modo a evitar ou reduzir sua ocorrência. O Município, nos termos do artigo 8º da Lei n. 12.608/2012, possui papel relevante não apenas para executar a política pública no nível local, mas, por exemplo, vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de risco ou das edificações vulneráveis.

As referências acima, portanto, já são suficientes para indicar a importância do tema, pois urge laborar o conceito de vulnerabilidade no horizonte do Direito Administrativo, circunstância oriunda de diversas causas, atuante em inúmeras áreas do exercício das competências administrativas e capaz de gerar ações constitucionalmente legítimas, na linha do entendimento de Catherine Ribot²⁸.

²⁸ RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*, p. 313.

O PODER DE POLÍCIA COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DAS VULNERABILIDADES SOCIAIS

Nos termos do que já foi indicado, o poder de polícia da Administração Pública também contribui com alguns instrumentos quando presentes situações de vulnerabilidade. No Direito Administrativo brasileiro, o artigo 78 do Código Tributário Nacional refere que se considera poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Portanto, considerando a abrangência de tal poder administrativo, é intrínseca a relação com o tema da vulnerabilidade, não apenas em termos de prevenção, mas de obstar situações que geram vulnerabilidades.

Tal conclusão igualmente é citada por Catherine Ribot quando, ao examinar sob a perspectiva do Direito Administrativo francês, refere-se à relevância da construção do conceito de ordem pública, considerando determinadas situações que autorizam o exercício de tal espécie de competência administrativa. Menciona que a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado, com relação ao conceito de ordem pública, interessa ao tema da vulnerabilidade²⁹. Maurice Hauriou especifica que ordem pública é a ordem material e exterior, distancian-do-se do estado de confusão e oposta à desordem³⁰.

Ao examinar o tema sob a perspectiva do Direito Alemão da época, Otto Mayer resgata o conceito de polícia, relacionando-o com o “bom estado da coisa comum”, ou seja, a finalidade de ser perseguida pela autoridade pública³¹. Há uma questão interessante sobre o Poder de Polícia, conforme aduz o autor, corolário da recepção da polícia realizada pela época moderna, pois o seu exercício abrangia diversas áreas, com exceção do exército e da justiça, sendo que, muito embora não existisse unanimidade, admitia-se a polícia integrada com a área da segurança dos cidadãos, não abarcando questões relacionadas com a prosperidade. Posteriormente, em especial com o advento do direito público moderno, a noção de poder de polícia foi bastante limitada, eis que o seu papel seria negativo, defender a sociedade e os indivíduos dos perigos que pudessem ameaçá-los, incumbindo

²⁹ RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*, p. 317.

³⁰ HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz, 2002, p. 549.

³¹ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. II, Parte Especial, p. 16.

à Administração Pública salvaguardar o dever geral de não perturbar a boa ordem da coisa pública³².

No Direito Administrativo brasileiro, José Cretella Júnior, em monografia específica sobre o tema, delimita o sentido de poder de polícia à titularidade exclusiva do Estado, o pressuposto do exercício direcionado para a tranquilidade pública, bem como a inexorável restrição às liberdades³³. Por fim, adotando a dimensão dos direitos fundamentais, Marçal Justen Filho sustenta o poder de polícia como atividade limitada pelos princípios da legalidade e proporcionalidade, direcionada para disciplinar a autonomia dos indivíduos, mas sempre localizada no horizonte da democracia³⁴. Restrito ao objetivo deste estudo, concorda-se com a relevância de compreender o poder de polícia na base da teoria dos direitos fundamentais, aproximando-se, por consequência, do artigo 1º, III, da CF, quando refere o princípio da dignidade humana. Aliás, no entendimento de Catherine Ribot, o ingresso da dignidade humana no conceito de ordem pública do Direito Francês confere à Administração Pública novo instrumento para enfrentar situações de vulnerabilidade³⁵.

Para justificar tal entendimento, a autora colacionou o famoso Caso de Arremesso de Anões (*Commune de Morsang-sur-Orge*, CE. Ass 27 oct. 1995, Rec. 372, Concl. Frydman), julgado em 1995 pelo Conselho de Estado, no qual se declarou que a dignidade humana é um dos componentes da noção de dignidade humana, comprovando a importância do aludido no item anterior. O caso citado é bastante conhecido e trata da proibição realizada por um Prefeito da cidade de Morsang-Sur-Orge sobre a realização de espetáculo por empresa de entretenimento, em discoteca da cidade, consistente em arremessar anão. A questão provocou grande debate em virtude de contrariar a própria vontade do anão. Para os fins desta pesquisa, o debate é importante ao destacar a atuação da Administração Pública, em nome da ordem pública, para prevenir situações de ofensa à dignidade humana³⁶.

Considerando a perspectiva aludida, igualmente vale referir o entendimento de Gustavo Binenbojm, cuja concepção reconhece a competência do Estado, mas situa a possibilidade de atuação de entes não estatais, igualmente inserindo

³² MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, p. 6 e 19. Sobre o tema, ver também RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 41.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 567.

³⁵ RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*, p. 318.

³⁶ LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011, p. 691.

tal prerrogativa no propósito constitucional de realizar direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade³⁷.

O poder de polícia caracteriza-se como forma tradicional de atuação do Estado. Muito embora sujeito a diversas críticas doutrinárias, em virtude do caráter de autoridade que carrega, tal competência administrativa pode ser útil relativamente à superação de situações de vulnerabilidade social, mas desde que se insira no âmbito da concretização das próprias políticas sociais e alinhado com o dever de materialização das possibilidades constitucionais, como citado. Diversas questões sobre o poder de polícia e a vulnerabilidade merecem exame, como as instigantes investigações relacionadas com o poder de polícia ambiental, na órbita dos desastres ambientais, além da atividade de licenciamento em relação a estabelecimentos que recebem pessoas portadoras de deficiência ou idosos. No entanto, dados os limites desta breve investigação, restringe-se o foco do poder de polícia em relação a algumas hipóteses de vulnerabilidade social³⁸.

Ultrapassa muito o campo tradicional do poder de polícia a superação de problemas relacionados com a situação econômica, mas a vulnerabilidade social é compreendida de forma mais ampla, relacionando-se de forma global com os contextos sociais³⁹. Caracteriza-se como autêntico conceito interpretativo e não possui qualquer espécie de essência a ser revelada, mas algo construído no mundo da vida e circunscrito não a pessoas, mas condições que podem ser minimizadas, além de situar-se no quadro de transformações da sociedade, assumindo diferentes formas, a partir de determinadas condições históricas⁴⁰.

Com efeito, o exercício do poder de polícia, em determinadas áreas de atuação, deverá considerar critério para desencadear o exercício da competência administrativa não apenas as indicações textuais da legislação constitucional e infraconstitucional, mas também a medida administrativa adotada, as diversas características e contextos dos cidadãos envolvidos, recursos materiais e simbólicos, bem como outros fatores, como a capacidade de contribuir para a deterioração da qualidade de vida, pois a efetividade das ações públicas voltadas para contextos de vulnerabilidade relaciona-se com o fortalecimento dos sujeitos para que acessem bens e serviços, ampliando o seu universo material e simbólico⁴¹.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81.

³⁸ Sobre o tema, ver EGEA JIMÉNEZ, Carmen (Coord.). *Vulnerabilidad social*: posicionamientos y ángulos desde geografías diferentes. Universidad de Granada: Granada, 2012.

³⁹ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O marco conceitual da vulnerabilidade social. *Sociedade em Debate*, Pelotas, 17(2): 29:40, jul.-dez. 2011, p. 31.

⁴⁰ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O marco conceitual da vulnerabilidade social. *Sociedade em Debate*, Pelotas, 17(2): 29:40, jul.-dez. 2011, p. 34.

⁴¹ MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O marco conceitual da vulnerabilidade social. *Sociedade em Debate*, Pelotas, 17(2): 29:40, jul.-dez. 2011, p. 35.

No intuito de contribuir para diminuir os índices de vulnerabilidade social, por meio do poder de polícia, a Administração Pública pode atuar em áreas como segurança, higiene, saúde e bem-estar geral dos cidadãos, lidando, assim, com situações de fragilidade e precariedade, assegurando proteção em nome de certa concepção de solidariedade social, como aduz Catherine Ribot⁴².

Na Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, existem elementos importantes para o *poder de polícia de construções*, como refere José Cretella Júnior, cabe à Administração Pública o dever de fiscalização das construções, sempre pautado por critérios de legalidade, com o propósito de examinar o cumprimento de regulamentos e posturas de construções, sob uma gama de aspectos, como segurança, higiene, dimensões e estética⁴³. É crível compreender a complexidade do exercício de tal espécie de competência quando diante de situações de vulnerabilidade social. A atuação da Administração Pública quando descontextualizada pode aprofundar ainda mais os processos de fragilização da comunidade.

O artigo 2º, incisos I e VI, do diploma legal aludido, dispõe sobre a política urbana, sendo que o poder de polícia deve ser compreendido com o propósito de materializar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, ou seja, tal competência administrativa também é responsável pelo pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, voltado para garantir o direito fundamental a cidades sustentáveis, compreendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. É dentro de tal contexto que incumbe ao ente público a ordenação e controle do uso do solo, por exemplo, de modo a evitar a deterioração das áreas urbanizadas (VI, letra f).

No campo das construções, a proposta aqui defendida efetiva-se pelo controle das edificações particulares, considerando também o ordenamento urbanístico da cidade, sendo que no âmbito das legislações locais, os Códigos de Obras possuem relevante função de legitimar o poder de polícia voltado para enfrentar as situações de vulnerabilidade social, especialmente no que tange à concessão de licenças para construir e o exercício da atividade de fiscalização. É com tal propósito que Rogério Gesta Leal menciona o relevante papel desempenhado pelo poder de polícia, no contexto do Direito Urbanístico, de modo a proteger os interesses sociais dos membros da comunidade por meio do qual o ente público atua como “gestor dos pactos civilizatórios de convívio e desenvolvimento da comunidade”⁴⁴.

⁴² RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*, p. 313.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*, p. 209.

⁴⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da construção do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

O *poder de polícia do transporte* igualmente possui relação com as situações de vulnerabilidade social, pois, como aludido, esse último conceito é abrangente de aspectos relacionados às diversas dimensões dos cidadãos e determinantes de situações de fragilidade. A Administração Pública possui competência para zelar pelos sistemas de transporte, no caso, especialmente de caráter público, a fim de materializar determinados objetivos de mobilidade. A Lei n. 12.587/2012, artigo 1º, refere que a Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento e possui, dentre outros, o objetivo de melhorar a acessibilidade e mobilidade das pessoas. É fácil constatar a necessidade de laborar tais aspectos para integrar os cidadãos no cotidiano das cidades e de espaços rurais, pois diversas situações de risco são oriundas de contextos de isolamento e imensas dificuldades de mobilidade para ter acesso a serviços básicos e ao emprego, ativos de grande influência na caracterização de situações de vulnerabilidade social.

O artigo 12 do diploma legal mencionado refere que os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser fiscalizados pelo poder público municipal com base em requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, bem como de qualidade dos serviços, impondo-se no exercício das competências administrativas não olvidar a importante referência do artigo 4º, inciso III, sobre acessibilidade, ou seja, facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor.

Outra área de exercício do poder de polícia reside na *fiscalização de entidades de atendimento ao idoso*, cidadãos em potencial situação de vulnerabilidade social, orientando-se a Administração Pública, de plano, pela Lei n. 8.842/94, que dispõe sobre a política nacional do idoso, referindo no artigo 1º o objetivo de assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Como disciplina o artigo 48 da Lei n. 10.741/2003, Estatuto do Idoso, as entidades de atendimento ao idoso deverão oferecer instalações em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança, cuja fiscalização será exercida pelos Conselhos de Idosos, Ministério Público, Vigilância Sanitária e outros previstos em lei (artigo 52). As medidas administrativas que podem ser impostas às entidades de atendimento estão arroladas no artigo 55 do Estatuto do Idoso e vão desde advertência até o fechamento da unidade ou interdição de programa, com a necessária observância da proporcionalidade prevista de modo expresso no § 4º do mesmo dispositivo legal.

O *poder de polícia na área do saneamento* está intrinsecamente ligado com o tema da vulnerabilidade social, compreendido como a prerrogativa da Administração Pública relacionada com a proteção da saúde pública e as medidas de

precaução necessárias, utilizando a regulamentação em matéria de saúde pública, bem como a fixação de direitos e obrigações sanitárias⁴⁵. No entendimento de Hely Lopes Meirelles, a denominada polícia sanitária abarca diversas áreas de atuação relacionadas com a salubridade pública, impondo a atuação conjunta dos entes federativos responsáveis, seja por meio de medidas administrativas concretas, voltadas para a defesa e preservação contra doenças, bem como ações administrativas focadas no direito à habitação, moradia, trabalho, recreação, assistência médica e hospitalar, apenas para elencar as principais⁴⁶.

Na medida em que a vulnerabilidade social relaciona-se com diversos eventos econômicos e sociais, responsáveis por situações de insegurança e fragilidade dos cidadãos, a atuação em matéria de saúde pública contribui para diminuir determinados impactos que as comunidades, famílias e indivíduos experimentam, conforme recorda Roberto Pizarro⁴⁷.

Daí a relevância do Direito Sanitário como campo administrativo e normativo capaz de possibilitar a articulação de ações públicas e privadas, direcionadas para a redução de riscos de doenças e outros agravos, valendo-se da normatividade a fim de criar condições de acesso mais universal e igualitário aos serviços de saúde⁴⁸. A Lei n. 11.445/2007 caracteriza-se como instrumento relevante para o tema ora em discussão, pois no artigo 2º estabelece os princípios básicos a serem observados na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, como a universalização do acesso (I) e o acesso na conformidade de suas necessidades (II), compreendendo-se como saneamento básico (artigo 3º, I) o abastecimento de água potável (a), esgotamento sanitário (b), limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (c) e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (d).

A Administração Pública, ao exercer a competência administrativa sanitária, em determinadas situações deverá limitar a liberdade ou a propriedade dos cidadãos para adotar ações efetivas no combate a doenças e outros agravos à saúde, como refere Fernando Aith, exemplificando a atuação em situações de emergência epidemiológica quando o poder de polícia é exercido por meio de vacinação obrigatória, cordão sanitário, tratamentos obrigatórios ou outras medidas de caráter sanitário, mas no interesse da saúde pública⁴⁹. De qualquer modo, os agentes públicos não podem desconsiderar situações de vulnerabilidade social dos cidadãos, sendo que o poder de polícia sanitário contribui para a

⁴⁵ HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 623.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, p. 350.

⁴⁷ PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago/Chile: CEPAL, 2011, p. 11.

⁴⁸ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 92.

⁴⁹ AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*, p. 383-384.

diminuição de contextos de fragilidade e riscos sanitários. Nestes termos, o artigo 48 da Lei n. 11.445/2005 determinou a observância das seguintes diretrizes na construção da política de saneamento básico da União: a prioridade para as ações que promovam a equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico (I), bem como a melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais e de saúde pública (V).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do estudo realizado, a vulnerabilidade, constitui questão relevante, em especial para discutir a relação entre Administração Pública e cidadãos em tempos de risco e instabilidade sociais, evidenciando a própria condição humana de fragilidade. No entanto, e tal problema foi devidamente evidenciado, a pauta da vulnerabilidade traz alguns problemas, desde dificuldades de compreensão do significado até possibilitar decisões administrativas arbitrárias. O fato é que não se pode atribuir à vulnerabilidade a inserção de pautas indeterminadas no exercício das competências administrativas, considerando tratar-se o problema, por exemplo, da discricionariedade há muito debatido no âmbito do Direito Administrativo.

De qualquer modo, a reflexão sobre o modo de agir dos entes públicos em situação de perigo, fragilidade ou outros contextos nos quais os cidadãos estão inseridos, exige a necessária vinculação constitucional, por meio da reflexão histórica. O conceito de vulnerabilidade foi construído pouco a pouco em diversas disciplinas para lidar com situações traumáticas, de risco e doenças que fragilizavam o homem.

Com o propósito de obter êxito na construção de processos de autonomia do cidadão, urge ultrapassar a compreensão da vulnerabilidade como tragédia pessoal ou o estigma da vitimização, bem como o entendimento de resultar exclusivamente de acontecimentos da natureza.

E aqui ingressa o papel fundamental da Administração Pública, pois a vulnerabilidade decorre de estruturas sociais ou de ações humanas que favorecem quadros de riscos, dificuldades, incapacidades, exclusão, discriminação, etc. A necessária consciência histórica permite refletir sobre o papel da literatura médica dos anos 1980, discutindo a fragilidade dos idosos, além dos debates propostos por estudos sobre desastres ambientais, mas ainda atrelados às causas naturais. Há algum tempo, quando se exige a atuação estatal, não se pode olvidar a incidência de causas sociais, econômicas e políticas. Esse movimento reflexivo permite criar as condições de possibilidade para ultrapassar o estigma de categorizações em matéria de vulnerabilidade.

Ao longo da pesquisa destacou-se o dever de a Administração Pública construir ações voltadas para garantir a autonomia dos cidadãos em situação de vulnerabilidade, seja por meio de políticas públicas ou no exercício de poderes

administrativos que, com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, são autênticos deveres constitucionais. São diversas as possibilidades de laborar com o tema, em especial, destacando a existência de indicações implícitas e explícitas sobre vulnerabilidade no Direito Administrativo. Trata-se de desenho jurídico crucial para evitar decisões arbitrárias, pois cabe ao administrador materializar as dimensões de vulnerabilidade institucionalizadas.

A partir de tal pressuposto, é possível repensar o próprio conceito de poder de polícia para lidar com situações de vulnerabilidade, compreendendo-o no horizonte de sentido dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Tal prerrogativa, que, como aludido, caracteriza-se mais por um campo de dever, pode transformar-se em instrumento de superação das vulnerabilidades, mas desde que compreendido na órbita da concretização das próprias políticas sociais.

Nos contextos de vulnerabilidades sociais, o exercício do poder de polícia deverá considerar critério de ação o conjunto de diversos elementos, como o impacto das medidas administrativas adotadas, a situação consolidada de deterioração da qualidade de vida dos cidadãos, além da relevância de fortalecimento dos sujeitos para que possam ter melhores condições de acessar bens e serviços. A Administração, com efeito, atua em áreas sensíveis para a comunidade, como higiene, saúde e bem-estar, lidando cotidianamente com situações de fragilidade e precariedade, assegurando proteção em nome da necessária solidariedade social.

Ao final, com fundamento nos marcos teóricos aqui explicitados, a investigação evidenciou a possibilidade de algumas áreas do poder de polícia atuarem positivamente e de modo significativo em quadros de fragilidade e precariedade dos cidadãos, como nos campos das construções, do transporte, da fiscalização de entidades de atendimento aos idosos e na área do saneamento.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BARRANCO Avilés, Maria del Carmen. Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo. In: *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 17-44.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRODIEZ-DOLINO, Axelle. Le concept de vulnérabilité. In: *Laviedesidees*. Paris, 2016. Disponível em: <<http://www.laviedesidees.fr>>. Acesso em: 13 maio 2017.
- CANNON, Terry et al. *Vulnerabilidad: el entorno social, político y económico de los desastres*. La Red, 1996.

- CANNON, Terry. *Vulnerability analysis and the explanation of natural disasters*. Chapter 2, John Wiley & Sons Ltda., 1994.
- CANNON, Terry. Vulnerability, “innocent” disasters and the imperative of cultural understanding. *Disasters Prevention and Management*, v. 17, n. 3, 2008, p. 350-357. Disponível em: <www.emeraldinsight.com/0965-3562.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.
- CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.
- CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Madrid: INAP, 2014.
- CHURRUCÁ MUGURUZA, Cristina. Vulnerabilidad y protección en la acción humanitaria. In: *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 45-70.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- EGEA JIMÉNEZ, Carmen (Coord.). *Vulnerabilidad social: posicionamientos y ángulos desde geografías diferentes*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2012.
- FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Dir.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 13-32.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 5. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da construção do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 18. ed. Paris: Dalloz, 2011.
- MATUCCELLI, Danilo. Semânticas históricas de la vulnerabilidad. *Revista de Estudios Sociales*, n. 59, enero-marzo, 2016, p. 125-133, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 2. ed. Buenos Aires, Depalma, 1982. t. II: Parte Especial.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. O marco conceitual da vulnerabilidade social. *Sociedade em Debate*, Pelotas, 17(2): 29:40, jul.-dez. 2011.
- MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *A análise das políticas públicas*. Pelotas: EDUCAT, 2002.
- NAPOLITANO, Giulio. *La logica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 2014.
- NICHIATA, Lucia Yasuko Icumí. A utilização do conceito de vulnerabilidade pela enfermagem. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 6(5), set.-out. 2008.
- PIZARRO, Roberto. *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago/Chile: CEPAL, 2011.

RACITI, Paolo. La dimensioni dela vulnerabilità e la vita buona: un'introduzione ai concetti. *Dialegesthai*, 2009, p. 19-27. Disponível em: <<http://mondodomani.org/dialegesthai/pr02.htm>>. Acesso em: 3 out. 2015.

RIBOT, Catherine. La vulnérabilité en droit administratif. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Dir.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité e ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 311-321.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982.

SCHMIDT-ASMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THOMAS, Hélène. Vulnérabilité, fragilité, précarité, résilience, etc. De l'usage et la traduction de notion éponge en sciences de l'homme et de la vie. *Recuell Alexandries, Collections Esquisses*. Janvier, 2008. Disponível em: <<http://www.reseau-terra.eu/article697.html>>.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: attività e prestazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 4.

Data de recebimento: 04/07/2017

Data de aprovação: 22/01/2018

AS FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO: ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE O PERFIL DAS AÇÕES AJUIZADAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

WRIT OF INJUNCTION'S CONTEMPORARY FUNCTIONS: EMPIRICAL ANALYSIS ON THE PROFILE OF THE JUDICIAL ACTIONS FILED IN FEDERAL SUPREME COURT

*Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio**

*Alexandre Araújo Costa***

RESUMO

O presente artigo é resultante de pesquisa empírica empreendida a respeito do mandado de injunção (MI), modalidade processual instituída pela Constituição de 1988 para enfrentar o problema do descumprimento das normas constitucionais que demandam a atuação positiva do Estado. Tomando como unidades de análise os MIs impetrados perante o Supremo Tribunal Federal (STF) entre 05/10/1988 e 31/12/2015, o trabalho descreve as propriedades relacionadas ao ajuizamento das ações dessa espécie, dentre as quais se destaca a prevalência de MIs sobre direitos de servidores públicos. A partir de análise evolutiva acerca dos padrões de impetração do MI e de avaliação a respeito das decisões de procedência proferidas pelo STF em tais processos, constatou-se que referido tribunal estimulou, de maneira diferenciada, o ajuizamento de MIs pelos servidores públicos, os quais foram beneficiados, de forma praticamente exclusiva, pela alteração jurisprudencial verificada no ano de 2007 a respeito dos efeitos atribuídos ao MI.

Palavras-chave: Mandado de injunção; Supremo Tribunal Federal; Análise estatística; Propriedades de impetração; Servidores públicos.

* Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Membro da Advocacia-Geral da União. Email: henriquefulgencio@yahoo.com.br.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Email: alexandrearcos@unb.br.

ABSTRACT

This article presents the results of an empirical analysis on the writ of injunction (WI), which is a procedural modality created by the Constitution of 1988 to address the issue of violation of constitutional norms that demand the State's positive action. Taking as units of analysis the WIs filed in Federal Supreme Court (FSC) between 10/05/1988 and 12/31/2015, it describes the properties related to the filing of these judicial actions, with emphasis on the prevalence of WIs dealing with public servant rights. The evolutionary analysis on WIs filing patterns and the evaluation of the judgments issued by FSC in these judicial actions reveal that this Court has particularly stimulated the filing of WIs by public servants, which were practically the only ones to profit from the jurisprudential change occurred in 2007 on the effects attributed to WI.

Keywords: Writ of injunction; Federal Supreme Court; Empirical analysis; Filing properties; Public servants.

INTRODUÇÃO

O presente artigo (i) descreve os padrões de ajuizamento de mandados de injunção (MIs) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e, a partir da (ii) análise dos dados obtidos, (iii) propõe interpretações que contribuem para identificar fatores determinantes para a conformação dos padrões verificados. Os resultados expostos a seguir foram obtidos mediante pesquisa empírica que levantou dados primários sobre o ajuizamento e o julgamento das ações dessa espécie no âmbito do STF, organizou essas informações de maneira sistemática e, a partir de uma abordagem de estatística descritiva, identificou o *perfil de ingresso* dos MIs, ou seja, as propriedades típicas das ações ajuizadas perante o Supremo.

A pesquisa teve início com a realização de ampla revisão da literatura relacionada ao MI e de breve investigação exploratória sobre as decisões colegiadas proferidas pelo STF no julgamento das ações dessa espécie. Os trabalhos escritos a respeito do MI são, em regra, de caráter teórico e reproduzem a afirmação de que, até 2007, o mandado de injunção era um instrumento de pouca ou nenhuma utilidade, dado que seus efeitos se limitavam à declaração da mora normativa e à cientificação da autoridade omissa, sem que o próprio Poder Judiciário pudesse supri-la. A questão relativa aos grupos de titulares de direitos que são favorecidos pelas decisões proferidas em sede de MI não foi objeto de estudo específico em nenhum dos trabalhos teóricos acessados. Nessa descrição, enquadram-se, dentre tantos outros, os estudos de Elaine Harzheim

Macedo e Michelle Fernanda Martins¹, Elival da Silva Ramos², Fábio Lima Quintas³, Gustavo Henrique Paschoal e Marco Aurélio Gomes Barboza⁴, Luiz Carlos Gallo e Zulmar Fachin⁵, Luiz Henrique Diniz Araújo⁶, Paulo Bonavides⁷, Paulo Roberto Barbosa Ramos e Diogo Diniz Lima⁸.

Por sua vez, as poucas pesquisas empíricas identificadas sobre o MI contêm restrições relevantes quanto ao conjunto de dados que se dispõem a analisar. É esse o caso das investigações realizadas por David da Silva Pereira⁹, Jacqueline Querino Alves e outras¹⁰, Karina Denari Gomes de Mattos¹¹, Luciane de Oliveira Ramos¹², Maria Cristina Barboza¹³ e Paula Rodrigues Sabra¹⁴. Constituem

¹ MACEDO, Elaine Harzheim; MARTINS, Michelle Fernanda. A eficácia do mandado de injunção: doutrina e perspectivas jurisprudenciais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 97-122, nov./dez. 2011.

² RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos poderes. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 29-42, abr./jun. 2015.

³ QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008.

⁴ PASCHOAL, Gustavo Henrique; BARBOZA, Marco Aurélio Gomes. Da inefetividade das decisões tomadas pelo poder judiciário em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em mandado de injunção. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 275-302, jul./dez. 2011.

⁵ GALLO, Luiz Carlos; FACHIN, Zulmar. O mandado de injunção na jurisprudência do supremo tribunal federal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 343-352, jan./jun. 2012.

⁶ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O mandado de segurança, o mandado de injunção e a efetivação dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, n. 199, p. 227-235, jul./set. 2013.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios*. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. Mandado de injunção: origem e perspectivas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 191, p. 27-38, jul./set. 2011.

⁹ PEREIRA, David da Silva. Jurisprudência e política no supremo tribunal federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010). 2013. 244f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

¹⁰ ALVES, Jacqueline Querino et al. O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direitos individuais e coletivos. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 134-171, jan./jul. 2012.

¹¹ MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. 2015. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹² RAMOS, Luciane de Oliveira. *O controle de constitucionalidade por omissão no supremo tribunal federal: análise dos casos de omissão legislativa nos vinte e um anos da Constituição*. 2010. 135f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹³ BARBOZA, Maria Cristina. *A omissão no centro das atenções: o mandado de injunção como um instrumento de garantia de direitos fundamentais e de solução de omissões legislativas*. 2014. 192f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

¹⁴ SABRA, Paula Rodrigues. *Mandado de injunção: a relação entre os poderes Judiciário e Legislativo*. 2008. 75f. Monografia apresentada como requisito para conclusão de ano letivo,

exceções a esse quadro de fragilidade de estudos quantitativos acerca do MI os relatórios produzidos pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) no âmbito do projeto “Supremo em Números”. Ainda que nenhum desses relatórios tenha se dedicado, de modo exclusivo, ao instituto em exame, tais documentos apresentam informações relevantes sobre a taxa de MIs em relação ao total de processos em trâmite no STF¹⁵, o tempo demandado para seu julgamento¹⁶ e, em especial, o número de MIs impetrados até 2012 e a variação anual do quantitativo de ações ajuizadas, apontando, inclusive, para a ocorrência de uma explosão do quantitativo de impetrações a partir do ano de 2007¹⁷. Por abranger diversos institutos além do MI, os relatórios mencionados não incluem a categorização, a descrição e a análise de outras variáveis relativas à impetração dos MIs, além das mencionadas. Quanto à referida explosão de MIs a partir de 2007, limitam-se a sugerir a hipótese de que “esse movimento é provavelmente explicado pela mudança de orientação da corte quanto à efetividade do remédio a partir do julgamento do MI 712 [...]”¹⁸. Para que tal hipótese seja efetivamente testada, é necessário empreender investigação específica, pormenorizada e aprofundada acerca do *perfil de ingresso* dos MIs, de modo que a investigação levada a efeito pela FGV Direito Rio não descaracteriza a relevância e a originalidade do presente estudo.

A leitura preliminar de algumas dezenas de acórdãos indiciou a existência de considerável quantitativo de ações e de decisões de procedência proferidas em sede de MI a respeito de temas relacionados a servidores e agentes públicos. Observamos, também, que muitos desses julgados favoráveis a servidores foram prolatados após a modificação jurisprudencial ocorrida em 2007 a respeito dos efeitos produzidos pelo MI. Conjuntamente com os resultados oferecidos por

Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=127>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹⁵ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I relatório supremo em números: o múltiplo supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. 71p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹⁶ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III relatório supremo em números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. 151p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹⁷ FALCÃO, Joaquim et al. *II relatório supremo em números: o supremo e a federação entre 2010 e 2012*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. 28p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11544>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹⁸ FALCÃO, Joaquim et al. *II relatório supremo em números: o supremo e a federação entre 2010 e 2012*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. 28p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11544>>. Acesso em: 12 out. 2017, p. 63.

pesquisas relativas às ações diretas de inconstitucionalidade por ação¹⁹ e por omissão²⁰, que identificaram um grande número de decisões favoráveis a servidores, sindicatos e categorias profissionais, essa análise preliminar sugeria, também, a existência de correlação entre o número aparentemente elevado de MIs sobre direitos dos servidores públicos e os julgamentos de procedência prolatados nestas ações pelo STF.

As informações fornecidas por essas investigações prévias permitiram definir com clareza os objetivos que conduziram a presente pesquisa, os quais estão descritos a seguir:

- a) identificar e descrever as características dos MIs impetrados perante o STF, notadamente no que diz respeito às seguintes variáveis: data de distribuição das ações; natureza dos impetrantes e impetrados; tipo de ato necessário a suprir a omissão inconstitucional suscitada; tema jurídico sobre o qual versam; e titular do direito cujo exercício se pretende viabilizar;
- b) analisar a evolução dessas variáveis ao longo do período examinado, que se estende de 05/10/1988 a 31/12/2015, de modo a segmentá-lo em fases de impetração do MI, distinguíveis entre si em razão das características prevaletentes ou dos padrões de ajuizamento observados em cada uma delas;
- c) descrever e analisar as decisões de procedência proferidas pelo STF em sede de MI e examinar os efeitos que lhes foram atribuídos por esse tribunal;
- d) avaliar se existe correlação entre os padrões de ajuizamento do MI observados em cada fase de impetração e os julgamentos de procedência proferidos pelo STF em tais ações.

Tendo tais objetivos como guias, pretendemos resolver o seguinte problema de pesquisa: o número de MIs impetrados para assegurar direitos de servidores públicos supera o quantitativo de MIs impetrados em favor dos demais grupos de titulares de direitos? Em caso positivo, a prevalência de MIs impetrados sobre direitos de servidores públicos deriva da concessão a este grupo de tratamento diferenciado pelo STF nos julgamentos de procedência proferidos nas ações dessa espécie?

¹⁹ COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. SSRN, 2014. 84p. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁰ FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *A quem interessa o controle concentrado da omissão inconstitucional: exame crítico acerca dos resultados produzidos pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. 2015. 206f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Partimos da hipótese de que a prevalência de MIs impetrados sobre direitos de servidores públicos foi provocada pelo tratamento diferenciado conferido pelo STF a este grupo, o qual, em comparação com os demais grupos de impetrantes, obteve decisões de procedência em relação a um quantitativo superior de direitos de sua titularidade e com efeitos reforçados em decorrência da alteração jurisprudencial verificada no ano de 2007.

A pesquisa possui natureza observacional e censitária, tendo como objeto todo o universo de 6.369 MIs impetrados perante o STF entre 05/10/1988, data da promulgação da Constituição em vigor, e 31/12/2015. O número de valores perdidos é baixo, atingindo determinadas variáveis de apenas 12 dos 6.369 MIs analisados, o que corresponde a menos de 0,2% desses processos, percentual que é bastante inferior ao limite admitido de 5%²¹. As informações processuais relativas aos MIs foram diretamente coletadas no sítio eletrônico do STF e em sua Seção de Arquivo, para onde foram remetidos processos mais antigos que não haviam sido convertidos em eletrônicos, os quais somente foram acessados *in loco*. A coleta de dados foi realizada entre os meses de maio e agosto de 2016. Com o intuito de reforçar o nível de confiabilidade da mensuração, o registro e a categorização dessas informações foram deixados a cargo de apenas um dos pesquisadores. Posteriormente, os dados foram conjuntamente revisados por ambos.

Categorias de análise

Os dados levantados foram submetidos à análise de conteúdo, com o objetivo de organizá-los sob a regra da contagem frequencial em categorias criadas indutivamente. Enumeramos, a seguir, as categorias em que se fragmentam as variáveis da pesquisa:

- a) Variável: natureza dos impetrantes. Categorias:
 - pessoas físicas;
 - administração pública;
 - entidades corporativas;
 - partidos políticos;
 - associações, fundações ou sociedades civis;
 - grupo de pessoas não personificado;
- b) Variável: natureza dos impetrados, quanto à esfera federativa que integram. Categorias:
 - autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas federais;

²¹ SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. *Metodologia de pesquisa*. Tradução Daisy Vaz de Moraes. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

- autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas estaduais;
 - autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas distritais;
 - autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas municipais;
 - outros;
- c) Variável: natureza dos impetrados, quanto ao Poder estatal ou órgão autônomo que integram. Categorias:
- autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas do Poder Executivo;
 - autoridades ou órgãos do Poder Legislativo;
 - autoridades ou órgãos do Poder Judiciário;
 - autoridades ou órgãos do Ministério Público;
 - autoridades ou órgãos da Defensoria Pública;
 - outros;
- d) Variável: tipo de ato necessário a suprir a omissão inconstitucional suscitada. Categorias:
- emendas constitucionais;
 - leis;
 - medidas provisórias;
 - decretos legislativos;
 - resoluções do Senado;
 - decisões ou despachos judiciais;
 - atos político-administrativos;
 - atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral;
 - normas de regimentos internos de tribunais;
 - demais espécies de atos administrativos, de caráter concreto ou abstrato;
 - outros;
- e) Variável: titulares do direito cujo exercício se pretende viabilizar. Categorias:
- servidores e demais agentes públicos;
 - trabalhadores do setor privado;
 - empresários;
 - entidades corporativas e entidades do terceiro setor;
 - minorias;
 - direitos transversais;
 - outros;

- f) Variável: data da distribuição dos MIs. Categorias:
- MIs distribuídos antes de 2007;
 - MIs distribuídos a partir de 2007;
- g) Variável: eficácia das decisões de procedência proferidas em MIs. Categorias:
- Decisões anteriores a 2007;
 - Decisões proferidas a partir de 2007.

Para a compreensão adequada do alcance das categorias listadas, é necessário explicitar os critérios de inclusão e exclusão de elementos em cada uma delas²². Quanto à variável “natureza dos impetrantes”, tomamos como parâmetro, essencialmente, a classificação efetuada pelo Código Civil a respeito das pessoas físicas, também denominadas pessoas naturais, e das pessoas jurídicas, enumeradas nos artigos 41 e 44 da Lei n. 10.406/2002²³. A categoria “administração pública” engloba pessoas jurídicas de direito público e órgãos públicos. Diante do interesse especial pelos MIs favoráveis a servidores públicos, consideramos adequado reservar uma categoria específica às entidades corporativas, que correspondem às entidades de classe e sindicais, representativas de categorias econômicas e profissionais, além dos conselhos profissionais. Essas entidades e conselhos, portanto, foram apartados das demais associações civis e entidades da administração pública. Já o grupo de pessoas não personificado não corresponde a litisconsórcio ativo de pessoas físicas, caso em que se incluiria na primeira categoria dessa variável; trata-se, na verdade, de situação singular de MI impetrado por pessoas que faziam parte de uma campanha, as quais foram identificadas pelo STF como um grupo de pessoas não personificado, expressão que reproduzimos neste trabalho.

Por sua vez, as variáveis descritas nas alíneas *b*, *c* e *d* foram definidas a partir dos critérios utilizados pelo texto constitucional para distinguir, respectivamente, as esferas em que se distribuem as unidades da Federação, os Poderes estatais e órgãos autônomos, e os tipos de atos normativos, conforme se depende dos artigos 1º, 2º, 18, 59, 127 e 134 da Constituição. Especificamente quanto à variável “*d*”, a categoria “atos político-administrativos” refere-se aos atos relativos a processos por crime de responsabilidade, mencionados, por exemplo, nos artigos 52 e 85 da Constituição.

²² BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

²³ Os textos de todos os atos normativos citados ao longo deste trabalho podem ser consultados no Portal da Legislação do governo federal, disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>, acesso em: 12 out. 2017. Por sua vez, os julgados do STF mencionados a seguir constam da sua página de acompanhamento processual, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>, acesso em: 12 out. 2017.

Sobre a variável “e”, referente aos titulares do direito cujo exercício se pretende viabilizar mediante MI, cumpre esclarecer que, embora estejam submetidos a regimes jurídicos diversos, optamos por reunir, em uma só variável, os servidores e demais agentes públicos. Este grupo compreende, além dos servidores públicos civis e militares, os agentes políticos, os titulares de serviços notariais e de registro, e os particulares em colaboração com o Poder Público. A reunião se justifica pela similaridade dos objetos dos MIs impetrados por tais subcategorias, pelo seu enquadramento comum no gênero “agentes públicos” e pelo reduzido quantitativo de MIs impetrados por agentes públicos que não são servidores civis ou militares, o que não recomendava a formulação de uma categoria específica para eles. Ademais, esse grupo compreende, além dos servidores em atividade, os inativos, os pensionistas e demais dependentes de servidores, bem como ex-servidores que objetivam ser readmitidos no serviço público, os quais pretendem exercer direitos que lhes são assegurados em razão da relação específica que mantêm, direta ou indiretamente, com a administração pública. Já a categoria “entidades corporativas e entidades do terceiro setor” abrange pessoas jurídicas que, embora sejam diversas, assemelham-se por terem impetrado MIs com o objetivo de promover o exercício de direitos das próprias entidades impetrantes, e não dos sujeitos por elas representados ou beneficiados pelas atividades que desempenham.

Ainda em relação à variável “e”, a categoria “minorias” engloba MIs sobre direitos de pessoas com deficiência, quilombolas, idosos, homossexuais, transexuais e adventistas do sétimo dia. Somente foram incluídos nessa categoria os MIs relativos a direitos específicos dos grupos minoritários, ou seja, direitos que sejam diretamente relacionados à sua condição de minorias. Desse modo, nos casos em que a condição de integrante de grupo minoritário não era suficiente para o exercício do direito pleiteado, sendo necessário que os impetrantes se enquadrassem, simultaneamente, em alguma das categorias precedentes, os MIs foram incluídos nestas últimas, e não na categoria pertinente às minorias.

Por fim, a categoria “direitos transversais” refere-se a direitos que não são específicos de grupos determinados, mas comuns aos cidadãos e pessoas em geral. Em outros termos, são direitos que as pessoas possuem não por integrarem determinada classe ou categoria, mas por sua condição comum de jurisdicionados, consumidores, eleitores, contribuintes, estudantes, cidadãos brasileiros ou de determinada unidade federativa, dentre outras qualificações abrangentes.

Além das variáveis descritas, há uma última variável nominal cujas categorias não foram enumeradas. Trata-se da variável concernente ao “tema jurídico sobre o qual versam os MIs”. Por agregar 315 temas diferentes, preferimos não enunciar cada uma das categorias que a compõem. A análise dessa variável é feita conjuntamente com a variável “e”, de modo a propiciar a identificação da distribuição das frequências de temas por grupo de titulares de direitos.

Etapas de análise dos dados

Os dados coletados e organizados em categorias foram, então, submetidos à análise estatística descritiva e inferencial. Na primeira seção do desenvolvimento deste artigo, utilizamos desenho de pesquisa transversal descritivo para retratar as características dos MIs impetrados perante o STF. Na sequência, os dados relativos às variáveis mencionadas são analisados a partir de uma perspectiva longitudinal ou evolutiva, que possibilita a avaliação de mudanças eventualmente ocorridas quanto à impetração de MIs durante o período examinado, de modo a identificar padrões e tendências de ajuizamento.

Embora este trabalho tenha por enfoque o que se denominou “perfil de ingresso”, que se refere às propriedades do ajuizamento das ações analisadas, a finalidade de efetuar uma reconstrução causal a respeito do suposto desequilíbrio quantitativo entre os MIs sobre direitos de servidores e agentes públicos e os MIs impetrados sobre outros assuntos demanda a análise das decisões de procedência proferidas pelo STF nas ações dessa espécie, tarefa a que se dedica a terceira seção do desenvolvimento deste artigo. A reconstrução causal que se pretende empreender possui, portanto, caráter retrospectivo, tendo como ponto de partida a análise do quantitativo de MIs impetrados e da evolução do número de impetrações ao longo do tempo. Para tanto, tentamos identificar as únicas características, dentre as observadas, que somente o grupo de MIs sobre direitos de servidores públicos possui e os diferencia dos demais MIs impetrados, descartando os fatores em que os subconjuntos de MIs se equivalem ou se aproximam. Com isso, buscamos afastar explicações rivais, de modo a viabilizar a realização de inferência confiável a respeito da hipotética correlação entre as variáveis mencionadas no problema formulado.

A esse respeito, cumpre salientar que o objetivo da presente pesquisa não consiste em oferecer explicação causal revestida da pretensão de certeza, especialmente porque não se trata de estudo de desenho experimental e, conforme salientam Epstein e King²⁴, a incerteza envolvida na realização de inferências causais nunca poderá ser completamente eliminada. Isso não nos impede, no entanto, de identificar e apresentar evidências fortes o suficiente para sustentar a formulação de uma explicação plausível e convincente para o problema proposto.

ANÁLISE TRANSVERSAL DA POPULAÇÃO DE MANDADOS DE INJUNÇÃO IMPETRADOS PERANTE O STF

O conjunto de MIs examinado no presente trabalho é composto, como visto, por 6.369 processos ajuizados entre 05/10/1988 e 31/12/2015, cuja segmentação

²⁴ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini et al (Coord.). São Paulo: Direito GV, 2013.

por tipo de autor pode ser verificada no diagrama de colunas a seguir. O gráfico indica que a maioria das ações foi ajuizada exclusivamente por pessoas físicas que, de forma isolada ou em litisconsórcio ativo, impetraram 5.440 MIs.

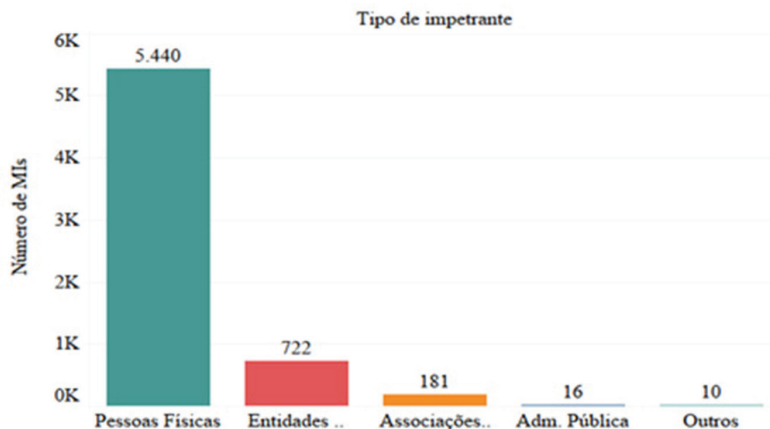


Figura 1 – Distribuição dos MIs ajuizados por tipo de impetrante

Por sua vez, o polo passivo dos MIs analisados conta, na maioria dos casos, com órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas que integram a União Federal. Nesse subconjunto formado por 6.265 processos, incluem-se 4.776 MIs impetrados, exclusivamente, contra órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas federais, além de outros 1.489 MIs em que tais sujeitos integram o polo passivo juntamente com órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas estaduais, distritais ou municipais.

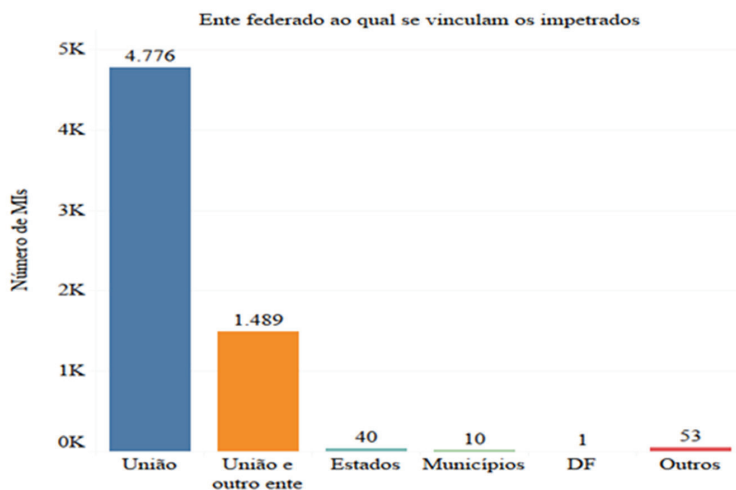


Figura 2 – Distribuição dos MIs ajuizados por tipo de impetrado

A prevalência de MIs ajuizados contra a União Federal se deve à observância da regra constante do art. 102, I, *q*, da Constituição da República, que restringe a competência originária do STF a MIs impetrados contra órgãos ou autoridades federais. Essa disposição não impediu, entretanto, o ajuizamento de diversas ações dessa espécie em face de Estados-membros, do Distrito Federal ou de Municípios (ou seja, de autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas vinculados a essas unidades federativas). Os Estados integram o polo passivo de 870 MIs, sendo que somente 40 desses processos foram impetrados exclusivamente contra autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas estaduais. Já os Municípios constam do polo passivo de 641 MIs, dos quais 10 possuem os órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas municipais como partes impetradas em caráter exclusivo.

Ainda sobre a composição do polo passivo dos MIs analisados, nota-se que, na grande maioria dos casos, referidas ações foram ajuizadas contra autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas que integram o Poder Executivo de alguma das unidades federativas. Do total de 6.369 MIs, há 5.746 processos impetrados contra autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas do Poder Executivo, os quais figuram isoladamente no polo passivo desses processos em 2.643 casos. Nos 3.103 MIs restantes, tais sujeitos constam do polo passivo juntamente com autoridades ou órgãos de outros Poderes ou instituições, em especial do Legislativo: são 3.086 MIs em que autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas dos Poderes Executivo e Legislativo constam, simultaneamente, como impetrados.

Além desses 3.086, o Poder Legislativo também compõe o polo passivo de outros 452 MIs, seja isoladamente, o que ocorre em 439 processos, seja juntamente com órgão ou autoridade do Poder Judiciário, conforme se observa nos 13 processos restantes. Assim, há 6.198 MIs em que ao menos um dos impetrados integra o Poder Executivo ou o Legislativo. Os demais MIs são 171, dos quais 83 foram impetrados contra órgãos ou autoridades do Poder Judiciário; 1 contra órgãos do Judiciário e do Ministério Público; e 87 são unidades em que não foi possível identificar ou categorizar o impetrado a partir do critério de pertinência a determinado Poder estatal ou instituição jurídica autônoma.

Quanto à natureza do ato necessário a suprir a omissão suscitada nos MIs²⁵, verifica-se que, em regra, referidos processos versam sobre a inexistência ou a

²⁵ Para efetuar essa categorização, buscamos identificar o tipo de ato que, em tese, seria apto a suprir a omissão suscitada, ainda que a edição de tal espécie de ato não tenha sido expressamente pleiteada pelo impetrante do MI. Assim, se determinado MI foi ajuizado, por exemplo, por servidor público que pretendia obter aposentadoria especial, considerou-se que o ato necessário a suprir a omissão por ele apontada corresponde à lei, em razão do disposto pelo art. 40, § 4º, da Constituição, ainda que o impetrante tenha formulado, na petição inicial do MI, pedido de edição de ato de natureza diversa, tal como de ato administrativo específico de concessão de aposentadoria especial em seu favor.

inadequação de leis. Nessa categoria se enquadram 6.172 MIs, em que o suprimento da omissão apontada pelos impetrantes dependeria da edição de lei, além de outros 6 MIs em que se sustenta ser necessária a edição de leis e/ou de atos normativos de outras espécies. Os processos restantes são relativamente pouco numerosos: 31 deles versam sobre a inexistência ou inadequação de decisões ou despachos judiciais; 21 sobre atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral; 5 sobre normas de regimentos internos de tribunais; 4 sobre emendas constitucionais; 4 sobre decretos legislativos; outros 4 sobre resoluções do Senado; 3 sobre medidas provisórias; 3 sobre atos político-administrativos; e 67 sobre demais espécies de atos administrativos, de caráter concreto ou abstrato. Nos 49 casos restantes, não foi possível identificar os atos cuja edição era pretendida ou não se pode classificá-los em alguma categoria específica de atos passíveis de edição pelo Poder Público.

Os MIs examinados também foram categorizados quanto aos temas jurídicos sobre os quais versam. Em seu conjunto, os 6.369 MIs tratam de 315 temas diferentes. Não obstante a razoável diversidade temática observada, a grande maioria dos processos versa, exclusivamente, sobre um assunto específico, qual seja, o direito de servidores públicos à aposentadoria especial, previsto no art. 40, § 4º, da Constituição: são 5.275 os MIs impetrados por servidores públicos com a finalidade exclusiva de exercer referido direito. Além desses, há 375 MIs sobre outros direitos de servidores e demais agentes públicos, bem como 20 MIs sobre direitos comuns a servidores públicos e a trabalhadores do setor privado. Ainda que excluídos estes últimos 20 processos, verifica-se a existência de 5.650 MIs voltados, exclusivamente, à apreciação de direitos de servidores e demais agentes públicos.

Desse modo, 88,7% das ações analisadas têm por objeto algum dos 70 temas relacionados a direitos de servidores e agentes públicos que foram veiculados em sede de MI. Esses 88,7% de MIs são compostos pela soma de 82,8% de processos que tratam da aposentadoria especial dos servidores e de 5,9% de processos que versam sobre outros 69 temas relativos a direitos de servidores e demais agentes públicos. Os 11,3% de MIs restantes distribuem-se da seguinte maneira: 258 (ou 4,05% de) MIs sobre 109 temas relacionados a direitos transversais; 248 (ou 3,9% de) MIs sobre 62 temas relacionados a direitos de trabalhadores do setor privado; 68 (ou 1,07% de) MIs sobre 21 temas relativos a direitos de empresários; 42 (ou 0,66% de) MIs sobre 14 temas relativos a direitos de entidades corporativas e entidades do terceiro setor; 32 (ou 0,5% de) MIs sobre 12 temas relacionados a direitos de minorias; e 20 (ou 0,31% de) MIs sobre 2 temas relacionados a direitos comuns a servidores públicos e trabalhadores do setor privado. Há, ainda, 30 (ou 0,47% de) MIs sobre 25 temas que não se enquadram em nenhuma das categorias

anteriores e cuja especificidade não justifica a criação de categorias adicionais para abrigar essas unidades que, em sua maioria, revelam-se como casos singulares; além de 21 (ou 0,33% de) MIs cuja categorização temática é inviável.

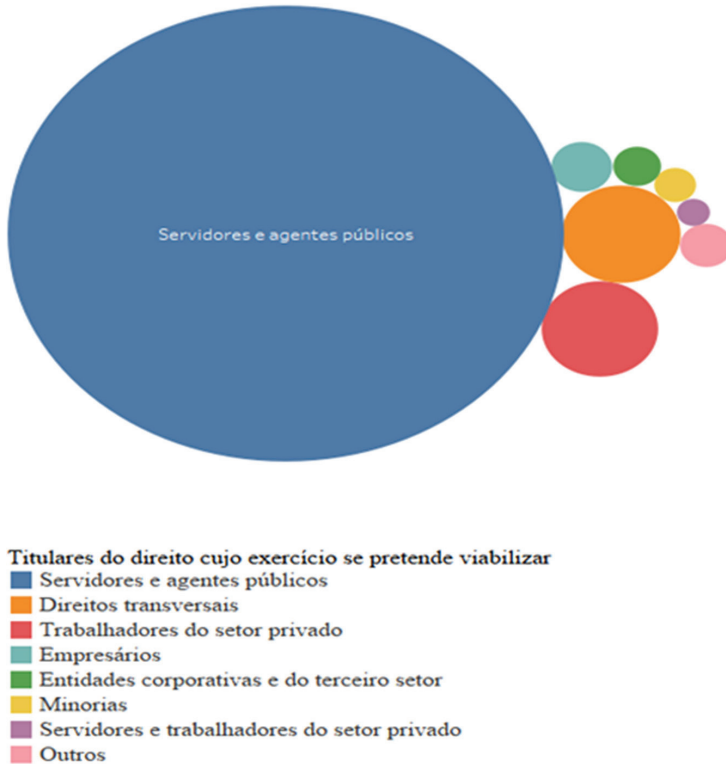


Figura 3 – Comparação entre os quantitativos de MIs relacionados a cada um dos grupos de titulares de direitos

Os dados relacionados à classificação temática dos MIs revelam a intensa atuação das categorias de servidores e agentes públicos perante o STF. A quantidade de MIs impetrada por tais sujeitos é muito superior ao total de ações ajuizadas pelos demais grupos somados, ainda que os servidores e agentes públicos sejam menos numerosos do que os integrantes de outros grupos, tais como os trabalhadores do setor privado e os titulares de direitos transversais. Note-se, também, que, dos 315 temas jurídicos suscitados em sede de MI, 70 são relativos a direitos de servidores e agentes públicos, o que corresponde a cerca de 22%; isso significa que a prevalência de MIs impetrados por servidores e agentes públicos não está correlacionada à variedade de temas de interesse desses sujeitos.

Em outros termos, a expressiva superioridade numérica de MIs relativos a direitos de servidores públicos não pode ser adequadamente explicada pelo

quantitativo elevado de servidores existentes no Brasil. Outra hipótese explicativa a ser descartada se relaciona à concepção de que a Constituinte de 1987-1988 teria promulgado um texto prolixo e que estaria repleto de regras de interesse de categorias de servidores e agentes públicos²⁶, o que conduziria a uma maior quantidade de MIs impetrada por tais sujeitos, dado que referida espécie de ação judicial somente pode ser ajuizada por quem seja titular de direito, liberdade ou prerrogativa de natureza constitucional. Ocorre que, como visto, a prevalência de MIs impetrados por servidores públicos não se relaciona à suposta pluralidade de direitos constitucionais assegurados a tais sujeitos; pelo contrário, a variedade temática dos MIs propostos pelos servidores é reduzida. O excesso de MIs sobre direitos de servidores públicos relaciona-se, em larga medida, ao enorme quantitativo de processos sobre um único tema (aposentadoria especial), e não à diversidade de direitos assegurados às categorias que compõem o serviço público.

Para que se possa obter uma explicação adequada a respeito da prevalência de MIs sobre direitos de servidores e agentes públicos, é necessário investigar a causa do excesso de processos sobre a aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da Constituição, o que não se verifica em relação a outros temas suscitados em sede de MI.

ANÁLISE EVOLUTIVA DOS PADRÕES DE AJUIZAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO: AS TRÊS FASES DE IMPETRAÇÃO PERANTE O STF

A moda ou padrão de MI impetrado perante o STF durante a totalidade do período analisado apresenta as seguintes características: trata-se de ação ajuizada por pessoa física que, na condição de servidor público, alega a ausência de lei necessária ao exercício do direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, da Constituição e postula, por conseguinte, a adoção de providências por parte de órgãos do Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo da União. Essa avaliação geral permite algumas conclusões relevantes, mas a devida compreensão acerca dos padrões de ajuizamento dos MIs demanda a realização de uma análise longitudinal que descreva as mudanças ocorridas nesse perfil durante o período considerado.

De fato, entre 05/10/1988 e 31/12/2015, houve mudanças sensíveis no que toca, em especial, ao número de ações ajuizadas anualmente e aos temas nelas versados, sendo que nossa análise permitiu identificar três fases bastante marcadas de impetração do MI.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005.

Fase de Experimentação – 1988 a 1991

A *Fase de Experimentação* compreende os anos de 1988 a 1991. Conforme indicam Fulgêncio e Costa²⁷, a proposta de criação do instituto do MI foi defendida com entusiasmo por diversos membros da Constituinte de 1987-1988, que o consideraram um dos mais importantes avanços introduzidos pela nova Constituição.

Esse entusiasmo se refletiu no período inicial de vigência da Constituição. De 1988 a 1991, foram ajuizados 376 MIs, o que corresponde a uma média de cerca de 10 processos por mês. A característica mais peculiar desse período é que tais processos versam sobre 113 temas diferentes, número que poderia ser ainda maior se não houvesse 9 processos instaurados nessa fase inicial que não puderam ser localizados nos arquivos do STF. Isso significa que cerca de 36% do total de 315 temas que seriam debatidos em sede de MI durante todo o período analisado já havia sido submetido ao STF ao final dos primeiros 3 anos e 3 meses de vigência da Constituição.

O gráfico a seguir representa o número de MIs distribuído aos ministros do STF a cada ano analisado. Além disso, as cores utilizadas correspondem às temáticas versadas nos MIs, de modo que, quanto mais colorida a coluna, maior é a diversidade dos temas tratados nas ações distribuídas no ano representado.

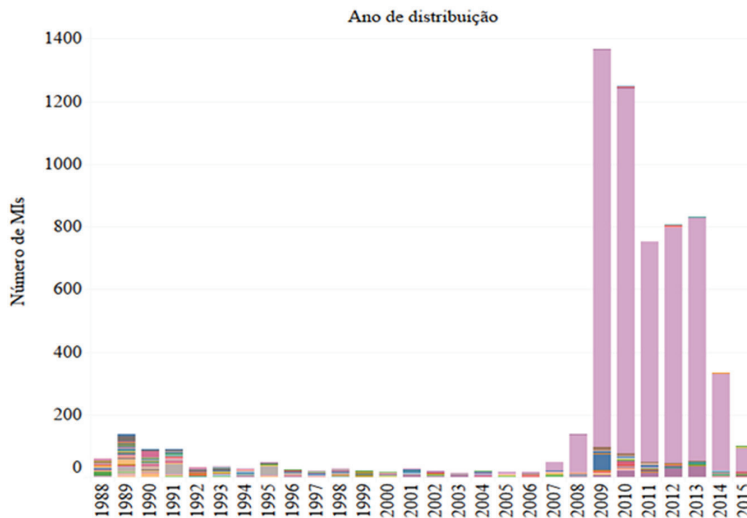


Figura 4 – Representação do quantitativo e da diversidade temática dos MIS impetrados a cada ano de distribuição

²⁷ FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. O mandado de injunção na assembleia nacional constituinte de 1987-1988. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 818-870, mar./abr. 2016.

A Figura 5 indica que, além da pluralidade de temas, a Fase de Experimentação caracterizou-se por um certo equilíbrio entre os quantitativos de MIs relacionados a cada um dos grupos de atores interessados, os quais denominamos “titulares de direitos”, inexistindo a excessiva prevalência de processos associados a direitos de servidores e agentes públicos que posteriormente veio a se consolidar e está representada na Figura 3.



Figura 5 – Comparação, na Fase de Experimentação, entre os quantitativos de MIs relacionados a cada um dos grupos de titulares de direitos

Na Fase de Experimentação, cerca de 31% dos MIs foram impetrados para a promoção de direitos das categorias do serviço público, quantitativo que se aproxima dos percentuais de MIs impetrados nesse período sobre direitos de trabalhadores e sobre direitos transversais (cerca de 29 e 24%, respectivamente). Já nos anos posteriores, esse equilíbrio se desfaz: de 1992 a 2015, os MIs sobre direitos de servidores e agentes públicos somam 92,53%, ao passo que os

processos sobre direitos de trabalhadores e sobre direitos transversais equivalentes, respectivamente, a 2,37 e a 2,84%.

Ademais, a prevalência de MIs impetrados exclusivamente por pessoas físicas, verificada na análise global (em que tais processos correspondem a mais de 85%), não é notada com a mesma intensidade na Fase de Experimentação, em que tais MIs representam cerca de 73%. Esse curto período inicial foi suficiente para que todos os seis tipos de sujeitos ativos impetrassem seus primeiros MIs, de modo que todos os grupos de impetrantes estão representados nessa fase.

A variedade de temáticas e de atores indica que esse período constituiu uma Fase de Experimentação em relação ao instituto recém-criado pela Constituinte de 1987-1988. A esse respeito, cumpre salientar que, à época da promulgação da Constituição, não havia definição clara a respeito das características do MI e das regras que disciplinariam sua utilização, o que gerou, segundo o então ministro do STF Moreira Alves, uma situação de perplexidade em que não apenas os cidadãos comuns, como também os próprios membros daquele tribunal estavam repletos de dúvidas sobre a aplicação e a tramitação do instituto²⁸. Nesse ambiente de incerteza, diversos jurisdicionados submeteram ao STF pleitos muito diversificados, alguns dos quais seriam considerados, sob a perspectiva da jurisprudência que se consolidou posteriormente, casos esdrúxulos, manifestamente inadequados à via do MI.

A experimentação verificada nessa fase inicial também é revelada pela diversidade ocorrente em outros elementos processuais.

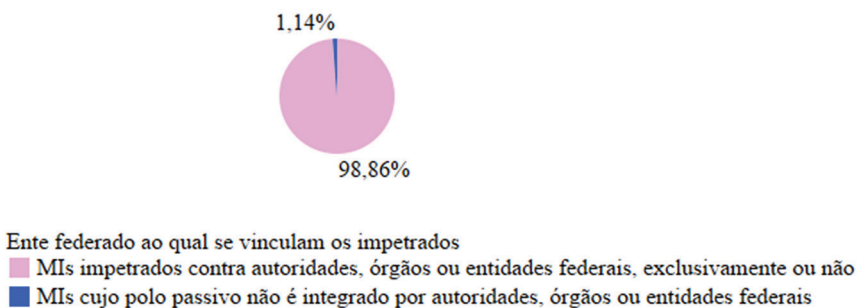
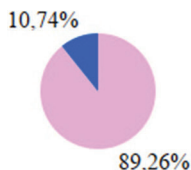


Figura 6 – Diversidade no polo passivo (população de MIs analisada)

²⁸ STF atribui ao TFR julgar injunção. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 out. 1988. *O País*, p. 3. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119046/11_19%20out88%20-%200008.pdf?sequence=3>. Acesso em: 12 out. 2017.



Ente federado ao qual se vinculam os impetrados

- MIs impetrados contra autoridades, órgãos ou entidades federais, exclusivamente ou não
- MIs cujo polo passivo não é integrado por autoridades, órgãos ou entidades federais

Figura 7 – Diversidade no polo passivo (Fase de Experimentação)

A composição do polo passivo dos MIs impetrados no período que se estende de 1988 a 1991 também é mais variada em comparação ao conjunto de MIs analisado globalmente. No geral, 98,86% dos processos foram movidos em desfavor de órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas que integram a União Federal, enquanto na Fase de Experimentação se observa a presença de órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas que integram a União em 89,26% dos MIs em que a identificação dos impetrados pode ser feita. Por sua vez, essa fase inicial apresenta, em termos relativos, um quantitativo muito mais elevado de MIs cujo polo passivo é composto, exclusivamente, por órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas integrantes dos Estados-membros, os quais correspondem a 5,78%, ao passo que, no período restante, tais processos correspondem a cerca de 0,32%. Destaca-se, também, o quantitativo de MIs impetrado exclusivamente contra entidades que não integram a administração pública, tais como instituições financeiras, empresas e sindicatos: na fase inicial, os processos dessa espécie são cerca de 5%; nos demais anos analisados, correspondem a aproximadamente 0,03%.

Ainda sobre o polo passivo, a Fase de Experimentação também diverge do padrão de impetração observado no restante do período analisado por não apresentar prevalência tão exacerbada de MIs em que ao menos um dos impetrados seja integrante do Poder Executivo ou do Legislativo: entre 1988 a 1991, esses MIs são cerca de 80,46%, ao passo que, nos anos de 1992 a 2015, correspondem a cerca de 99,4% dos MIs. Em contrapartida, a fase inicial apresenta 14,08% de MIs impetrados exclusivamente contra órgão ou autoridade do Poder Judiciário, o que somente se observa em 0,57% dos MIs impetrados nas demais fases.

Semelhante divergência também é notada quanto à natureza do ato necessário a suprir a omissão suscitada nos MIs. Nos anos de 1992 a 2015, cerca de 98,8% dos MIs versam sobre a inexistência ou a inadequação de leis. Já na Fase de Experimentação, o quantitativo desses MIs é de 78,47%, ao passo que os 21,53% restantes correspondem a um conjunto de atos de natureza bastante diversificada.



Figura 8 – MIs impetrados entre 1992 e 2015, segmentados por tipo de ato necessário a supri a omissão

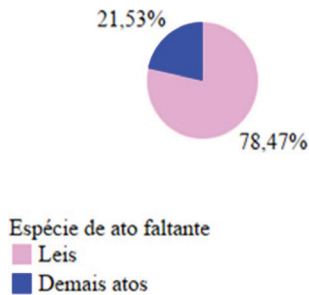


Figura 9 – MIs impetrados entre 1998 e 1991, segmentados por tipo de ato necessário a supri a omissão

A variedade das experiências realizadas a respeito do MI nessa primeira fase foi favorecida, como dito, pela situação inicial de incerteza sobre as características do instituto. No entanto, à medida que o STF passou a julgar os primeiros processos submetidos à sua apreciação, a lacuna normativa observada acerca do MI quando da promulgação da Constituição foi, aos poucos, sendo preenchida pelas diretrizes estipuladas pelo próprio tribunal. De fato, ao longo dos anos de 1988 a 1991, as decisões proferidas pelo STF em sede de MI destinaram-se, majoritariamente, a fixar limites e condições para a utilização desse instrumento processual, como indica o gráfico a seguir.

Dos 376 MIs impetrados na denominada Fase de Experimentação, 258 foram julgados ainda nesse período inicial, sendo que, na grande maioria dos casos, o STF deixou de acolher os pedidos formulados nos MIs sob o fundamento de que tais processos apresentavam alguma irregularidade formal ou continham pedidos manifestamente inadequados ou de satisfação inviável: foram 194 MIs não conhecidos, 32 tiveram seu seguimento negado e 25 foram declarados prejudicados. Dos 7 MIs restantes, 4 foram julgados improcedentes, e apenas 3 tiveram seus pedidos julgados parcialmente procedentes.

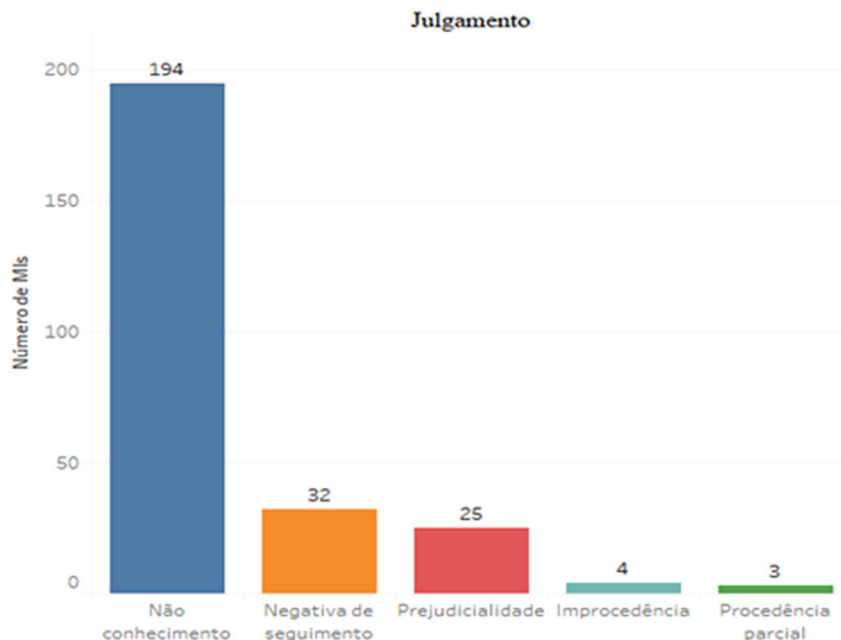


Figura 10 – Distribuição dos MIs julgados na Fase de Experimentação por modalidade de decisão proferida

Além de definir limites e condições para a impetração do MI, o STF também impôs restrições aos efeitos produzidos pelas decisões de procedência proferidas nos julgamentos das ações dessa espécie. Ao decidir a Questão de Ordem suscitada no MI 107 (MI-QO 107), referido tribunal decidiu que o MI somente poderia servir para declarar a omissão normativa e para cientificar o órgão ou autoridade responsável por seu suprimento. O julgamento referido foi realizado em 23/11/1989, data em que nenhum MI havia sido julgado procedente pelo STF, de modo que as restrições aos efeitos da decisão do MI foram aplicadas a todos os três MIs julgados parcialmente procedentes durante a Fase de Experimentação.

Nota-se, assim, que, a par das limitações formais de acesso à via do MI, o número reduzido de decisões de procedência proferidas nesse período inicial e as severas restrições impostas aos efeitos produzidos pelo instituto constituíram fatores de desestímulo à sua utilização posterior. Embora o entendimento fixado no julgamento da MI-QO 107 tenha sofrido temperamentos ainda durante essa fase inicial, a interpretação prevalecente de que era vedado ao tribunal suprir, por ato próprio, a lacuna normativa verificada no julgamento do MI foi, como dito, reiteradamente apontada como responsável por tornar referido instrumento inútil ou imprestável.

Fase de Contenção – 1992 a 2006

Os reflexos das limitações e restrições mencionadas sobre a impetração de MIs perante o STF são observados no período seguinte ao da Fase de Experimentação, o qual se estende de 1992 a 2006. De fato, embora se trate de período quase cinco vezes mais prolongado do que a fase inicial, o quantitativo de MIs impetrados é inferior, em termos absolutos, ao número de ações ajuizadas na Fase de Experimentação. Nessa segunda etapa, foram ajuizados 363 MIs ao longo de 15 anos, o que corresponde a uma média anual de 24,2 MIs, a qual é bastante inferior à média anual de impetrações verificadas na fase anterior, correspondente a cerca de 116 MIs. A redução da média de ajuizamentos na *Fase de Contenção* está representada na Figura 4.

Quanto ao número de temas versado nos MIs, nota-se que as 363 ações ajuizadas na segunda fase tratam de 135 assuntos diferentes, quantitativo que se aproxima dos 113 temas submetidos ao STF na Fase de Experimentação. Assim, embora não tenha havido redução, em termos absolutos, em comparação com o período inicial, verifica-se, na Fase de Contenção, a ocorrência de nítida diminuição do quantitativo de temas debatidos em sede de MI proporcionalmente ao número de anos que compõe os períodos considerados: em média, cada ano da segunda fase corresponde a nove temas diferentes suscitados por meio de MIs, ao passo que, no período inicial, tal média é de, aproximadamente, 35 temas.

No que diz respeito à natureza do ato necessário para suprir as omissões suscitadas nos MIs, verifica-se que as ações ajuizadas durante a segunda fase são menos diversificadas do que as propostas na Fase de Experimentação, ainda que não apresentem o mesmo grau de padronização constatado na análise transversal da população de MIs, em que se verificou que 97,7% dos MIs versam sobre a inexistência ou a inadequação de leis. Esse percentual cai para cerca de 87% quando apenas são levados em conta os MIs impetrados na segunda fase e para 78,47% quando são considerados, exclusivamente, os MIs impetrados durante a primeira fase.

De modo semelhante, quanto à composição do polo passivo dos MIs, constatou-se, na análise transversal, que, em cerca de 98% dos MIs, ao menos um dos impetrados integra o Poder Executivo ou o Legislativo. Na segunda fase, a quantidade de MIs que apresenta essa característica corresponde a 93,58%, ao passo que, na primeira fase, esses MIs são cerca de 80,46%. Ainda sobre o polo passivo, notou-se, na análise transversal, que 98,86% das ações ajuizadas contêm, em seu polo passivo, órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas vinculadas à União Federal. O quantitativo de MIs impetrado contra esses sujeitos passivos federais corresponde a 96,88% na segunda fase e a 89,26% na Fase de Experimentação.

Por outro lado, o segundo período referido possui características que o aproximam da Fase de Experimentação. Nessa linha, observa-se que o número excessivo de processos relacionados a direitos de servidores e agentes públicos, verificado na seção pertinente à análise global dos MIs, também não se deve a essa segunda fase, em que tais processos correspondem a cerca de 33% dos 363 MIs impetrados, percentual que é bastante próximo aos 31% de MIs ajuizados sobre direitos desse grupo de sujeitos na Fase de Experimentação. Na segunda fase, os MIs associados a direitos das categorias do serviço público sequer formam o conjunto de processos mais numeroso, uma vez que é superado pelo grupo de MIs sobre direitos transversais, o qual agrega 35,3% das ações propostas.



Figura 11 – Comparação, na Fase de Contenção, entre os quantitativos de MIs relacionados a cada um dos grupos de titulares de direitos

Outra característica que torna a primeira e a segunda fases semelhantes diz respeito à variedade da composição do polo ativo dos MIs impetrados em tais períodos. Assim como na Fase de Experimentação, esse segundo período não

reflete a excessiva prevalência, observada na análise transversal dos MIs, de ações ajuizadas exclusivamente por pessoas físicas. Os MIs impetrados por esse tipo de sujeito ativo ainda são maioria na segunda fase, mas, diversamente do que se verificou na análise transversal, em que tais processos são mais de 85% do total, nota-se, nesse segundo período, a ocorrência de certo equilíbrio entre o número de ações propostas exclusivamente por pessoas físicas (54%) e o quantitativo de ações ajuizadas pelos demais tipos de sujeitos ativos (46%).

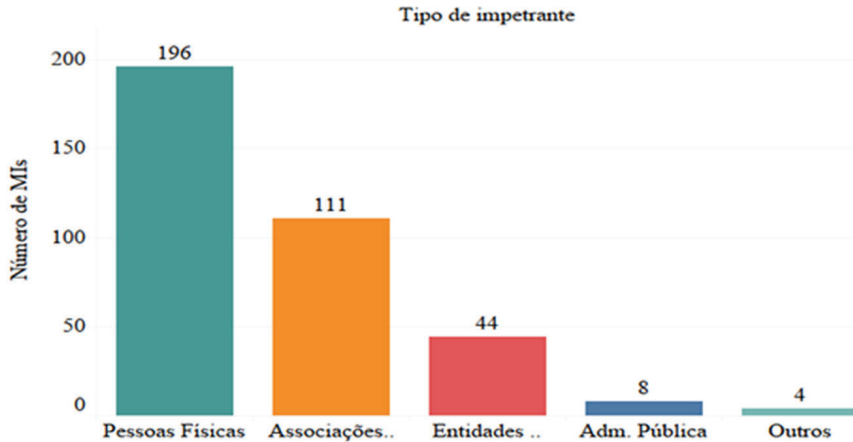


Figura 12 – Distribuição dos MIs ajuizados por tipo de impetrante na Fase de Contenção

Em síntese, a segunda fase de impetração do MI apresenta características bastante marcadas, as quais permitem diferenciá-la com nitidez das demais. Em comparação com a fase inicial, a experimentação verificada nesse segundo período foi substancialmente reduzida, o que se nota, especialmente, pela drástica diminuição do número de MIs impetrados anualmente, bem como pela minoração da média anual de temas submetidos à apreciação do STF. Como visto, a segunda fase foi precedida pelo desestímulo provocado pelas decisões do STF que impuseram severas restrições tanto à utilização do MI quanto aos efeitos produzidos pelo instituto. Esses fatores de desestímulo produzidos pelo STF em resposta à experimentação observada na primeira fase chocaram-se com o entusiasmo com o qual o instituto havia sido inicialmente recebido, confronto esse que originou o ambiente propício para a ocorrência da segunda fase mencionada, a qual pode ser identificada, por contraposição àquele período inicial, como uma fase de desentusiasmo ou desânimo em relação ao MI, sendo marcada, especialmente, pela contenção da experimentação observada no período anterior.

Fase de Concentração – 2007 a 2015

A terceira fase também possui características nitidamente distintas dos períodos anteriores, especialmente no que diz respeito ao quantitativo de MIs ajuizados e à concentração desses processos em determinados temas relativos a servidores públicos. Quanto à primeira dessas duas características, observa-se que a terceira fase se distingue das demais pelo elevado número de MIs ajuizados. Ao passo que na primeira fase foram impetrados 376 MIs em pouco menos de 3 anos e 3 meses (média anual de cerca de 116 processos), e na segunda fase foram impetrados 363 MIs ao longo de 15 anos (média anual de 24,2 processos), na terceira fase, que compreende o período de 2007 a 2015, foram impetrados 5.630 MIs, o que corresponde a uma média anual de, aproximadamente, 625,5 processos. A explosão de impetrações ocorrida a partir do ano de 2007 está representada no polígono de frequências a seguir.

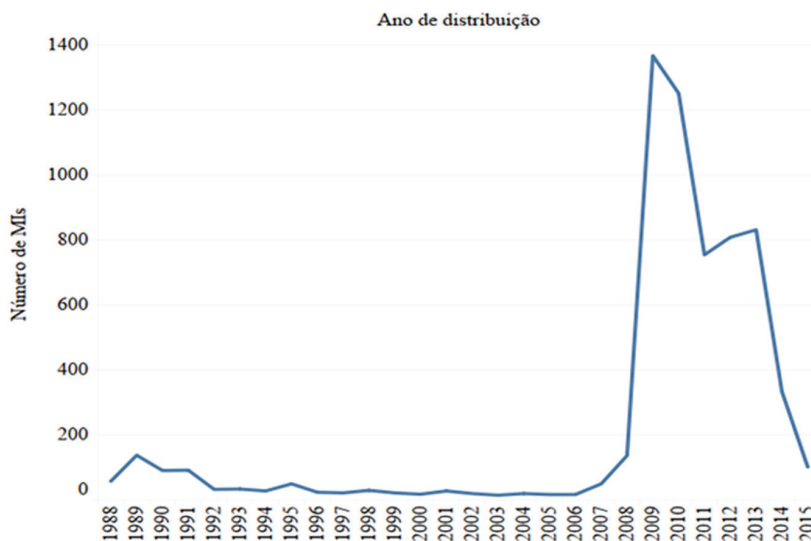


Figura 13 – Representação do quantitativo de MIs impetrados a cada ano de distribuição

Quanto à segunda das características que singularizam a terceira fase, verifica-se que, dos 5.630 MIs impetrados nesse período, 5.242 têm por objeto, exclusivamente, o direito à aposentadoria especial conferido aos servidores públicos. Além desses, há outros 177 MIs que versam, de modo exclusivo, sobre direitos de servidores e agentes públicos. Assim, mais de 96% dos MIs ajuizados no período que se estende de 2007 a 2015 são relacionados tão somente a direitos de servidores e agentes públicos, sendo que cerca de 93% tratam, exclusivamente, do direito à aposentadoria especial.

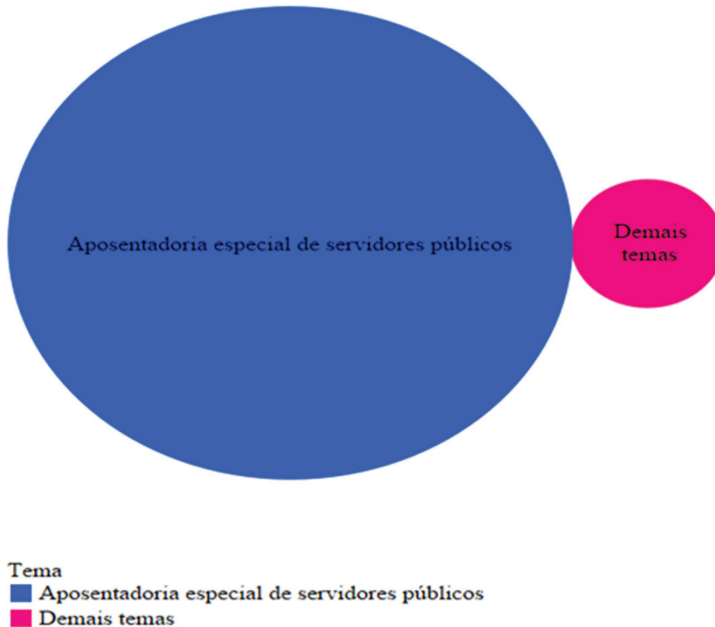


Figura 14 – Concentração temática dos MIs impetrados entre 2007 e 2015

Nota-se, destarte, que o acentuado aumento do quantitativo de MIs impetrados na terceira fase em exame não é suficiente para caracterizá-la como um novo período de experimentação acerca do instituto. Para tanto, seria necessário que o crescimento do número de MIs ajuizados fosse acompanhado da manutenção da variedade observada quanto aos MIs impetrados na fase inicial de vigência da Constituição. De modo diverso, o incremento numérico verificado na terceira fase derivou, exclusivamente, da impetração de elevado quantitativo de processos relacionados a um único tema. Assim, não é a variedade, mas a tendência à padronização ou uniformização que caracteriza a terceira fase de impetração do MI e a distingue das anteriores. As ações ajuizadas nesse último período é que definiram o padrão de MI impetrado perante o STF.

Diante disso, o terceiro período de impetração do MI pode ser denominado *Fase de Concentração* na temática concernente à aposentadoria especial do servidor público. Esse período final parte, como visto, do ano de 2007, quando se inicia o movimento de forte elevação da média anual de ajuizamentos de MIs. Não por acaso, foi também no ano de 2007 que o STF modificou drasticamente seu entendimento a respeito dos efeitos produzidos pelo MI. Em superação ao precedente firmado no julgamento da mencionada MI-QO 107, o STF decidiu, no julgamento do MI 721, que o instituto não deveria servir tão somente para declarar a omissão inconstitucional eventualmente verificada, mas deveria

ensejar, além disso, o estabelecimento das balizas normativas necessárias ao exercício do direito assegurado constitucionalmente, ainda que apenas para o caso concreto e de forma temporária.

Embora esse julgamento seja especialmente relevante em razão do que restou decidido acerca dos efeitos do MI, ou seja, do que se decidiu sobre questão diversa do mérito do MI 721, é interessante notar que referida ação tinha por objeto o direito previsto no art. 40, § 4º, da Constituição. A efetiva superação do entendimento que prevalecia desde 1989 a respeito dos efeitos do MI ocorreu, portanto, em processo que versava justamente sobre o direito à aposentadoria especial de servidores públicos.

O acórdão proferido no julgamento do MI 721 foi publicado no último dia do mês de novembro de 2007. Até esse dia, apenas 29 MIs haviam sido impetrados ao longo dos 11 meses do ano de 2007. No mês de dezembro que se seguiu à publicação do julgado, impetraram-se 20 novos MIs, todos sobre o direito à aposentadoria especial de servidores públicos. Esse seria, como visto, o tema tipicamente versado nos MIs ajuizados ao longo da terceira e última fase de impetração do MI analisada no presente trabalho, que se estende até o final do ano de 2015.

AS DECISÕES DE PROCEDÊNCIA DO STF COMO FATORES DE ESTÍMULO À IMPETRAÇÃO DE MANDADOS DE INJUNÇÃO PELOS SERVIDORES PÚBLICOS

A análise da evolução ao longo do tempo dos padrões de ajuizamento do MI aponta, portanto, para a existência de relação de causalidade entre as decisões de procedência proferidas pelo STF e a expressiva prevalência de MIs sobre direitos de servidores e agentes públicos. De fato, a dilatada superioridade numérica desses MIs em relação aos demais configurou-se a partir do julgamento proferido pelo STF no MI 721, que tratava exatamente do direito à aposentadoria especial dos servidores e que foi responsável por relevante modificação no entendimento jurisprudencial acerca dos efeitos produzidos pelo MI. À primeira vista, essas duas alterações parecem estar vinculadas entre si, mas a conclusão de que não se trata de mera relação de coincidência ou simultaneidade depende de avaliações adicionais que sejam capazes de rejeitar hipóteses alternativas.

Na seção relativa à análise transversal, algumas hipóteses de explicação para referida prevalência foram descartadas. Em primeiro lugar, rejeitou-se a ideia de que a expressiva superioridade numérica de MIs relativos a direitos de servidores públicos seria derivada do elevado quantitativo desses sujeitos no Brasil. Afastou-se também a hipótese de que referida prevalência decorreria do suposto excesso de direitos assegurados a tais categorias pelo texto constitucional.

Outra hipótese que poderia ser suscitada e igualmente descartada diz respeito à maior facilidade de acesso à prestação jurisdicional pelos sujeitos de classes socioeconômicas privilegiadas, conjunto em que se enquadrariam os servidores públicos. De fato, embora se considere que os servidores auferem, em média, remunerações superiores às percebidas pelos trabalhadores do setor privado²⁹, essa hipótese não conseguiria explicar, por exemplo, a enorme diferença quantitativa entre os 5.650 MIs impetrados em favor de servidores e os 68 MIs impetrados em favor de empresários, grupo este que também é bastante numeroso e em relação ao qual não é razoável supor que seus integrantes estejam excluídos da justiça por serem desprovidos de recursos³⁰. Essa hipótese alternativa também se enfraquece diante da constatação de que, nos termos da jurisprudência do STF (MI 6657, julgado em 05/12/2016), o MI é espécie de ação gratuita, em que se dispensa, portanto, o pagamento de custas e despesas processuais.

Por outro lado, não há indícios de que a superioridade numérica de ações relativas a direitos de servidores públicos esteja relacionada a qualquer das demais variáveis concernentes ao perfil de impetração do MI, ressalvadas, é claro, as próprias variáveis utilizadas para isolar tal conjunto de processos, quais sejam, o tema versado nessas ações e os titulares do direito que se pretende viabilizar. De fato, com as mesmas propriedades que caracterizam a moda dos MIs impetrados perante o STF (ou seja, ações ajuizadas por pessoas físicas, tendo por objeto a ausência de lei formal para cuja edição se pleiteia a adoção de providências por parte de órgãos, autoridades ou entidades do Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo da União), há 4.757 processos sobre aposentadoria especial de servidores e outros 449 MIs sobre 131 temas diversos, nos quais se incluem assuntos relacionados a cada um dos grupos de impetrantes identificados sob a variável “e”. Isso significa que, embora sejam equivalentes quanto às variáveis “a”, “b”, “c” e “d”, apenas os MIs sobre aposentadoria especial dos servidores públicos sofreram a explosão de impetrações observada a partir de 2007, ao passo que os demais 131 temas mencionados permaneceram em quantitativo relativamente reduzido.

Em busca da identificação da variável que singulariza o grupo dos MIs sobre direitos de servidores públicos e que se relaciona à superioridade numérica desses processos em comparação com os demais MIs, voltamos, novamente, a

²⁹ SOUZA, Pedro H. G. F.; MEDEIROS, Marcelo. Diferencial salarial público-privado e desigualdade de renda *per capita* no Brasil. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 43, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612013000100001>. Acesso em: 12 out. 2017.

³⁰ BRASIL. *Portal do microempreendedor individual*. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei>>. Acesso em: 12 out. 2017.

atenção para os julgamentos proferidos pelo STF nas ações dessa espécie. A identificação do vínculo existente entre os julgados do STF e o enorme número de MIs favoráveis a servidores envolve a análise das seguintes questões adicionais: por que os MIs sobre aposentadoria especial somente são numerosos quanto aos servidores públicos, considerando-se que tal direito também é assegurado a categorias de trabalhadores privados, em relação aos quais somente foram impe-trados 12 MIs sobre esse tema? Por que os MIs sobre direitos de servidores pú-blicos estão concentrados, de forma tão significativa, no tema relativo à aposentadoria especial, sendo que outros direitos de servidores também foram suscitados e reconhecidos pelo STF em sede de MI?

Em exame aos julgados do STF, nota-se que referido tribunal proferiu deci-sões de procedência parcial ou total em MIs relacionados a oito temas diferentes, dos quais dois versavam sobre direitos transversais, um sobre direito de entidades do terceiro setor, um sobre direito de minorias, um sobre direito de trabalha-dores do setor privado, dois sobre direitos de servidores públicos e um sobre direi-to comum a servidores públicos e a trabalhadores do setor privado.

Titulares dos direitos	Temas julgados procedentes	
Direitos transversais	Limite às taxas de juros	■
	Número de deputados por Estado	■
Servidores públicos	Aposentadoria especial	■
	Greve	■
Servidores e trabalhadores	Reparação econômica aos anistiados	■
Trabalhadores do setor privado	Aviso prévio proporcional	■
Entidades corporativas e do terceiro setor	Imunidade tributária - entidades beneficentes de assistência social	■
Minorias	Benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência e ao idoso	■

Figura 15 – Distribuição das decisões de procedência por temas e titulares dos direitos

No que diz respeito aos temas ou direitos versados nos MIs julgados proce-dentes pelo STF, não há excessivo desequilíbrio quantitativo entre os grupos de titulares de direitos beneficiados por tais decisões. No entanto, os julgados de procedência favoráveis a tais grupos diferenciam-se em razão dos efeitos que produziram, distinção que se mostra crucial para responder às perguntas for-muladas anteriormente e, por conseguinte, ao problema da pesquisa.

De fato, dos oito temas sobre os quais há decisões de procedência em sede de MI, quatro referem-se a direitos que foram regulamentados antes da modifi-cação jurisprudencial ocorrida no ano de 2007 acerca dos efeitos produzidos pelo MI e um diz respeito à norma constitucional que foi revogada antes desse marco. Desse modo, todas as decisões de procedência existentes a respeito desses cinco temas foram proferidas pelo STF no período em que prevalecia, essencialmente, o entendimento fixado no julgamento da MI-QO 107, de acordo com o qual não

caberia ao Poder Judiciário exercer função de caráter positivo em sede de MI, de modo a suprir judicialmente a lacuna verificada.

Os cinco temas referidos são as seguintes: (i) fixação de limite à taxa de juros aplicada pelas instituições financeiras; (ii) definição do número de deputados federais por Estado-membro (ambos categorizados como direitos transversais); (iii) imunidade tributária assegurada às entidades beneficentes de assistência social (direito de entidade do terceiro setor); (iv) garantia de benefício mensal no valor de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção (direito de minorias); e (v) direito à reparação econômica assegurado pelo art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos anistiados (direito comum a servidores públicos e a trabalhadores do setor privado).

O STF também julgou procedentes, no todo ou em parte, os pedidos formulados em 37 MIs que versavam sobre o direito dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição. Dessas 37 decisões de procedência, cinco foram proferidas entre agosto de 1992 e março de 2007, sendo anteriores, portanto, ao julgamento do MI 721, de modo que se limitaram a declarar a mora do legislador federal e a determinar que o órgão omissor fosse comunicado para suprir a omissão verificada. Depois de março de 2007, o STF somente voltou a proferir decisões em MIs sobre esse tema em outubro de 2011, que corresponde justamente ao mês em que o direito ao aviso prévio foi regulamentado pela Lei n. 12.506, editada em 11/10/2011. Nota-se, portanto, que, depois da alteração dos efeitos do MI verificada a partir do julgamento do MI 721, o STF deixou de decidir as ações relativas ao direito de aviso prévio proporcional, tema em relação ao qual a Corte já havia reconhecido a omissão do legislador. As demais 32 decisões de procedência existentes sobre o assunto foram proferidas a partir de fevereiro de 2013, tendo o STF se limitado a estender a aplicação de parâmetros idênticos aos fixados pela Lei n. 12.506/2011 aos casos impetrados anteriormente e cujos julgamentos houvessem sido iniciados antes do advento da referida lei regulamentadora.

Assim, dos seis temas mencionados anteriormente, o único em relação ao qual foi prolatada decisão de procedência após o ano de 2007 corresponde ao direito dos trabalhadores ao aviso prévio proporcional. No entanto, mesmo quanto a esta temática, o STF não conferiu solução normativa à omissão do legislador federal, uma vez que, após a modificação jurisprudencial ocorrida em agosto de 2007, somente foram proferidas decisões de procedência sobre aviso prévio proporcional a partir de 2013, quando tal direito já havia sido regulamentado por lei. Essas decisões versaram, portanto, sobre tema a respeito do qual não mais havia omissão legislativa, razão pela qual não produziram parâmetros normativos a serem aplicados a matéria destituída de regulamentação legal; de

modo diverso, tais julgados se restringiram a determinar a incidência, a casos pretéritos, de diretrizes idênticas às fixadas pelo legislador, de modo a beneficiar tão somente os trabalhadores que já haviam impetrado MIs sobre o tema. Em razão dessa limitação, as decisões de procedência sobre o direito ao aviso prévio proporcional também não serviram de estímulo para a impetração de novos MIs pelos demais trabalhadores.

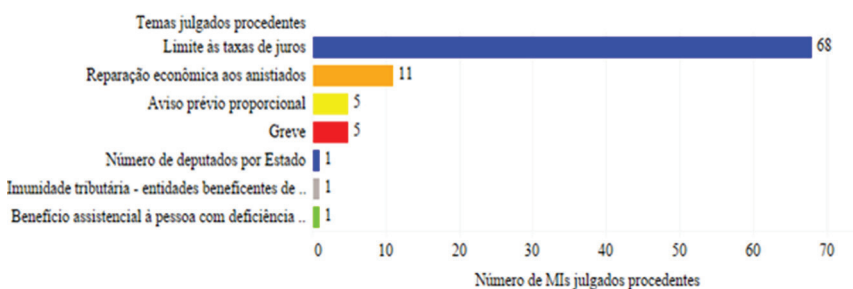


Figura 16 – Distribuição por temas das decisões de procedência anteriores a agosto de 2007

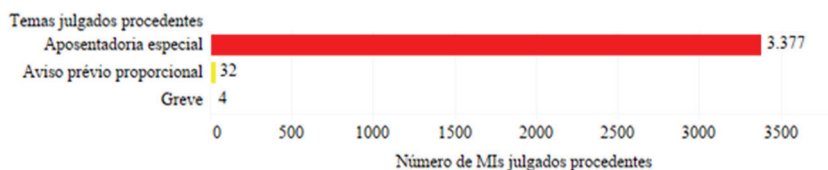


Figura 17 – Distribuição por temas das decisões de procedência proferidas a partir de agosto de 2007

Situação diversa se verifica em relação aos dois temas restantes, que se relacionam a direitos de servidores públicos. O primeiro deles corresponde ao direito de greve dos servidores, previsto no art. 37, VII, da Constituição. Quanto a este tema, há nove MIs julgados total ou parcialmente procedentes, sendo que, em três deles, as decisões ainda não haviam transitado em julgado à época em que foram levantados os dados da presente pesquisa. Os cinco primeiros julgamentos de procedência a respeito do assunto foram proferidos até o ano de 2002, tendo o STF se limitado, em tais decisões, a reconhecer a mora do Congresso Nacional e comunicar-lhe a decisão. As quatro decisões restantes foram proferidas nos MIs 670, 708 e 712, julgados em 25/10/2007, e no MI 3085, julgado em 16/05/2014.

Os acórdãos prolatados nos MIs 670, 708 e 712 reforçaram a alteração jurisprudencial observada no julgamento do MI 721. No julgamento daqueles

processos, prevaleceu o entendimento de que o STF deveria substituir a orientação fixada na MI-QO 107 pela possibilidade de exercer uma intervenção mais decisiva no âmbito do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, de modo a reconhecer uma função positiva ao juiz constitucional. Caberia, então, ao STF proferir decisões aditivas ou modificativas, o que, embora se caracterizasse como o exercício de uma atividade de caráter normativo, não se confundiria com o desempenho da função atribuída ao legislador, cuja vontade hipotética deveria ser observada. Em vista disso, a solução proposta para a omissão verificada não correspondeu à edição de uma normatização nova pelo STF, mas à adoção, em caráter provisório e com as adaptações necessárias para as greves praticadas no serviço público, de regras aplicáveis às greves realizadas no setor privado, constantes das Leis n. 7.701/88 e 7.783/89. Esse entendimento também foi adotado no julgamento do MI 3085, em que se acolheu parcialmente a pretensão das impetrantes para tornar viável o exercício do direito de greve por meio da aplicação da Lei n. 7.783/89.

Por fim, o último dos oito temas sobre os quais há decisões de procedência em sede de MI corresponde ao direito de aposentadoria especial assegurado aos servidores públicos, o qual constitui o objeto do acórdão prolatado no MI 721. Além desse julgado, o STF proferiu outras 3.377 decisões de procedência sobre o tema, todas posteriores ao julgamento do mencionado MI 721.

Nota-se, portanto, que os julgamentos prolatados pelo STF em sede de MI estimularam, de modo especial, o ajuizamento de ações pelos servidores públicos, em comparação com os demais grupos de titulares de direitos. De fato, embora o tribunal também tenha proferido decisões de procedência sobre direitos de entidades do terceiro setor, de trabalhadores do setor privado, de grupos minoritários e sobre direitos transversais, apenas os servidores públicos foram diretamente beneficiados pelo reconhecimento, a partir de 2007, da possibilidade de o STF exercer função positiva para fixar parâmetros normativos aplicáveis à matéria destituída de regulamentação legal. Os demais grupos de titulares de direitos somente obtiveram julgamentos de procedência no período que precede a modificação jurisprudencial mencionada, ressalvadas as decisões proferidas a partir de 2013 sobre aviso prévio proporcional, as quais, como visto, também não estimularam o ajuizamento de novas ações sobre o tema, a respeito do qual já não mais havia omissão legislativa apta a justificar a impetração de MI.

Em síntese, é a distinção quanto aos efeitos atribuídos pelo STF às suas decisões de procedência que explica a expressiva superioridade numérica de MIs sobre direitos de servidores públicos. De fato, o elevado quantitativo de MIs favoráveis a tais sujeitos está relacionado ao excessivo número de ações sobre o direito de aposentadoria especial previsto pelo art. 40, § 4º, da Constituição, o qual corresponde, justamente, a um dos dois temas relativos a servidores

públicos a respeito dos quais o STF ofereceu solução normativa para situação de ausência de lei regulamentadora. Isso ocorreu no julgamento do MI 721, realizado em 30/08/2007, data em que o número total de MIs impetrados exclusivamente sobre esse tema era de 37 ações. Após a publicação desse julgado, ocorrida em novembro de 2007, o quantitativo de MIs sobre aposentadoria especial de servidores sofreu imediata multiplicação: somente no ano de 2008, foram impetrados 121 MIs a respeito desse tema, número significativamente superior ao total de ações ajuizadas durante os mais de 18 anos que precederam o julgamento do MI 721; nos 5 anos que se seguiram, ou seja, de 2009 a 2013, a média anual de impetração de MIs sobre aposentadoria especial de servidores foi superior a 940 processos.

Verifica-se, destarte, que, até o ano de 2007, os MIs sobre aposentadoria especial de servidores públicos não se destacavam, de tal maneira, quanto ao número de impetrações. Esse tema sequer correspondia ao mais frequentemente suscitado em sede de MI durante o período que se estendeu da promulgação da Constituição ao julgamento do MI 721. Bastou, no entanto, a realização desse julgamento para que se observasse a explosão de impetrações de MIs especificamente relacionados ao tema, ainda que nenhuma outra das variáveis mensuradas na presente pesquisa houvesse sofrido modificação relevante em tal momento.

Semelhante ampliação drástica do quantitativo de MIs não se verificou em relação ao segundo tema mencionado, consistente no direito de greve de servidores públicos. Isso se deve ao fato de que as decisões proferidas nos MIs 670, 708 e 712 não limitaram sua eficácia aos sindicatos que os impetraram e respectivos substituídos, mas enunciaram determinação aplicável a todos os servidores públicos. Desse modo, a impetração de novos MIs sobre o tema revelou-se desnecessária.

Diante das informações expostas, constata-se que, ao lado do elevado quantitativo de ações, a característica que singulariza os MIs relacionados ao direito de aposentadoria especial de servidores públicos consiste nos efeitos atribuídos pelo STF às decisões de procedência proferidas sobre o tema. Esse direito é o único a respeito do qual o STF indicou parâmetros normativos para solucionar situação de omissão legislativa que ainda perdurava à época da prolação de seus julgados, sem, no entanto, conferir eficácia *erga omnes* a tais decisões, o que tornaria despicando o ajuizamento de novas ações, tal como se verificou em relação ao direito de greve dos servidores. A identificação dessa singularidade possibilita a obtenção de respostas às duas questões formuladas na presente seção: os MIs sobre aposentadoria especial de servidores públicos são especialmente numerosos em razão de ser esse o único tema em relação ao qual o STF proferiu decisões de procedência com os efeitos mencionados, o que não se verifica em relação ao

demais direitos de servidores que também foram objeto de decisões de procedência; por outro lado, a disparidade verificada entre os quantitativos de MIs sobre aposentadoria especial de servidores e sobre aposentadoria especial de trabalhadores do setor privado relaciona-se ao fato de que somente há decisões de procedência em relação aos primeiros.

Resta claro, portanto, que os estímulos produzidos pelos julgamentos do STF conduziram a atuação dos grupos de legitimados à impetração do MI. Seja por atribuir eficácia diferenciada às decisões favoráveis aos servidores, seja por não ter acolhido a quase totalidade dos pleitos veiculados pelos demais impetrantes após a modificação jurisprudencial ocorrida em 2007, o STF impulsionou o ajuizamento de numerosos MIs pelos servidores públicos e a concentração dessas ações em um único tema, consistente no direito de servidores à aposentadoria especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise estatística empreendida na presente pesquisa revela que, entre 05/10/1988 e 31/12/2015, foram impetrados 6.369 MIs perante o STF. Quanto às propriedades relacionadas ao ajuizamento dessas ações, as quais designamos, conjuntamente, de *perfil de ingresso*, observa-se que a moda dos MIs impetrados perante o STF corresponde às seguintes características: trata-se de ação ajuizada a partir do ano de 2007 por pessoa física que, na condição de servidor público, alega a ausência de lei necessária ao exercício do direito à aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, da Constituição e postula a adoção de providências por parte de órgãos ou autoridades ou entidades do Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo da União. Com todas as características mencionadas, há 4.733 MIs, que correspondem a cerca de 74% do total de ações examinadas.

Esses dados demonstram que os MIs impetrados perante o STF versam, majoritariamente, sobre temas relacionados a direitos de servidores e agentes públicos, os quais superam, em termos quantitativos, a soma de todos os MIs relativos a direitos de outros grupos de impetrantes. A prevalência de MIs sobre direitos de servidores e agentes públicos relaciona-se ao elevado número de ações que trata do direito à aposentadoria especial, uma vez que, apenas sobre esse tema, há 5.275 processos, os quais correspondem à taxa de 82,8% do total.

Em busca de identificar os fatores que causaram a excessiva frequência de MIs relacionada ao direito de servidores públicos à aposentadoria especial, efetuamos análise evolutiva acerca dos padrões de impetração verificados ao longo do período examinado. Nessa etapa do trabalho, identificamos a existência de três fases de impetração do MI nitidamente distinguíveis entre si, as quais se sucederam na seguinte ordem: Fase de Experimentação, marcada, especialmente, pela variedade dos temas submetidos ao exame do STF durante os anos de

1988 a 1991; Fase de Contenção, que se estende de 1992 a 2006 e se caracteriza pela drástica diminuição da média anual de impetrações de MIs, bem como pela redução relativa da diversidade de temas submetidos à apreciação do STF; e Fase de Concentração, correspondente aos anos de 2007 a 2015, em que se observa a explosão do número de impetrações de MIs e a concentração desse elevado quantitativo de ações no tema da aposentadoria especial dos servidores públicos, que somam 96,25% do total de 5.630 MIs impetrados nesse período final.

O elevado quantitativo de MIs sobre direitos de servidores e agentes públicos deriva, portanto, da súbita multiplicação de ações sobre aposentadoria especial ocorrida após o julgamento do MI 721, realizado em 30/08/2007, que modificou o entendimento jurisprudencial do STF para reforçar os efeitos produzidos pelo instituto em exame. Além de representar um ponto de inflexão na jurisprudência do STF a respeito dos efeitos do MI, essa decisão se destaca por versar justamente sobre o direito de aposentadoria especial assegurado a servidores públicos, o que indicia a existência de vinculação entre tal julgado e a prevalência de MIs sobre o tema.

Esse indício é reforçado pelas informações obtidas a partir da análise das decisões de procedência proferidas em sede de MI. Na etapa do trabalho destinada a examiná-las, observamos que o STF proferiu decisões de procedência em MIs relacionados a oito temas diferentes, dos quais dois correspondem a direitos de servidores públicos e os seis restantes consistem em direitos de outros grupos de impetrantes. Assim, não há, nesse aspecto, desequilíbrio quantitativo relevante entre os grupos de titulares de direitos. Por outro lado, apenas os servidores públicos foram diretamente beneficiados pelo reconhecimento, a partir de 2007, da possibilidade de o STF exercer função positiva para fixar parâmetros normativos aplicáveis à matéria destituída de regulamentação legal, o que ocorreu exclusivamente em relação aos direitos de greve e de aposentadoria especial de servidores públicos.

Em outros termos, a superação do entendimento jurisprudencial firmado no julgamento da MI-QO 107, o qual era apontado pela doutrina como responsável por tornar referido instrumento inútil ou imprestável, beneficiou, de modo praticamente exclusivo, os servidores públicos titulares dos direitos de greve e de aposentadoria especial. Isso serviu de estímulo para o ajuizamento de novos MIs por tal grupo de sujeitos, de modo a causar a referida explosão de impetrações sobre aposentadoria especial, o que não se verificou quanto ao direito de greve em razão de o STF ter conferido eficácia *erga omnes* às suas decisões sobre este tema, tornando despicando o ajuizamento de novas ações sobre o assunto.

A característica que singulariza os MIs sobre aposentadoria especial de servidores públicos corresponde, portanto, aos efeitos conferidos pelo STF às decisões de procedência proferidas sobre o tema. Trata-se, como visto, do único direito a respeito do qual o STF indicou parâmetros normativos para solucionar

situação de omissão legislativa que ainda perdurava à época da prolação de seus julgados, sem, no entanto, conferir eficácia *erga omnes* a tais decisões.

Nesses termos, a análise estatística realizada confirma, em parte, a hipótese formulada na seção introdutória deste artigo. Diversamente do que cogitamos inicialmente, não há diferença excessiva entre os servidores públicos e os demais grupos de impetrantes quanto ao número de direitos ou temas versados nas decisões de procedência proferidas pelo STF em sede de MI. Por outro lado, a prevalência de MIs impetrados sobre direitos de servidores públicos foi efetivamente provocada pelo fato de que o ativismo judicial em sede de MI se restringiu à garantia dos interesses desse grupo de sujeitos, que foram praticamente os únicos favorecidos por decisões de procedência com efeitos reforçados em decorrência da alteração jurisprudencial verificada no ano de 2007.

Ao promover referida modificação no julgamento do MI 721, que versava exatamente sobre o direito de servidores à aposentadoria especial, o STF fixou um precedente que estimulou a impetração de novos MIs sobre esse tema específico, mas que não teve efeito relevante sobre outros atores e temáticas. Embora a alteração provocada nos efeitos do MI tenha sido apresentada como uma viragem jurisprudencial favorável à generalidade dos grupos de impetrantes dessa espécie de ação, o entendimento inaugurado no ano de 2007 somente foi aplicado, desde então, de maneira pontual e restrita, não tendo funcionado, na prática, como fator de intensificação da utilização do MI por titulares de direitos que não se caracterizam como servidores públicos.

Esse é um achado que contribui para temperar certas análises que apontam o STF como um tribunal caracterizado por seu ativismo. A mudança jurisprudencial operada pelo MI 721 foi recebida como um signo de ativismo e saudada por quem duvidava da possibilidade de que o mandado de injunção pudesse ser um instrumento processual com impacto relevante, devido aos efeitos que lhe foram atribuídos pelo STF durante as fases anteriores. Inobstante, a alteração jurisprudencial teve impacto muito restrito, o que sugere se tratar de um ativismo judicial bastante seletivo, que beneficia uma classe particular de atores, mas que não gerou uma garantia mais ampla dos direitos dos cidadãos. De fato, uma das questões a serem avaliadas em novos trabalhos é que talvez a mudança operada tenha tido reflexos contrários ao interesse comum, tendo em vista que houve decisões favoráveis a direitos transversais quando as consequências das decisões eram menos drásticas, e uma das explicações para a concentração decisória posterior é a de que, nos temas mais espinhosos, a necessidade de regular as questões de forma direta (em vez de apenas identificar a mora legislativa) pode conduzir a uma retração nas decisões de procedência, que podem ficar limitadas à garantia de interesses que têm sido capazes de mobilizar de modo especial a atuação da Corte, entre os quais se destaca a defesa dos direitos de servidores públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jacqueline Querino et al. O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direitos individuais e coletivos. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 134-171, jan./jul. 2012.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O mandado de segurança, o mandado de injunção e a efetivação dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, n. 199, p. 227-235, jul./set. 2013.

BARBOZA, Maria Cristina. *A omissão no centro das atenções: o mandado de injunção como um instrumento de garantia de direitos fundamentais e de solução de omissões legislativas*. 2014. 192f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 240, p. 1-42, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Portal do microempreendedor individual*. Disponível em: <<http://www.portal-doempreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei>>. Acesso em: 12 out. 2017.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. *SSRN*, 2014. 84 p. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 12 out. 2017.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini et al (Coord.). São Paulo: Direito GV, 2013.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I relatório supremo em números: o múltiplo supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. 71 p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FALCÃO, Joaquim et al. *II relatório supremo em números: o supremo e a federação entre 2010 e 2012*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. 28p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11544>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III relatório supremo em números: o supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. 151p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *A quem interessa o controle concentrado da omissão inconstitucional: exame crítico acerca dos resultados produzidos pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. 2015. 206f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. O mandado de injunção na assembleia nacional constituinte de 1987-1988. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 818-870, mar./abr. 2016.

GALLO, Luiz Carlos; FACHIN, Zulmar. O mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 343-352, jan./jun. 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim; MARTINS, Michelle Fernanda. A eficácia do mandado de injunção: doutrina e perspectivas jurisprudenciais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 97-122, nov./dez. 2011.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. 2015. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PASCHOAL, Gustavo Henrique; BARBOZA, Marco Aurélio Gomes. Da inefetividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em mandado de injunção. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 275-302, jul./dez. 2011.

PEREIRA, David da Silva. Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de injunção (1988-2010). 2013. 244f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

QUINTAS, Fábio Lima. A efetividade do mandado de injunção: retrospecto e perspectivas. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 82-102, mar./abr. 2008.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos poderes. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 29-42, abr./jun. 2015.

RAMOS, Luciane de Oliveira. *O controle de constitucionalidade por omissão no supremo tribunal federal: análise dos casos de omissão legislativa nos vinte e um anos da Constituição*. 2010. 135f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. Mandado de injunção: origem e perspectivas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 191, p. 27-38, jul./set. 2011.

SABRA, Paula Rodrigues. *Mandado de injunção: a relação entre os poderes Judiciário e Legislativo*. 2008. 75f. Monografia apresentada como requisito para conclusão de ano letivo, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografias_ver.php?idConteudo=127>. Acesso em: 12 out. 2017.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, María del Pilar Baptista. *Metodologia de pesquisa*. Tradução Daisy Vaz de Moraes. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SOUZA, Pedro H. G. F.; MEDEIROS, Marcelo. Diferencial salarial público-privado e desigualdade de renda *per capita* no Brasil. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 43, n. 1, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612013000100001>. Acesso em: 12 out. 2017.

STF atribui ao TFR julgar injunção. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 out. 1988. O País, p. 3. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119046/11_19%20out88%20-%200008.pdf?sequence=3>. Acesso em: 12 out. 2017.

Data de recebimento: 12/10/2017

Data de aprovação: 08/05/2018

ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA: NOTAS COMPARATIVAS ENTRE A FRANÇA E O BRASIL

LEGAL AID: COMPARATIVE NOTES BETWEEN FRANCE AND BRAZIL

*Marcia Carla Pereira Ribeiro**

*José Alberto Oliveira de Paula Machado***

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo realizar um breve estudo de direito comparado sobre a dimensão do acesso à justiça na perspectiva do serviço público de assistência jurídica gratuita na França e no Brasil. Baseia-se em estudos doutrinários comparativos para examinar as diferenças e similitudes dos sistemas de prestação desse serviço público e seus impactos no acesso à justiça. Utilizou-se do método dedutivo e comparado, com fulcro em pesquisa bibliográfica, incluindo pesquisas doutrinárias, bem como análise das legislações nacional e estrangeira. Concluiu-se que ambos os modelos possuem pontos positivos e negativos, porém, para a realidade brasileira, a opção política pela Defensoria Pública melhor atende os objetivos e as potencialidades do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Direitos humanos; Assistência jurídica gratuita; Direito comparado; Direito francês.

ABSTRACT

The purpose of this article is to conduct a brief comparative law study on the extent of access to justice from the point of view of the legal aid service in France and Brazil. It is based on comparative doctrinal studies to examine the differences and similarities of legal aid systems and their impact on access to justice. The deductive and comparative method was

* Mestre e Doutora pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora associada da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR e da PUC-PR. Artigo realizado no âmbito do Projeto aprovado na Chamada Pública n. 24/2012: Programa Universal/Pesquisa Básica e Aplicada da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná. E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br.

** Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado Interinstitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Defensor Público do Estado de Rondônia. E-mail: zezaoopm@gmail.com.

used with a focus on bibliographic research, including doctrinal research as well as analysis of national and foreign legislation. It was concluded that both models have positive and negative points, but for the Brazilian reality, the political option for the salaried staff model better meets the objectives and the potential of access to justice.

Keywords: Access to justice; Human rights; Legal aid; Comparative law; French law.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, importa apresentar as razões, ainda que breves, da proposta do presente trabalho de comparar modelos de serviço público de assistência jurídica gratuita na França e no Brasil. E para tanto o direito comparado é um imprescindível método de comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes, notadamente quando partimos da análise da ordem que originou uma nova relação entre Estado e o serviço público.

Mas mais do que isso, a doutrina francesa denominada Escola do Serviço Público surtiu uma grande influência nas concepções de serviço público pátrio, mormente com o advento da Constituição de 1988, que realizou escolhas públicas daqueles serviços essenciais que deveriam ser prestados diretamente pelo Estado.

Portanto, o presente artigo pretende enfocar no acesso à justiça como valor do Estado Democrático de Direito e a importância de um modelo eficiente de serviço público de assistência jurídica. Entretanto, o estudo cinge-se à análise comparativa de sistemáticas diversas de acesso à justiça à população economicamente vulnerável, traçando aquela que seria a melhor opção estatal para o desafio de observância dos direitos humanos e como política de desenvolvimento.

Primeiro, traçaram-se linhas gerais sobre a importância do acesso à justiça para o desenvolvimento e a história do conceito de serviço público, em sua concepção normativa e sociológica, com seus reflexos jurídicos.

No segundo momento, realizaram-se as comparações entre os modelos adotados pelos países sobreditos. Observou-se que na França, país pioneiro na construção do conceito de serviço público, predomina o modelo chamado *judicare*, ou seja, o modelo em que os advogados trabalham como assalariados, recebendo uma ajuda financeira pelo Estado caso a caso, porém com certas especificidades. Isso porque, na sistemática francesa de assistência jurídica aos carentes, entende-se que a classe dos advogados tem o dever solidário de dividir com o poder público o ônus financeiro, não sendo, portanto, remunerados integralmente pela prestação desse serviço. Os causídicos recebem uma contribuição estatal parcial como contrapartida.

Por seu turno, o Brasil adotou integralmente o modelo *salaried staff*, o qual cabe à instituição pública Defensoria Pública, com autonomia administrativa, funcional e financeira, a atribuição no território nacional de cumprir o mandamento constitucional de assistência jurídica aos necessitados.

Diante desse contexto, observamos que ambos os sistemas seguem contextos históricos, econômicos, sociais e culturais diversos, o que permitiu que cada país adotasse concepções diferentes quanto a importância do direito ao acesso à justiça e sobre qual sistemática adotar para garantir assistência jurídica gratuita.

O presente ensaio adota o método dedutivo de abordagem, com fulcro em pesquisa bibliográfica, incluindo pesquisas doutrinárias, artigos jurídicos, bem como análise das legislações nacional e estrangeira, procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre os modelos aqui confrontados. Quanto ao procedimento, utiliza os métodos histórico, comparativo e sociológico, fazendo uso da interpretação sistemática.

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E COMO DESENVOLVIMENTO

A história do acesso à justiça na modernidade se confunde com a evolução do Estado, que já foi detido na mão de uma única pessoa, no Estado absoluto, e que passou por um processo de reconhecimento de direitos individuais e coletivos até a consagração dos valores democráticos, especialmente de cidadania¹.

Isso porque o acesso à justiça é condição fundamental para o exercício da cidadania. Como expressão de todo e qualquer Estado Democrático, o direito ao acesso à justiça é o reconhecimento da dignidade humana do indivíduo, na medida em que é o pressuposto basilar para a tutela de todos os demais direitos.

Hannah Arendt aclara que o “direito fundamental de cada indivíduo, antes de qualquer dos direitos enumerados em declarações, é o direito a ter direitos, isto é, o direito de pertencer a uma comunidade disposta e capaz de garantir-lhe qualquer direito”².

Produto do movimento histórico dessa luta pela cidadania, o acesso à justiça tornou-se um direito humano fundamental, reconhecido em diversos tratados internacionais.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 prevê no art. 18º:

¹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

² ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332.

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente³.

Igualmente prescreve o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de dezembro do mesmo ano:

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei⁴.

Esse compromisso dos Estados com o respeito aos direitos fundamentais foi ratificado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, com dispositivo consolidando esse compromisso assumido pelos Estados:

Art. 2º. 3. Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a: a. Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais; b. Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado, estatua sobre os direitos da pessoa que forma o recurso, e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional⁵.

Esses compromissos atestam a ação das sociedades contemporâneas na tentativa de assegurar a relação existente entre justiça, cidadania e desenvolvimento, promovendo a liberdade e a igualdade perante a lei e na lei, já que toda e qualquer pessoa passaria a ter acesso aos Tribunais na busca de seus direitos.

O desenvolvimento toma como referência o conceito substancial de liberdade, da obra de Amartya Sen. Verifica-se que o acesso à justiça é um instrumento para a promoção da capacidade geral dos indivíduos e a criação de novas oportunidades individuais e coletivas. E é nessa perspectiva das capacidades,

³ DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DOS HOMENS. 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁴ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS HOMENS. ONU. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

capability approach, e não de critérios meramente econômicos que se arquiteta a correlação entre acesso à justiça e desenvolvimento.

Com efeito, desenvolvimento significa expansão de capacitações, entendida a capacidade como a liberdade substantiva dos indivíduos de fazer escolhas conscientes de estilos de vida⁶. E o acesso à justiça parece ser o meio mais hábil para essa transformação social, já que é um instrumento à disposição do cidadão para sua emancipação, exercitando sua própria liberdade na formação do seu estilo de vida pelos direitos, tanto na esfera privada quanto na esfera pública.

Deste modo, não bastaria a mera formalização de um direito em um ordenamento, seria necessário garantir também os meios de assegurá-lo. Um sistema jurídico igualitário que pretenda garantir e não apenas formalizar os direitos de todos.

A iniciativa tem papel de destaque na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na década de 1970, denominada *Acesso à Justiça*, adotada como marco doutrinário para a discussão da efetividade desse direito a reclamar direitos⁷. Assentam os autores que não basta simplesmente franquear o ingresso do indivíduo nas edificações que sediam a Jurisdição, mas sim conceder-lhe a consciência de seus direitos, mediante completa orientação jurídica que lhe possibilite até mesmo decidir entre utilizar ou não os instrumentos processuais que a legislação coloca à sua disposição. É a busca por tornar o sistema jurisdicional acessível à população, sobretudo de baixa renda, propiciando a resolução de seus litígios sob os auspícios do Estado e buscando resultados⁸.

O despertar para a efetividade desse acesso à justiça e a busca por solução de seus problemas práticos fizeram surgir três enfoques.

No primeiro momento, denominado por Cappelletti e Garth “primeira onda do acesso à justiça”⁹, fez-se necessário lutar pela assistência judiciária gratuita. Tal proposição se fundamenta no custo envolvido para a proposição de uma ação judicial (taxas, honorários de perícia, pagamento de advogado), o que representa uma barreira aos necessitados na procura de efetivação de seus direitos, quer por ausência de condições iniciais de arcar com essa demanda, quer pela eventual desproporcionalidade entre o benefício auferido e as custas demandadas.

⁶ O benefício da assistência jurídica é, em última análise, ampliar a capacidade do indivíduo para construir seu próprio bem-estar. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 86.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 9.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. p. 10.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. p. 12.

A “segunda onda de acesso à justiça”¹⁰, identificada por Cappelletti e Garth, foi a da proteção dos interesses metaindividuais, pela tutela dos direitos coletivos e difusos. Nessa linha, procurou-se adotar instrumentos de defesa do meio-ambiente, dos consumidores, do patrimônio cultural, histórico e artístico, moralidade administrativa, entre outros.

Por fim, “a terceira onda de acesso à justiça”¹¹ foi denominada pelos autores como um novo enfoque de acesso à justiça, cuja atenção está centrada no “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹².

O escopo do artigo é investigar como o Brasil e a França enveredaram na solução da “primeira onda” e de que forma essas soluções refletem nas demais “ondas”.

O marco histórico do ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque da preocupação com a assistência judiciária gratuita, foi a edição da Lei n. 1.060/50, que assegura isenção das despesas processuais ao necessitado, assim entendido como todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família¹³.

Contudo, a previsão de isenção de custas não resolveria efetivamente o problema do acesso à justiça ou da primeira onda. Far-se-ia necessária também a estruturação de um serviço em que profissionais habilitados patrocinassem de forma gratuita as causas àquelas pessoas que não poderiam pagar. A dúvida seria se esse serviço social seria público, prestado diretamente pelo Estado, ou privado, com alguma espécie de contrapartida pública.

A Constituição de 1988, marco da redemocratização do país, alçou esse serviço como público e como direito fundamental, previsto no art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A França optou por outro arranjo para assegurar esse direito, como veremos adiante.

De qualquer forma, para entender a complexidade dessas opções políticas, imprescindível se faz reportar a origem da ideia de serviço público, que é dada pela doutrina francesa em sua concepção sociológica e normativa.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. p. 18.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. p. 22.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. p. 25.

¹³ A assistência judiciária é conferida mediante simples afirmação de que a parte não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, conforme disposição do art. 4º da referida lei, com redação dada pela Lei n. 7.510/86.

SERVIÇO PÚBLICO: ORIGEM E CRISE

A observação da evolução da economia de mercado nos aprovisiona uma justa medida da necessidade do Estado em intervir na economia, ora com características preponderantes de agente econômico, ora apenas como agente regulador, ora como garantidor de direitos fundamentais.

É nesses diferentes arranjos que o Estado construiu o regramento do serviço público no qual sua ideia está estritamente ligada à qualidade de vida na sociedade, bem como está atrelada à conquista de direitos. E com a finalidade de delinear uma noção do que são os serviços públicos e estudar o tratamento legislativo conferido em espécie a determinadas modalidades, cumpre analisar o desenvolvimento comparado deste conceito tanto em sua concepção quanto em sua execução.

Posto isso, é de extrema importância entender o nascimento dos serviços públicos, principalmente em sua origem, na França, onde seu conceito se vincula diretamente ao desenvolvimento do Estado e onde se pode, outrossim, encontrar elementos que fundaram nossa visão atual a respeito do tema, apesar da advertência da autora Dinorá Grotti quanto a fluidez e variação dessa temática em função das determinações históricas e econômicas de cada nação:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na própria Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em dado tempo histórico¹⁴.

O precursor modelo francês de serviços públicos foi igualmente produto da somatória de fatores econômicos, políticos e da revolução industrial. O desenvolvimento do conceito acompanhou todas as transformações sofridas pelo Estado na passagem do modelo liberal ao Estado de bem-estar social, notadamente caracterizado, conforme ensina Mônica Spezia Justen, em três etapas: “a) justificação da existência do próprio Estado, b) fundamento do direito administrativo e c) identificação de um povo e seus anseios sociais”¹⁵.

Apesar do consenso que o serviço público teve origem jurídica na França, no início do século XIX e final do século XX, isso não significa que preteritamente não houvesse a noção de serviço público. Antes de haver um conceito propriamente dito, nota-se que o Estado já prestava atividades idênticas ao

¹⁴ GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

¹⁵ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 19.

serviço público, porém elas não eram conceitualmente classificadas como serviço público, mas tinham função pública e inclusive exigiam até formas de seleção de agentes para compor os quadros da Administração Pública. Observe interessante excerto a respeito:

Na Antiguidade utilizou-se o sorteio para o preenchimento de cargos políticos, acolhido como um processo de inspiração divina. [...] Já na Idade Média, ocorreu a compra e venda de cargos públicos de natureza administrativa, quando o Estado, na qualidade de “dono” dos cargos públicos, vendia-os àqueles interessados em ser seus empregados. Também na Idade Média foi utilizada a sucessão hereditária como forma de ingresso no serviço público. [...]. Ainda nessa fase, foi utilizado o arrendamento como forma de ingresso no serviço público, com efeito, cargos públicos eram concedidos aos particulares mediante contraprestação pecuniária. Fala-se ainda da nomeação na qual a autoridade governamental discricionariamente escolhia alguém para ocupar cargo público¹⁶.

Entretanto, um dos pioneiros da noção dogmática de serviço público foi o ilustre autor francês Léon Duguit, atento a questão da legitimação do Estado em sua crescente intervenção em setores antes reservados à atividade privada¹⁷.

Isso porque a substituição do velho regime francês pelo Estado Republicano paulatinamente criou uma nova relação entre os cidadãos e a Administração Pública, em que o Estado passou a se apresentar de fato, menos sob a forma de manifestações de autoridade (*puissance public*) do que como um prestador de serviços (*service public*), cujo objetivo é satisfazer o melhor possível às necessidades do público.

Nesse cenário, erige a noção de serviço público como fundamento da limitação do Estado em favor da coletividade e não como exercício de soberania. Em outras palavras, para o autor francês, bandeirante da Escola do Serviço Público, o Estado se legitima não pela sua origem de poderio, mas pela sua função ligada e exercida de conformidade com o direito social, fundamentado no fato da solidariedade que une os membros da sociedade.

Deste modo, “o raciocínio de DUGUIT resultou na concepção de que o Estado é, de fato, titular de uma determinada parcela de poderes dentro de uma sociedade organizada, e deve ter maiores responsabilidades na realização da solidariedade social”¹⁸.

¹⁶ TOURINHO, Rita. *Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34.

¹⁷ GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. p. 119.

¹⁸ CARRAZÊDO, Mayara Meneguello Cizilio. *Serviço público: da noção à francesa aos rumos atuais no direito brasileiro e no direito europeu*. UniBrasil, 2009. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/mayara-meneguello-cizilio-carrazedo.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

Disso decorre a ideia de que o papel de prestador de serviço público deve ser atribuído ao Estado, haja vista a necessidade intrínseca de cumprimento das obrigações sociais que se impõe.

Dessume-se que Duguit historiou a passagem no direito administrativo, da *puissance public* para o *service public*. Ou seja, com o desaparecimento do sistema absolutista, a noção de serviço público substituiu a de soberania. E esse é um dos registros do robustecimento do Estado Social perante o Estado Liberal.

E quanto ao conceito de serviço público, Marçal Justen Filho aponta três grandes critérios como herança da doutrina francesa: “1) o critério orgânico, que distingue a atividade pela presença do ente público; 2) o critério material, de ser a prestação destinada ao povo, de interesse coletivo; e 3) o critério formal, ligado à submissão ao regime jurídico de direito público”¹⁹.

Há ainda grandes divergências na doutrina brasileira a respeito da conveniência da aplicação de um dos critérios e sobre qual deles seria o correto, ou se mais adequada seria a utilização de vários critérios.

Marçal, a despeito de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, salienta que, para se ter um conceito de serviço público, é necessária a presença dos três aspectos distintos, quais sejam o ângulo material ou objetivo, o subjetivo e, por fim, o formal, e conceitua:

O serviço público é a atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas determinadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público²¹.

Sem olvidar do amplo debate doutrinário na temática, não se pode desconsiderar a larga influência francesa na consagração de modelos normativos de serviço público, visto que toda e qualquer reflexão conceitual baseia-se nos mesmos critérios empregados pelos doutrinadores franceses. Mas a abordagem hodierna do tema torna-se diferente, principalmente para adaptar ao novo contexto em que o Estado não apenas é detentor do poder, mas também se comporta como um importante e estratégico agente econômico.

Da consagração da doutrina francesa que avigorou o Estado Social iniciou também o processo de derrocada desse modelo de serviço público predominantemente estatal:

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 481.

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello encampa o critério formal como decisivo para a conceituação de serviço público.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 566.

A partir da década de 1920 o Estado começa a se imiscuir em áreas tradicionalmente afetas ao setor econômico/industrial, executando-as diretamente, sendo admitido regime de Direito Privado na prestação de serviços, assim como passando a haver a forte participação do setor privado tendo o Estado como gestor/regulamentador. Todo este quadro levou a se afirmar a “crise da noção do serviço público”²².

Apesar de a prestação dos serviços passar a ser vista como direito próprio da cidadania, a crescente demanda e exigência por serviços públicos e o grande número de atividades assumidas pelo Estado Social mostraram-se excessivamente onerosos para a máquina pública, ao ponto de torná-la ineficiente para a prestação de alguns serviços.

Com efeito, a crise do modelo do Estado Providência refletiu-se na instauração de uma série de reformas, e uma nova dinâmica se sucedeu. O Estado passou a abdicar da função de prestador direto dos serviços públicos para assumir a função de regulador de tais atividades. Todavia, não o fez com o abandono do interesse público; assumiu, concomitantemente, a responsabilidade de garantia dessas prestações pela delegação e fomento da atividade privada. Tem-se, assim, a construção ocidental do Estado Gerencial e Regulador como reação ao agigantamento do burocrático Estado Social.

Dessa premissa, tem-se por necessário o aprofundamento do debate jurídico acerca dos sistemas de assistência jurídica prestada em nosso país, à luz do princípio constitucional da eficiência do serviço público, introduzido pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

À primeira vista, os sistemas de advocacia dativa, iniciativa privada, têm enquadramento no modelo gerencial, voltados ao paradigma da eficiência, enquanto os modelos de serviço público predominantemente estatal podem ser classificados dentro do sistema burocrático (weberiano), baseados em dominação burocrática, nivelamento, plutocratização, formalismo e impessoalidade²³.

E essa dinâmica exerceu grande influência, embora de forma diferente, não apenas no desenho estatal francês, como também na confecção da nossa Lei Maior em 1988, na qual o Constituinte teve que realizar opções políticas de conceituação de serviço público, de constitucionalização (ou não) e de estratégia de partilhamento de serviços públicos entre as três ordens federativas: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

²² ROSSETI, Disney. Finalidade do serviço público por Léon Duguit. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.396, 18 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22834>>. Acesso em: 22 maio 2017.

²³ COGOY, Daniel Mourgues. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 5, p. 140-164, out. 2012. Disponível em: <<http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/70/70>>. Acesso em: 29 maio 2017.

O fato inarredável e comum entre o Brasil e a França é que a Administração Pública é voltada à satisfação das necessidades coletivas. Contudo, mais do que nunca, a legitimação do Estado depende da eficiência em que se organizam serviços essenciais à população em condições ótimas para todos os usuários.

SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA: MODELOS

O tema do presente artigo é o serviço público, porém delimitado ao serviço de assistência jurídica gratuita aos necessitados, como instrumento de destacada importância para que se possa alcançar a efetiva igualdade no acesso à justiça.

No que concerne à problemática da chamada “primeira onda”, imperioso é destacar que esse serviço de acesso à justiça não se confunde apenas com acessibilidade formal ao Poder Judiciário, mas, constituindo direito de grande relevância que obriga o ente governamental a adotar medidas concretas que tornem efetiva a conscientização e, por conseguinte, a concretização dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Com mais argúcia esclarece o autor Cichocki Neto:

A expressão “acesso à justiça” engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, passa por aquela que enforca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos²⁴.

O Poder Judiciário é apenas um dos meios que possibilita o reconhecimento e a efetivação de direitos. O verdadeiro objetivo está na acessibilidade judicial e extrajudicial a uma ordem jurídica justa, alcançável a todos, notadamente aos mais necessitados, auxiliando, assim, no propósito de estabelecimento de uma igualdade formal e material para toda a população.

E essa acessibilidade para os menos afortunados somente é possível por intermédio da criação de uma estrutura de assistência jurídica. Diferentes modelos têm sido adotados para esse desiderato, conforme assinala Cleber Francisco Alves que há:

1) os sistemas que funcionam com advogados autônomos, os quais atuam sem receber contraprestação pecuniária dos cofres públicos, a título *pro bono*, em regime assistencial-caritativo; 2) os sistemas que funcionam com advogados assalariados, que trabalham normalmente em regime de dedicação exclusiva, cuja remuneração provém direta

²⁴ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 46.

ou indiretamente dos cofres públicos, também denominado de *Salaried Staff Model*; 3) os sistemas que funcionam com advogados autônomos, que atuam como profissionais liberais e que são remunerados na base do caso-acaso pelos cofres públicos, também denominado de *Judicare*; e 4) os sistemas mistos ou híbridos que adotam diversas modalidades de combinações possíveis entre os modelos básicos acima mencionados²⁵.

Cada um desses modelos de assistência jurídica a população de baixa renda possui seus pontos positivos e negativos, conforme uma análise de abrangência, de economia, organicidade e de efetiva transformação social.

O primeiro modelo possui como entraves a quantidade de demanda existente para uma pequena parcela de voluntários e a dificuldade de fazer arranjos sistematizados e planejados para melhor garantir o acesso à ordem jurídica justa para a população carente. É um modelo para situações pontuais que precisa ainda contar com a disponibilidade de altruísmo alheio, sendo, portanto, inviável para repensar o acesso à justiça como um projeto de transformação social e direito de emancipação²⁶.

O segundo modelo, *salaried staff*, tem como ponto positivo a possibilidade de fazer do acesso à justiça uma política pública sistematizada e abrangente de conscientização de direitos e de emancipação do cidadão de baixa renda. Logo, sua estrutura permite alcançar mais resultados para uma efetiva transformação social do indivíduo e da coletividade. Possui a desvantagem de ser mais um custo para o *welfare state*. E, ainda, pode haver uma incongruência entre o fato de o órgão instituído para esse desiderato ser financiado pelo governo ao mesmo tempo em que combate várias das políticas estatais.

Assim também manifestam Cappelletti e Garth:

As vantagens dessa sistemática (o *staff model*) sobre o *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classes das pessoas pobres. Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres. Advogados particulares, encarregados apenas de atender a indivíduos, geralmente não são capazes de assegurar essas vantagens. Em suma [...] esse modelo: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reinvin-

²⁵ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 67.

²⁶ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 91.

dicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe²⁷.

A ideia do terceiro modelo, chamado de “sistema *judicare*”, é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. Porém, esse modelo se volta para a defesa eminentemente individual do assistido, desconsiderando a importância do enfoque nos direitos coletivos. Além disso, não há a preocupação com a formação de uma consciência dos direitos cabíveis às pessoas. As pessoas que, em regra, mais possuem seus direitos violados passam a ser também as mais prejudicadas por sequer saberem identificá-los.

Boaventura de Souza Santos faz o seguinte contraponto sobre o sistema *judicare*:

Este sistema limita-se a tentar vencer os obstáculos econômicos ao acesso à justiça, mas não os obstáculos sociais e culturais. Nada faz no domínio da educação jurídica dos cidadãos, da conscientização sobre os novos direitos sociais dos trabalhadores, consumidores, inquilinos, jovens, mulheres, etc. Por último, concebendo a assistência judiciária como um serviço prestado a cidadãos de menos recursos individualmente considerados, este sistema excluiu, à partida, a concepção dos problemas desses cidadãos enquanto problemas colectivos das classes sociais subordinadas²⁸.

O quarto modelo parte da proposta de estabelecer um vínculo entre os três primeiros modelos, em uma tentativa de integrar iniciativas de assistência jurídica da iniciativa pública e privada de forma a conciliar seus pontos positivos e arrefecer suas respectivas externalidades.

Após essa exposição, passa-se ao estudo de direito comparado sobre as estruturas de assistência jurídica gratuita na França, que adota o modelo *judicare*, e do Brasil que optou pelo modelo *salaried staff*.

Como pontuado alhures, cada um desses modelos parte de paradigmas diversos. O modelo *salaried staff* advém do Estado Social, que parte do conceito do Estado como agente da promoção social e organizador da economia. O modelo *judicare* parte da promessa da eficiência da iniciativa privada²⁹ como reação a “crise”³⁰ do Estado Social.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. p. 40.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 171.

²⁹ Implica que o Estado delegue a particulares o exercício de funções públicas, mantendo para si, porém, a atividade de regulação e fiscalização da prestação delas.

³⁰ Destaca-se a crise fiscal pelo agigantamento do Estado, a crise do modo estatizante de intervenção estatal na economia e a crise do modelo burocrático de gestão pública, marcado pelos altos custos e baixa qualidade dos serviços públicos.

Assistência Jurídica gratuita francesa: dever de solidariedade

Sob efeito do ideário de igualdade da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, a França aprovou em 22 de janeiro de 1851 o primeiro “Código de Assistência Judiciária” da história³¹, que de vanguarda manifestava na exposição de motivos a inquietação com o acesso à justiça para a população sem renda:

A igualdade dos cidadãos perante a lei, tão justamente proclamada por todas as constituições e declarações, é, infelizmente, apenas uma palavra vazia de sentido do ponto de vista do homem que esteja sem condição de preencher os requisitos necessários para invocar o amparo das leis e dirigir-se regularmente a seus órgãos. Dizer a alguém: “Você não poderá apresentar sua demanda (causa), mesmo sendo ela justa”; ou dizer-lhe: “Você não poderá apresentá-la a menos que desembolse uma certa quantia em dinheiro, que você não possui”; é, na realidade, a mesma coisa; não há diferenças que do ponto de vista da teoria, do ponto de vista da prática não há nenhuma diferença³².

Mais uma vez, não se pode deixar de reconhecer o pioneirismo da França no que diz respeito à construção do conceito moderno de assistência e representação gratuita dos pobres em juízo, com a superação do modelo de mera caridade, de feição ético-moral, passando a assumir natureza jurídica.

A França, no auge da chamada “era das codificações”, de fato, inovou quando estabeleceu no “Code de l’Assistance Judiciaire” de 1851 a imposição à classe dos advogados do ônus jurídico – e não mais apenas ético-moral – de promover a defesa em juízo das pessoas que não tivessem recursos para pagar as despesas correspondentes à prestação do serviço. Mas sobredita assistência era concebida como um dever humanitário em prol dos considerados indigentes, sem qualquer contrapartida financeira do Estado.

O código de 1851 estabelecia três requisitos a serem preenchidos para fruição do benefício da assistência judiciária gratuita:

a) a prova da condição de “indigente” (o que inicialmente era uma ideia vaga, aberta, que, posteriormente, em 1901, veio a ser definida como sendo a situação em que os recursos financeiros eram insuficientes para fazer valer seus direitos na Justiça); b) a justificação de que a causa a ser proposta apresentava argumentos sérios e legítimos (tal como já comentado no parágrafo acima); c) a prova da nacionalidade francesa (embo-

³¹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 164.

³² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 165.

ra com o passar do tempo essa prerrogativa tenha sido estendida a estrangeiros provenientes de países que concedessem tratamento recíproco aos franceses em matéria de assistência judiciária)³³.

O ponto positivo é que o sistema era estruturado de modo a assegurar um vínculo pessoal de confiança próprio ao que se estabelece na contratação de um advogado particular, por se tratar da adoção do modelo *judicare*³⁴.

A crítica a esse modelo francês dimana do fato que o estafante ônus dessa assistência não era suportado de maneira equânime pela grande maioria dos advogados, recaía especificamente sobre os chamados *stagiaires*, jovens advogados iniciantes na profissão, nos primeiros anos de seu exercício na advocacia, que, por sinal, além de inexperientes, “teriam de trabalhar a título gratuito num momento em que ainda não dispunham de rendimentos suficientes nem para arcar com as despesas do exercício da profissão e nem sequer para sua própria subsistência”³⁵.

Foram mais de cem anos de vigência desse “Code de l’Assistance Judiciaire”, até sua obliteração, em 1972, pela nova legislação que reformou completamente a estrutura do sistema de acesso à justiça na França, a começar com a nova terminologia para designá-lo. Em vez de “Assistance Judiciaire”, a nova lei criou um novo instituto: a “Aide Judiciaire”³⁶.

A “Aide judiciaire” apresentava seis princípios fundamentais, em contraste com o sistema anterior:

a) estabelecia critérios mais objetivos para a outorga do benefício, fixando-se inclusive um teto fixo de rendimentos para aferição da situação econômica dos requerentes, além de outros critérios como situação patrimonial da família; b) instituía a possibilidade de concessão do benefício em caráter parcial, contemplando uma parcela da população que – teoricamente – poderia arcar apenas com uma fração das despesas com honorários de advogado; c) estabelecia uma “indenização” a ser paga pelo poder público em favor dos profissionais jurídicos que

³³ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 182.

³⁴ O sistema *judicare* é bastante comum, sendo adotado em diversos países europeus, tais como França, Inglaterra, Holanda e Áustria. COGOY, Daniel Mourgues. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 5, p. 140-164, out. 2012. Disponível em: <<http://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/70/70>>. Acesso em: 29 maio 2017.

³⁵ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 173.

³⁶ Daí *aide*, ou seja, *ajuda* em lugar de *assistance*, que corresponde à ideia de fraternidade consagrada no pensamento revolucionário de 1789. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 179.

prestassem serviços aos assistidos, como contrapartida pelo fato de que com o aumento do número de beneficiários, isso acarretaria aumento do trabalho exigido dos advogados a título de assistência judiciária e também a provável diminuição do possível universo de clientes que buscariam os serviços particulares desses profissionais o que, fatalmente, implicaria em diminuição de receitas; d) repartia, mediante o pagamento de tal indenização, o peso do financiamento do benefício (que antes recaía apenas sobre os advogados) com toda a coletividade; e) mantinha a existência dos órgãos encarregados de deliberar sobre a concessão dos benefícios, alterando apenas sua denominação para *bureaux d'aide judiciaire* e modificando sua composição para estabelecer paridade entre os representantes das profissões jurídicas e do Estado, já que este passaria a contribuir financeiramente com o sistema; e, finalmente, f) simplificava os procedimentos de instrução dos pedidos de benefício³⁷.

Grandes avanços foram alcançados. A rede dos beneficiários da assistência judiciária foi ampliada em comparação com o regime anterior. Abarcou-se parcela que não era considerada indigente, mas que também não tinha condição de arcar com os custos, alcançando também os estrangeiros residentes na França e as pessoas jurídicas em estado de necessidade, desde que sem fins lucrativos.

Mas a grande novidade foi o estabelecimento de uma indenização³⁸ – mas não remuneração – a ser compensada pelo poder público em favor dos profissionais jurídicos como contrapartida a energia intelectual do advogado e gastos do serviço prestado. Em outras palavras, o serviço era indenizado apenas em parte pelo Estado, já que se partia do pressuposto que o advogado também tinha o dever de solidariedade para com os necessitados.

Entretanto, o mote que evidencia que lei de 1972 não podia mesmo ser considerada propriamente uma lei de caudilho ao acesso à justiça foi o fato de que o texto não apreendia sequer a assistência judiciária prestada nos processos criminais. Na área penal, mantinha-se o modelo de “advogados dativos”, nomeados de ofício pelos juízes, sem direito a qualquer contraprestação pecuniária pelos serviços prestados na representação e defesa judicial dos réus considerados necessitados³⁹.

³⁷ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 180.

³⁸ Seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, seja no âmbito da Organização das Nações Unidas, com a aprovação pela Assembleia Geral, em 16 de dezembro de 1966, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não se permitia mais que o Estado se omitisse na efetivação de muitos desses direitos, sob o argumento de insuficiência de recursos orçamentários, notadamente o direito de acesso igualitário à Justiça.

³⁹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 201.

Em 1991, atendendo notadamente as queixas dos advogados pelas distorções verificadas no critério insuficiente de compensação financeira pelos serviços prestados, mas também os reclamos de novas demandas, uma nova reforma foi implementada, o que conduziu o soçobramento do modelo “Aide Judiciaire” de 1972 e a implementação de um novo paradigma chamado “Aide Juridique”.

O novo conceito de assistência jurídica em detrimento da assistência judiciária surgiria para abranger duas vertentes distintas do acesso à justiça: a tradicional assistência judiciária ou jurisdicional, isto é, acesso formal ao Judiciário, e a nova vertente: assistência extrajudicial, consistente no acesso material dos direitos.

Essa vertente é produto da multiplicação das oportunidades de conflitos com o processo crescente de “juridicização” das relações sociais, aliada à erosão dos modos tradicionais de resolução, que tornou ainda mais necessária a criação de novas alternativas de solução e prevenção de conflitos na pós-modernidade. O art. 53 da vindoura Lei da Assistência Jurídica francesa discrimina esse novo intento da denominada assistência extrajudicial:

- 1) A informação geral das pessoas sobre seus direitos e obrigações, assim como sua orientação em relação aos órgãos encarregados de pôr em prática seus direitos; 2) A ajuda na efetivação de toda providência, em vista do exercício de um direito ou da execução de uma obrigação de natureza jurídica e a assistência durante os procedimentos não judiciais; 3) A consulta em matéria jurídica; 4) A assistência à redação e à conclusão dos atos jurídicos⁴⁰.

Digno de nota é que, com a alteração legislativa, o benefício da assistência jurisdicional passou a aplicar em quaisquer procedimentos contenciosos civis, administrativos, penais e disciplinares para exercício do direito de ação ou de defesa, em todas as jurisdições.

Não obstante a efetiva ampliação do acesso à justiça com a reforma, subsistia ainda a grande celeuma sobre o gravame financeiro de essa prestação de serviço não ser estritamente da responsabilidade do Estado. Nos idos de 2000, na Place Vendôme, onde fica a sede do Ministério da Justiça, os advogados anunciaram greve geral pela insatisfação com a contínua exploração por dividir o ônus com o Poder Público, a quem competiria remunerar de modo justo o trabalho de interesse social prestado pelos profissionais do direito, sem qualquer desconto ou abatimento por argumentos de solidariedade⁴¹.

⁴⁰ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 253.

⁴¹ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 165.

Ainda hoje permanece o impasse em definir um consenso entre a disponibilidade e prioridade orçamentária com os justos valores de remuneração aos advogados e a crescente demanda. Cleber Francisco, no seu trabalho de campo na França, extrai a seguinte conclusão do desempenho do modelo francês de assistência jurídica gratuita:

a ausência de um corpo específico de profissionais exclusivamente dedicados à assistência jurídica dificulta um efetivo controle da qualidade dos serviços prestados, não apenas no enfoque do alcance dos interesses individuais de cada cliente, mas de execução de uma política de conjunto de acesso ao direito e à Justiça; por se tratar de um modelo típico no formato do chamado *judicare*, fatalmente está sujeito às deficiências que têm sido apontadas, quase que em uníssono, pelos estudiosos do tema⁴².

Assistência jurídica gratuita no Brasil: Defensoria Pública

A Constituição Federal de 1988 encampa a necessidade de o Estado se incumbir de prestar assistência jurídica (judicial e extrajudicial) aos que comprovarem insuficiência de recursos⁴³, elencando-a como direito fundamental⁴⁴ e criando a Defensoria Pública, *salaried staff model*, como instituição essencial, com fundamento radicado no art. 3º da Constituição Federal de 1988, o qual assinala como objetivo fundamental da República erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais A Defensoria Pública é definida no art. 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A decisão do Constituinte foi institucionalizar um órgão estatal funcionalmente especializado nesse mister de assistência jurídica integral, organizado em carreira por ingresso mediante concurso público, revestido de autonomia e

⁴² ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. p. 195.

⁴³ Mesmo entre as Defensorias Públicas Estaduais e Federal não há uma uniformidade na conceituação de “necessitados”, ora assim sendo definidos os que se enquadram nos critérios de isenção de imposto de renda, ora os que recebem até dois ou três salários mínimos nacionais.

⁴⁴ Art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988.

prerrogativas, cujo membro é denominado Defensor Público e que não integra a Ordem dos Advogados do Brasil:

Só o Defensor Público tem diante de si, como carma funcional, o desempenho diuturno do nobilitante apostolado público de defender os direitos dos debilitados e marginalizados numa sociedade que, longe de haver abolido o privilégio da fortuna, concentra a riqueza e dissemina as angústias e horrores da miséria⁴⁵.

Observe que, com a recente Emenda Constitucional n. 80, de 2014, a Defensoria Pública alçou um novo perfil constitucional, o qual projetou a instituição para um patamar normativo inédito, trazendo, além da já citada obrigação do Poder Público de universalizar o acesso à Justiça, as seguintes inovações: 1) garantir a existência de defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos; 2) inserção da Defensoria Pública em seção exclusiva no rol das funções essenciais à Justiça, separada, agora, da advocacia; 3) tornou-se instituição permanente; 4) explicitação ampla do conceito e da missão da Defensoria Pública; 5) inclusão dos princípios institucionais da Defensoria Pública no texto constitucional; e 6) aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário, no que couber, à Defensoria Pública, principalmente a iniciativa de lei.

As regras gerais para a organização das Defensorias Públicas foram estabelecidas pela Lei Complementar n. 80, de 1994, que também criou a Defensoria Pública da União e estabeleceu a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional como princípios institucionais.

A carreira de Defensor Público é estruturada em entrâncias e jurisdições e é composta pelos cargos de provimento efetivo, munidos, na classe inicial, por concurso público de provas e títulos, tal qual como ocorre nos concursos da magistratura, conforme se depreende do art. 134, § 4º, da Constituição Federal. Compete a esses profissionais, por imposição legal, igual tratamento empregado aos Magistrados, membros do Ministério Público e aos advogados, inexistindo entre estes qualquer relação de hierarquia ou subordinação.

Autonomia e abrangência da Defensoria Pública no Brasil

O texto original da Constituição Federal de 1988 resguardou autonomia somente ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, restando as Defensorias subordinadas às estruturas executivas do Estado. Porém, essa estruturação

⁴⁵ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. A Constituição e a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 6, 1992, p. 16-17.

limitava o investimento necessário ao desenvolvimento e ao aprimoramento dos serviços prestados pela Defensoria Pública, tanto que até 2003 poucos eram os Estados Federados que haviam instituído esse serviço.

As Emendas Constitucionais n. 45/2004 e n. 74/2013 determinaram a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias em relação às Defensorias Públicas Estaduais e a Defensoria Pública da União, respectivamente.

Esse novo desenho institucional inaugurou um novo panorama em que assegurou a Defensoria Pública sua capacidade institucional de autogestão, estando apenas vinculada ao cumprimento da Constituição e das leis, mas desobrigada a cumprir ordens ou recomendações de outros órgãos ou Poderes, conforme tem balizado o Supremo Tribunal Federal:

É inconstitucional toda norma que, impondo a Defensoria Pública estadual, para prestação de serviço jurídico integral e gratuito aos necessitados, a obrigatoriedade de assinatura de convênio exclusivo com a OAB, ou com qualquer outra entidade, viola, por conseguinte, a autonomia funcional, administrativa e financeira daquele órgão público⁴⁶.

Extrai-se que a autonomia administrativa, funcional e financeira configura instrumento válido e fundamental para a consecução do projeto constitucional, ou melhor, para a garantia da liberdade de atuação dos defensores públicos, impedindo a relativização da proteção dos direitos dos assistidos por evitar ingerências e interesses governamentais externos. Para tanto, um conjunto de prerrogativas⁴⁷, garantias⁴⁸ e proibições⁴⁹ é conferido aos defensores públicos para êxito nesse mister.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.163. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29-2-2012, P, *DJE* de 1º-3-2013.

⁴⁷ À guisa de exemplo, a prerrogativa da contagem em dobro de todos os prazos tem por objetivo propiciar uma isonomia substancial, material e real entre as partes envolvidas na lide, tratando, assim, os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que essa desigualdade se apresenta. No tocante à prerrogativa de intimação pessoal, até mesmo em processos administrativos observamos que esta deriva da necessidade do defensor público de melhor exercer sua missão constitucional em favor do assistido vulnerável. Quanto à prerrogativa da desnecessidade de mandato, esta decorre do fato de que a natureza jurídica da representação do assistido em juízo emana de lei e investidura no cargo.

⁴⁸ O art. 134 da Constituição Federal aponta que ao defensor público é assegurada a garantia da inamovibilidade, e a Lei Complementar n. 80/94, por seu turno, em seus arts. 34, 43 e 127, adiciona as garantias da independência funcional no desempenho de suas atribuições, da irredutibilidade de seus vencimentos e da estabilidade.

⁴⁹ O art. 134, § 1º, da Constituição Federal veda qualquer exercício de advocacia, exigindo dedicação exclusiva para com sua missão constitucional de orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Essa opção constitucional pode ser descrita da seguinte forma:

Constata-se que a Constituição Federal, ao organizar os Poderes Estatais, não se limitou às descentralizações tradicionais decorrentes da tripartição dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo instituído um quarto complexo orgânico que, embora não possa ser definido como um quarto Poder, recebeu a seu cargo o exercício de uma quarta função política, ao lado da função legislativa, da executiva e da jurisdicional: a função de provedoria de justiça⁵⁰.

Deve-se notar que o modelo brasileiro não impede a prestação de assistência voluntária *pro bono*, por razões de humanidade. O que resta impedida é a utilização de verbas públicas para o custeio de outro sistema, contrariando o preceito constitucional que atribuiu a um órgão específico, a Defensoria Pública, essa função.

A Emenda Constitucional n. 80, de 2014, acrescentou a previsão no art. 98 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais⁵¹, devendo a lotação seguir as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do acesso à justiça não é apenas uma garantia constitucional, é uma prerrogativa associada aos Direitos Humanos, dotada de grande importância quando se considera o desafio de transformação das estruturas sociais e políticas construídas na modernidade.

A locução “acesso à justiça” tem uma difícil definição em razão da ampla abrangência de seu significado, pois compreende todos os meios a que se destina um fim, a saber: a reivindicação dos direitos dos cidadãos, orientação jurídica,

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n. 7, p. 22.

⁵¹ O próprio Conselho Nacional de Justiça, por meio de projetos que envolvem a chamada “advocacia voluntária”, vem buscando suprir as deficiências de atendimento da Defensoria Pública. Em relação a esse cumprimento, o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça, indica: “com exceção de unidades federativas como o Rio de Janeiro (com 100% de atendimento) e o Acre (com 95% de atendimento), as unidades federativas brasileiras ainda precisam avançar sistematicamente em seus esforços de atendimento completo à EC n. 80/2014. Casos como o de São Paulo (apenas 3% de unidades jurisdicionais atendidas), da Bahia (3%), Rio Grande do Norte (3%) e do Paraná (4%) são sensíveis”. BRASIL. Ministério da Justiça. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília. 2015. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>> Acesso em: 18 maio 2017.

educação de direitos e a solução dos litígios dos indivíduos, por meio de um sistema que deve proporcionar não só o acesso a todos aos resultados e soluções justas, mas também a ampliação das capacitações e oportunidades para os cidadãos.

Um dos desafios do acesso à justiça pode ser resumido na denominada “primeira onda”, expressão cunhada por Mauro Cappelletti e Briant Garth para fazer referência à necessidade de criação de estruturas de assistência jurídica para a população desfavorecida, sob pena de violação ao princípio da igualdade e do direito ao desenvolvimento.

E mais do que a distinção terminológica, o imperioso é que a assistência jurídica se torne efetiva e desempenhe a nobre função de humanizar o acesso à ordem jurídica, deixando o diminuto papel de mera assistência judiciária. Não se trata, aqui, da garantia meramente formal do direito de ação, mas sim, do acesso efetivo e pleno à ordem jurídica justa, da possibilidade de o ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é instrumento de exercício e acréscimo da liberdade substantiva.

Dessa forma, necessário se fez perquirir, de fato, qual modelo para prestação de assistência jurídica tende a obedecer a critérios mínimos de eficiência e qualidade para a tutela do objetivo constitucional de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

As principais vantagens do sistema *judicare* adotado pela França seriam o baixo custo para os cofres públicos, além da capilaridade, haja vista ser possível, desta maneira, garantir acesso ao Judiciário inclusive em pequenas localidades, já que não há comarca onde não existam advogados, principalmente no Brasil.

Entretanto, tem-se que, em seu desfavor, a restrição desse modelo à tutela individual de direitos. Desta forma, não são levadas ao Judiciário as demandas de defesa de interesses difusos e coletivos comuns aos necessitados e que estão intimamente interligadas a ideia de eficiência e amplitude ao acesso à justiça.

Ademais, a prestação do serviço, nestes sistemas, não ocorre de forma orgânica e sistemática, omitindo-se a importante tarefa especializada de serem trabalhadas questões referentes à prevenção à violação de direitos, conciliação, educação e orientação jurídica.

Acresce-se que, na França, especificamente, o sistema de assistência jurídica gratuita é alvo de inúmeros protestos de insatisfação por parte dos advogados em relação a baixa contrapartida do Estado no pagamento dos serviços jurídicos. Fato esse importante para avaliar a verdadeira efetividade do sistema

judicare. Se mal estruturados e mal remunerados os infantes *stagiaires*, como aguardar bons resultados e ações estratégicas para a solução das “ondas” do acesso à justiça?

Em linhas gerais, o modelo brasileiro, ainda que deficitário e sujeito a críticas, favorece mais a implementação de uma política mais diretiva às causas sociais dos conflitos e aquelas à margem de qualquer acesso ao conhecimento do direito.

A princípio, as Defensorias Públicas no Brasil foram concebidas de acordo com o modelo burocrático, formalista, impessoal, de tutela de direitos massificada. Mas também foi uma opção estratégica do Constituinte para priorizar os reclamos de igualdade em um país de alta desigualdade social.

Sem se descurar dos efeitos negativos do modelo burocrático, não se pode desprezar a complexidade de interações construtivas pela ampliação das capacitações em razão dos efeitos de um sistema de acesso à justiça, embora custoso, mas que abrange os três enfoques de Cappelletti.

Pode-se concluir que o modelo francês, conquanto barato, apenas representa uma satisfação do Estado em coordenar um serviço em que se absorve apenas a problemática da “primeira onda”. De outra banda, o modelo dispendioso brasileiro é a manifestação constitucional pelo imperativo de um modelo que ampare a população carente com um instrumental com todas as potencialidades para o exercício dos direitos e da liberdade.

Não sobejam dúvidas que a ideia de assistência jurídica há de ser compreendida em sentido mais amplo que a mero acesso ao juízo, naquilo que Cappelletti denominou “segunda e terceira onda do acesso à justiça”, na qual, para além da tutela de direitos meramente individuais, há que se buscar a tutela de direitos difusos e coletivos, bem como a efetividade da prestação jurisdicional, entendida como arcabouço para prevenção de conflitos. E é na realização desses outros enfoques que parece estar o segredo da liberdade e do desenvolvimento.

A suspeita que permanece é até que ponto as Defensorias Públicas têm coordenado com eficiência seus membros para a consecução desse amplo propósito do projeto constitucional. O que é incontendível é que o regramento brasileiro é mais alvissareiro para a nossa complexa realidade social.

REFERÊNCIAS

AIDEF. *Diagnóstico de la Defensoría Pública en América*. 2012. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Diagnostico-DP.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. Ministério da Justiça. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília. 2015. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2/4/2007, DJ de 11/5/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.163. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 29/2/2012, DJE de 1/3/2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARRAZÊDO, Mayara Meneguello Cizilio. *Serviço público: da noção à francesa aos rumos atuais no direito brasileiro e no direito europeu*. UniBrasil, 2009. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/mayarameneguellociziliocarrazedo.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2001.

COGOY, Daniel Mourgues. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 5, p. 140-164, out. 2012. Disponível em: <<http://revistadapu.dpu.def.br/index.php/dpu/article/view/70/70>>. Acesso em: 29 maio 2017.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DOS HOMENS. 1948. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS HOMENS. ONU. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, ano VI, n. 7, 1995.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ROSSETI, Disney. Finalidade do serviço público por Léon Duguit. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3.396, 18 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22834>>. Acesso em: 22 maio 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. A Constituição e a Defensoria Pública. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano V, n. 6, 1992.

TOURINHO, Rita. *Concurso público no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Data de recebimento: 19/06/2017

Data de aprovação: 05/01/2018

**CONFLITO APARENTE DE NORMAS
CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO
DA SEGURANÇA JURÍDICA:
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
PRECEDENTES NO CPC 2015**

**APARENT CONFLICT OF CONSTITUTIONAL RULES
AND STRENGTHENING LEGAL SECURITY:
THE INSTITUTIONALIZATION
OF PRECEDENTS IN CPC 2015**

*Danilo Henrique Nunes**
*Lucas de Souza Lehfeld***

RESUMO

O artigo examinou o sistema obrigatório de precedentes contextualizado no novo Código de Processo Civil à luz dos princípios constitucionais. Questionou se o sistema de precedentes está em consonância com a promessa código, qual seja promover o processo civil constitucionalizado. Utilizou o método da pesquisa bibliográfica, nas áreas dedutiva e indutiva. A primeira por meio do estudo do Direito Processual Civil sob a ótica do Direito Constitucional. A pesquisa partiu da legislação, alcançando conceitos doutrinários sobre o tema. A segunda perfazendo o estudo da realidade, no tocante ao respeito dos precedentes no país. Verificou que os princípios constitucionais não serão suprimidos em razão da observância dos precedentes, pois coexistirão em prol da efetiva segurança jurídica da atividade jurisdicional e da isonomia, alcançando um

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – SP (Unaerp) como bolsista CAPES/MEC. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos – SP e em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – SP. Professor universitário. Advogado. E-mail: dhnunes@hotmail.com.

** Professor-Doutor Orientador do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – SP (Unaerp). Professor universitário. Advogado. E-mail: lehfeldrp@gmail.com.

processo justo e com resultados satisfatórios. Logo, não há conflito de normas, mas interpretação conjunta dos princípios constitucionais e do sistema de precedentes para efetivar o direito.

Palavras-chave: Precedente judicial; Conflito de normas; Processo civil constitucionalizado.

ABSTRACT

The article examined the mandatory precedent system in the new Civil Procedure Code, in the light of constitutional principles. He questioned whether the system of precedents is in line with the code promise, which is to promote the constitutional civil process. He used the method of bibliographic research, in the deductive and inductive areas. The first is through the study of Civil Procedural Law from the point of view of Constitutional Law. The research started from the legislation, reaching doctrinal concepts on the subject. The second is the study of reality, regarding respect for precedents in the country. He verified that the constitutional principles will not be suppressed because of the observance of precedents, since they will coexist in favor of the effective juridical security of the jurisdictional activity and the isonomy, reaching a fair process and with satisfactory results. Therefore, there is no conflict of norms, but a joint interpretation of constitutional principles and the system of precedents to effect law.

Keywords: Judicial precedent; Conflict of norms; Constitutional civil process.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a promoção e a garantia da segurança jurídica nascem da aplicação da Lei. A Lei, como fonte primária, consiste no instrumento apto a solucionar controvérsias levadas aos Tribunais, ou seja, o direito é positivado e concede ao juiz a função de intérprete e aplicador da lei. O princípio da legalidade está contextualizado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal e consolida tal previsão, esculpindo entrelinhas o sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, o *civil law*, protegendo o indivíduo e norteando a atividade jurisdicional.

No sistema *civil law*, o direito é aplicado de forma objetiva e se caracteriza como mecanismo de cumprimento da segurança jurídica, prevalecendo a vontade do Estado como órgão soberano, e a atividade jurisdicional como instrumento de aplicação da lei. O *common law* fundamenta-se no direito costumeiro, utilizando-se da jurisprudência para pacificar os conflitantes. Se no *civil law* busca-se segurança jurídica, no *common law* busca-se a harmonização e reconciliação das partes, pouco importando qual foi o meio adotado para alcançar o resultado, se a lei ou o precedente. Isso significa dizer que o *common law* não ignora a aplicação da lei, mas prestigia a harmonização das partes e solução do conflito.

Na sistemática de *common law* a decisão judicial se presta a uma dúplice função: decide o caso concreto (*res judicata*) e estabelece-se como precedente a ser observado no futuro. Desta forma, pode-se afirmar que essas decisões judiciais têm a mesma força das leis e não são meros mecanismos de interpretação. Para Charles D. Cole, a decisão da Corte que constitui precedente efetivamente é lei, pois determina o que significa a Constituição dentro da esfera de competência que cabe à Corte, seja ela estadual ou federal¹.

A escola *common law* se baseia, primordialmente, nos costumes. Amparada pela teoria do *stare decisis*, este sistema adota, sobretudo, a particularidade de cada caso para que seja proferida uma decisão, pacificando os envolvidos. Essa teoria busca, obrigatoriamente, manter o que for decidido. Diferente da *civil law*, que prescinde da aplicação do precedente, mas o utiliza como auxiliar na interpretação da lei.

Oportuno esclarecer uma possível confusão entre os institutos precedentes, *common law* e *civil law*. Para correta interpretação, não se deve relacionar força normativa dos precedentes intrinsecamente a países de *common law*. Erroneamente, há quem diga que o Brasil está se transformando em um país de *common law*. Interpretar nesse sentido é desprezar uma tradição cultural do Brasil, bem como dos países de *common law*. Não é possível transformar uma tradição. No mesmo sentido, é ilógico interpretar como sinônimos respeito aos precedentes e sistema *common law*, ou seja, não se deve conceber o *common law* apenas num sistema de respeito aos precedentes e vice-versa. Logo, é plenamente possível falar em *common law* sem sistema obrigatório de precedentes e *civil law* com sistema obrigatório de precedentes².

É um erro pensar que o sistema brasileiro é incompatível com os precedentes, até porque o sistema normativo de precedentes já existe no Brasil, inobstante faltasse normatização do sistema. Ou seja, desde o século XIX há o respeito às orientações do Supremo Tribunal Federal. Além disso, decretos foram criados, súmulas editadas e mudanças legislativas ocorreram, reforçando o sistema dos precedentes.

No Brasil, portanto, existe uma tradição de normas que impõe o respeito aos precedentes, mesmo que ainda não existisse previsão legal de um sistema que determinasse tal conduta. Ao longo dos anos, os precedentes ganharam corpo

¹ KOOPMANS, Thomas. *Stare decisis in European Law*. Leiden University Repository. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/22742/T_Koopmans-Stare_decisis_in_European_law.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2018.

² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 535-536.

no Código de Processo Civil de 1973, com a aprovação dos arts. 285-A, 481, parágrafo único, 557, 475, § 3º, e 581, § 1º. O novo Código de Processo Civil, por sua vez, passa a prever, acertadamente, os precedentes judiciais com observância obrigatória, à luz da Constituição Federal.

Assim, relevante e indispensável o estudo acerca deste sistema que inova o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-o evoluir de forma considerável, especialmente para fazer cumprir a promessa do novo CPC, que é promover um processo constitucionalizado, próximo ao direito material, de modo a garantir a segurança jurídica.

OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conceitos fundamentais

Ratio decidendi e obiter dictum

Em termos gerais, a decisão consiste em fundamentação e dispositivo. Na fundamentação é demonstrada a existência de uma norma jurídica geral do caso concreto, de onde decorre a norma individualizada. No dispositivo, é fixada a norma jurídica do caso concreto de forma individualizada, regulando o caso em apreciação. É sobre a norma individualizada que recai a coisa julgada, estabilizando a decisão, resolvendo a lide.

A norma jurídica geral serve para inúmeras situações, ou seja, destina-se a casos hipotéticos construídos a partir de um caso, fundamentando sua solução e servindo de modelo para a solução de casos futuros semelhantes. Assim, nasce o precedente judicial. Ele nada mais é do que a conjuntura do problema originário (o caso) da norma jurídica geral construída para resolvê-lo e da argumentação jurídica desenvolvida para a solução. Por isso, a decisão judicial passa a ser vista a partir de uma dupla perspectiva, como solução de um caso e como um precedente.

O dispositivo da decisão apresenta a solução do caso, e a fundamentação apresenta o precedente. Inobstante a presença dos três elementos (caso, argumentação jurídica e norma jurídica), o precedente tem como núcleo a norma jurídica geral construída. Essa norma do precedente é a *ratio decidendi*, que consiste no fundamento normativo da decisão, ou seja, o dispositivo decorre da *ratio decidendi*, porque ela é a norma geral que se encontra na fundamentação do julgado, da qual decorre a norma individualizada encontrada no dispositivo. Além disso, ela é universalizável, porque tem aptidão para ser aplicada em outros casos. A melhor tradução do termo *ratio decidendi* é “razão de decidir”.

[...] *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos, a opção hermenêutica ou a tese jurídica que sustentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido

formulada daquela maneira. Segundo, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral, que construída por um órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, pode servir como diretriz no julgamento de demandas semelhantes³.

A razão de decidir construída a partir da solução de um caso quando aplicada de forma reiterada em outros casos forma a jurisprudência, que, por sua vez, é a reiterada aplicação de um precedente. No Brasil, tanto o precedente quanto a jurisprudência produzem efeitos jurídicos, desmistificando a ideia de que apenas a jurisprudência tem força normativa obrigatória. A súmula é um enunciado, ou seja, é o texto da *ratio decidendi*, aplicada reiteradamente nos Tribunais.

O precedente interpreta a Lei construindo a *ratio decidendi*, que, aplicada reiteradamente, transforma-se em jurisprudência, podendo se transformar em enunciado de súmula, que é o texto de uma norma criada a partir de um caso. Logo, partindo desse raciocínio, a norma só pode ser interpretada à luz do caso originário. Até porque a redação da súmula deve respeitar as circunstâncias fáticas dos precedentes que a motivaram. A *ratio decidendi* pode ser de conteúdo processual ou material, podendo existir em duplicidade.

Entretanto, nem tudo que está na fundamentação é *ratio decidendi*. Ao conjunto de manifestações laterais e pessoais que não serve como fundamento se dá o nome de *obiter dictum*, que consiste nos argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na motivação da decisão, por isso, não podem ser precedentes. Não fazer parte da razão de decidir de um caso não impede de estar presente em outro. O *obiter dictum* não é inútil, podendo indicar um comportamento futuro do respectivo Tribunal, pois ele revela:

a) juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; b) impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; c) opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão⁴.

Se não é razão da decisão, o voto vencido nada mais é do que o *obiter dictum*, que está na fundamentação da decisão, não sendo determinante, e sim lateral, acessório.

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 427-428.

⁴ JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do precedente judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Distinguishing e overruling

A aplicação do precedente prescinde da comparação entre o caso concreto e a razão de decidir, e o julgador deve apreciar se o caso paradigma se assemelha com aquele que será julgado. Essa comparação recebe o nome de *distinguishing*, pois se destina a individualizar o direito, distinguindo-o.

Apesar de ser obrigatório, o precedente não terá lugar em qualquer hipótese, isso porque a obrigatoriedade está em seu enfrentamento e não em sua aplicação. Haverá fatos que não guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica, bem como fatos que guardam semelhança, mas a peculiaridade de cada caso individualizado os tornará substancialmente diferentes⁵.

A motivação é a principal característica do *distinguishing*, consoante o art. 93, IX, da Constituição Federal, devendo ser observadas a Lei, os conceitos, as súmulas e as emendas, somadas aos elementos fáticos e jurídicos.

Por sua vez, *overruling* consiste no confronto do caso com a razão de decidir do paradigma, revogando-o ou superando-o à luz das mudanças dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou de erro que pode gerar instabilidade. Isso significa dizer que, embora o caso paradigma se aplique ao caso sob julgamento, por fatores diversos não há conveniência na sua aplicação, ou seja, não é mais conveniente preservar o precedente. Uma vez revogado, o precedente recebe nova posição jurídica a ser construída pelo órgão legitimado⁶.

Overruling ocorre “quando há uma superação total do precedente, o que pode acontecer tranquilamente, sendo esta a diferença entre o precedente e a coisa julgada, uma vez que esta é indiscutível, somente podendo ser revista basicamente, por rescisória”⁷.

Nos processos em andamento e nos que ainda serão instaurados aplicar-se-á a regra da retroatividade, sem importar o momento da constituição da relação jurídica. Nos casos onde já produziu coisa julgada, a *res judicata*, e em alguns casos, quando houver o direito adquirido, aplicar-se-á a regra da irretroatividade, tendo em vista a imutabilidade. Isso porque as normas do tempo é que regem o ato.

⁵ DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁶ DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁷ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mzydXIAu4i4J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

A impossibilidade de conferir efeitos prospectivos pode gerar insegurança jurídica; isso significa dizer que a norma deveria evitar que o autor vencedor na instância inferior fosse surpreendido com a mudança brusca do entendimento já firmado. O art. 5º, XXXVI, da CF garante certa previsibilidade do resultado de certas demandas, proporcionando maior segurança jurídica. No Brasil, a eficácia prospectiva (*prospective overruling*) está presente no controle de constitucionalidade, art. 27 da Lei n. 9.868/99⁸.

A técnica de superação *overruling* se destina à superação do precedente, exigindo, evidentemente, maior cautela no momento de sua superação, cuidando para que sua fundamentação respeite e preserve situações já consolidadas, inobstante o seu objetivo seja manter o sistema oxigenado.

Os precedentes vinculantes à luz dos princípios constitucionais

A Constituição Federal, enquanto Carta Republicana do Brasil, prevê princípios que asseguram direitos básicos e essenciais ao indivíduo, pessoa humana. Além disso, garante seu devido e efetivo cumprimento, seja por meio do Estado ou através da aplicação da lei. Os princípios constitucionais recebem tamanha importância porque estão ligados com a essência do ser humano, por isso a necessidade de que todas as demais legislações brasileiras atuem respeitando a Carta Magna. A respeito da imprescindibilidade e importância dos princípios:

[...] os primeiros princípios estão fundamentados na estrutura ôntica do ser, sendo que em cada ente particular e concreto é possível deparar com algo de positivo e de consistente que oferece a sustentação real àquela coisa e enseja que a mesma se torne objeto de cognição. E bem aquilo que dá o ser e faz o ser inteligível recebe o nome de essência⁹.

Zaiden Geraige Neto ensina que é imprescindível a noção de princípio para qualquer estudo que se pretenda iniciar, uma vez que o estudo de um princípio, de natureza constitucional, é de fundamental importância para a aplicação da Direito.

Justifica-se, portanto, o estudo dos precedentes à luz dos princípios constitucionais.

Objetivando um processo civil constitucionalizado, o novo Código de Processo Civil estruturou o sistema normativo de precedentes, tornando inevitável

⁸ DONIZETTI, Elpidio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁹ FERACINE, Luiz. *Os primeiros princípios do saber*. SoLivros/Uniderp, 1999, apud GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003, p. 17.

a discussão do assunto no âmbito jurídico e também na sociedade. Necessário esclarecer que o Brasil não está se transformando em país de *common law*, mas simplesmente cumprindo sua tradição de respeito aos precedentes, notadamente através de um sistema próprio e compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Embora não tenha se tornado *common law*, o novo códex se utiliza de alguns dos fundamentos desse sistema, especialmente, a teoria do *stare decisis* para uniformar e estabilizar os precedentes. Há três condições favoráveis ao desenvolvimento do princípio do *stare decisis*. O primeiro deles é propiciar um ambiente em que as principais regras sejam não escritas. Em segundo lugar, a Corte ostenta um papel unificador no contexto de um sistema judicial com forças centrífugas. E, por fim, um sistema em que seja necessário recorrer a princípios, os quais são concretizados e interpretados exatamente pela ação das Cortes.

O legislador, certamente, busca dar efetividade ao processo e garantir preceitos constitucionais, contudo, prevalece a adoção formal da aplicação objetiva da Lei, inobstante a presença codificada da teoria do *stare decisis* no sistema processual brasileiro, que inova ao implantar, através do novo CPC, a força obrigatória dos precedentes. Os precedentes estão presentes em todo e qualquer ordenamento jurídico, independentemente da adoção do sistema, variando apenas o grau de eficácia.

Por isso, propõe-se analisar em termos gerais o sistema obrigatório de precedentes à luz dos princípios constitucionais, especialmente o aparente conflito de normas e a efetiva promoção da segurança jurídica. A noção de vinculação a precedentes pode ser decomposta em princípios, são eles: i) princípio da constância, que aconselha contrariamente a mudanças, mesmo que sutis, em precedentes estabelecidos; ii) princípio da generalidade: reclama que os juízes profiram decisões fundadas em normas gerais, não permitindo que os casos figurem como particularidades; iii) princípio da responsabilidade institucional: exige que o juiz subsequente reconheça o uso pelo precedente de certa norma geral; iv) princípio da fidelidade ao Direito: recomenda que cada juiz, diante de um caso não explicitamente regulado, procure aquilo que na hipótese possa ser considerado a exigência do Direito, a regulação, mesmo que implícita, decorrente do sistema de Direito (não apenas da lei).

É importante esclarecer que pode ser um equívoco pensar no sistema de precedentes como ferramenta que engessaria o direito, impedindo sua evolução. Pois, uma vez que a Lei não é capaz de engessá-lo e mecanizá-lo, não estaria o precedente destinado a isso, uma vez que o precedente é fonte do direito, assim como a Lei.

O sistema obrigatório de precedentes pretende alcançar a igualdade, a confiança e a previsibilidade. Isso porque, à luz de um processo constitucionalizado, é indispensável que o judiciário trate todos os jurisdicionados de forma igualitária, promovendo a segurança jurídica através de decisões previsíveis e diminuindo o volume de demandas, ao inibir a propositura de causas temerárias e garantindo a duração razoável do processo ao simplificar o debate. Promove ainda a racionalidade do processo, porque não submete o caso ao voluntarismo do julgador, impedindo que decisões arbitrárias sejam proferidas de acordo com o que o julgador reputa correto, evitando instabilidade.

[...] a segurança e a previsibilidade são aspectos de capital importância no contexto de nossa justiça, e, como se sabe, não são raras as vezes em que encontramos decisões completamente diferentes, para situações absolutamente idênticas. [...] referida situação fere os princípios da legalidade e da isonomia, previstos na Constituição da República, uma vez que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que, correlatadamente, as decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico¹⁰.

É necessário compreender o processo não só como um meio de resolver uma lide, mas sim como meio que fixa um precedente para resolver outros casos. Assim, cada processo servirá a um só tempo para resolver o problema que foi submetido ao judiciário e fixar precedente para resolver casos futuros idênticos àquele. Portanto, o processo é hoje um método de julgamento de caso e de construção do precedente. Por isso, indispensável repensar alguns princípios constitucionais, especialmente o que se entende por contraditório e motivação das decisões¹¹.

O princípio do contraditório deixa de ser visto apenas como uma discussão em torno da solução do caso e passa a ser visto também como uma discussão em torno da fixação do precedente para casos futuros semelhantes àquele ora analisado. Torna-se, portanto, uma técnica de discussão de formação de precedente¹².

Para Haroldo Lourenço, “a decisão não cria somente a norma jurídica individualizada; cria norma geral, a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica estabe-

¹⁰ GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003, p. 105.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 535-536.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 537.

lecida na fundamentação do julgado e, nesse sentido, há um direito de participação na construção da norma jurídica¹³. A exemplo da intervenção do *amicus curiae*, que amplia a atuação da intervenção de terceiros, auxiliando na construção do precedente.

Por sua vez, a motivação das decisões passa a ser encarada a partir de uma dupla função: para as partes, alcançando a solução do caso; e para a coletividade, alcançando os demais jurisdicionados, uma vez que a fixação dos precedentes pode atingi-la.

[...] diante da teoria do precedente, a função extraprocessual deve ser reforçada, identificando exatamente as questões de fato que se reputam como essenciais ao deslinde da causa e se delimite, precisamente, a tese jurídica acolhida, justamente porque a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente¹⁴.

No que tange à segurança jurídica, vale destacar que para o sistema *civil law* apenas é possível alcançar a segurança jurídica com a observância pura e simples da Lei. No entanto, é evidente que a interpretação da Lei pode ser feita a partir da percepção moral do julgador. Feita essa constatação, soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas com o mesmo fundamento jurídico, por consequência, promoveriam a segurança jurídica no momento em que o direito se torna previsível e estável¹⁵.

[...] quanto mais uniformizada a jurisprudência mais se fortalece a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, possibilitando uma expectativa legítima do jurisdicionado. A orientação jurisprudencial predominante em um determinado momento presta-se a que o jurisdicionado decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito¹⁶.

¹³ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mzydXlAu4i4J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹⁴ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mzydXlAu4i4J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 535.

¹⁶ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=>

O sistema de precedentes alcançará, principalmente, a igualdade. Isso porque “não se pode admitir que o mesmo caso concreto, enfrentado por jurisdicionados diferentes, receba decisões diferentes”¹⁷.

É razoável diferenciar os fundamentos que formam os pilares da decisão das circunstâncias de fato, dos argumentos acessórios, das razões do voto vencido e dos fundamentos não referendados. Isso porque estes não são obrigatórios e não assumem forma vinculativa.

Efeitos do precedente

O novo CPC trouxe a obrigatoriedade de fundamentação dos atos judiciais, sendo o juiz obrigado a fundamentar sua decisão, explicitando os motivos que o levaram a seguir o precedente no caso concreto, utilizando para tanto a distinção. Se decidir pelo afastamento da aplicação do precedente, também deverá fazê-lo fundamentadamente, indicando a distinção entre o precedente e o caso concreto ou se o enunciado já foi superado.

Eficácia é o efeito automático atribuído pela Lei à determinada decisão, não decorrente da vontade do juiz, melhor dizendo, são efeitos que decorrem da *ratio decidendi*. Logo, a eficácia do precedente nada mais é do que a eficácia da razão de decidir.

Os dois principais efeitos dos precedentes são o persuasivo e o obrigatório. Persuasivo é o efeito retórico, que serve ao menos para tentar convencer o juiz de suas ações. É um efeito mínimo e ele está em qualquer precedente, ou seja, todo precedente tem no mínimo o efeito persuasivo. O obrigatório, por sua vez, exige que o precedente seja seguido. Importante esclarecer que nem todos são obrigatórios, mas todos são persuasivos¹⁸.

No tocante ao efeito obrigatório, vinculativo e normativo do precedente, o art. 520, *caput*, do novo CPC determina a uniformização da sua jurisprudência e a manutenção da estabilidade, integralidade e coerência de suas decisões, garantindo isonomia e segurança jurídica¹⁹.

cache:mzydxIAu4i4J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018, p. 15.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 518.

¹⁹ JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do precedente judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

No entanto, no direito brasileiro a eficácia vai além desses dois efeitos. Há pelo menos mais quatro efeitos dos precedentes, são eles: obstativo, autorizante, rescindente e revisional. Efeito obstativo consiste em precedentes que obstam postulações, recursos, demandas, remessa necessária, ou seja, se, neste caso, a decisão estiver em consonância com determinados precedentes, a remessa necessária será obstada. Autorizante é o efeito que autoriza tutela antecipada. Se o pedido estiver em consonância com determinado precedente, ele vai autorizar a tutela antecipada. O efeito rescindente ocorrerá quando um precedente do STF (Supremo Tribunal Federal), em controle de constitucionalidade, servir de fundamento para a rescisória de uma decisão, nos termos do art. 525 do novo CPC. Quando uma sentença regula uma relação jurídica que se prolonga no tempo e sobrevier um precedente contrário àquela decisão, a decisão terá que ser revista, surtindo o efeito revisional do precedente²⁰.

Os efeitos dos precedentes servem especialmente para que os advogados e julgadores não embasem suas teses em votos vencidos ou em precedentes que não se enquadram no caso concreto, observando o princípio do devido processo legal e da celeridade processual, uma vez que obsta a utilização de fundamentos em precedentes nos quais as partes não tenham se manifestado, garantindo estabilidade e acesso à justiça.

Os pontos positivos oriundos dos efeitos deste novo instituto justificam sua inclusão na reforma do novo código de processo civil. Isso porque o *stare decisis* assegura a continuidade, promovendo estabilidade jurisdicional; igualdade de tratamento, nos termos do princípio da isonomia; poupa o Judiciário de reanálises seguidas da mesma questão, cumprindo a economia e celeridade processual; além de proporcionar previsibilidade.

Aspectos gerais dos precedentes

Um precedente obrigatório jamais poderá ser ignorado. Ele pode ser aplicado, desde que observe o art. 489, § 1º, V, do NCPC; superado; e distinguido. Distinção e superação são instrumentos indispensáveis ao desenvolvimento de um sistema de precedentes.

Em primeiro lugar, no caso em estudo, refere-se a método de confronto entre o caso e o precedente. Proceder à distinção é proceder para um confronto entre o caso e o precedente em análise, podendo ser chamado de distinção método. Na outra acepção, distinção é o resultado a que se chega após esse confronto, identificando peculiaridades no caso que o distingue e que, por isso, não se aplica o precedente²¹.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 519-524.

²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 559.

O juízo de distinção não é um juízo que revoga o precedente ou que o desrespeita, contrariando-o, mas sim o interpretando pra dizer que ele não se aplica àquele caso. Não há precedente em que a aplicação dispense a distinção. A distinção é uma atividade imprescindível na jurisdição, pois sempre será possível. Fazer a distinção é comparar o caso *sub judice* com o caso paradigma, ou seja, com o caso que gerou o precedente. Não se deve compará-lo com a súmula, mas sim comparar os casos.

Nesse sentido, vale dizer que o relatório da sentença foi valorado no novo CPC porque ajudará no momento do confronto. O código regulamentou a distinção nos casos de recurso repetitivo. Quando o STJ e o STF, no julgamento de recursos repetitivos, mandarem paralisar todos os processos à espera da decisão, é direito da parte requerer a distinção do caso para retirá-lo da suspensão. O art. 1.037 do novo CPC regulamenta longamente a temática. A petição requerente a distinção deve ser dirigida para o juízo na qual ficou o processo sobrestado, que, por sua vez, concederá o contraditório. Se a distinção não for conhecida, caberá recurso, ou seja, o novo CPC prevê um recurso para demonstrar a distinção, relevando a importância dada pelo sistema ao instituto. Esse regulamento está definido para o julgamento de recursos repetitivos e não para o incidente de resolução de demandas repetitivas, todavia, de modo analógico se aplica tal previsão, porque eles compõem um microsistema de formação de precedentes obrigatórios, as normas se complementam, compondo um mesmo sistema²².

Superação de um precedente significa revogá-lo, mudando sua orientação. Um sistema de precedentes não vive sem a superação, porque ele que dá essência ao sistema. Não contradiz a estabilidade, porque ser estável não significa ser eterno e tem a ver com a proibição de mudanças abruptas. Conforme a sociedade muda, a percepção sobre o direito muda, por isso é possível superar o precedente. Mas a superação requer um regramento.

Quem revoga o precedente é o Tribunal que o criou. São diversos os motivos que justificam a superação: mudanças na percepção social, ou seja, aspectos sociais e morais relacionados aos costumes; transformação do modo de ver o direito; e a possibilidade de atualizar rapidamente o direito.

A superação de um precedente que vigora há muito tempo, de modo a fazer com que as pessoas pautem a sua conduta nele, tem de ter uma eficácia modulada. Não se pode superar um precedente longo destruindo tudo o que foi feito com base nele, porque as pessoas acreditavam nele como precedente obrigatório de um Tribunal Superior. Autorizar essa superação traria insegurança e quebraria a confiança do povo na atividade jurisdicional. Assim, a superação de um precedente longo não terá eficácia retroativa, poderá beneficiar aquele que

²² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 526.

conseguiu a superação, mas não funcionará como parâmetro para desfazer o que foi feito anteriormente, pois viola obscenamente a segurança jurídica, a confiança e a boa-fé. No entanto, nada impede que o Tribunal supere o precedente para aplicação futura, ou seja, não supera no próprio caso, mas avisa que em nenhum outro caso será julgado daquela maneira²³.

Pela primeira vez é incorporado no texto processual o princípio da proteção da confiança e da isonomia, impossibilitando a superação implícita, isso porque os Tribunais passam a ter com todos os cidadãos uma relação institucional, que impõe o dever de, se for mudar a jurisprudência, fazer uma convocação, modular os efeitos, fundamentar especificadamente, “dialogar” com os fundamentos passados, atentando para a proteção da confiança, segurança jurídica e isonomia²⁴.

Destaca-se ainda que a aplicação do *stare decisis* pode ser horizontal ou vertical. Horizontal quando há respeito aos próprios precedentes e à própria jurisprudência vinculante; vertical quando há respeito à jurisprudência vinculante e a precedentes de Cortes a que estão subordinados os órgãos jurisdicionais que avaliam o caso subsequente. Diz-se que o art. 926 do NCPC estatui o *stare decisis* horizontal, e o art. 927 do mesmo dispositivo legal, o vertical²⁵.

ROL DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC

O sistema de precedentes obrigatórios foi devidamente lançado no texto processual com a vigência do novo CPC, nos termos do art. 927.

A decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade é vinculante, ou seja, deve ser observado por todos. Essa regra existe desde a Constituição Federal, contudo, o efeito vinculante (*erga omnes*) é da coisa julgada. Esse inciso estabelece que o precedente em ADIn, ADC e ADPF seja observado, e não a coisa julgada que já era vinculante, ou seja, não se refere ao dispositivo, mas sim à *ratio decidendi*.

Estão previstos os precedentes cuja *ratio decidendi* foi enunciada em súmula vinculante.

São precedentes obrigatórios, ainda, os acórdãos em Incidente de Assunção de Competência e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em

²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 526.

²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 559.

²⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no Novo CPC (LGL\2015\1656): novas técnicas decisórias? In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

juízo de recursos extraordinário e especial repetitivos, consoante o inciso III do art. 927 do NCPC. Precedentes construídos nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de incompetência são obrigatórios, pois vão organizar e reunir todos os argumentos favoráveis e contrários à determinada tese jurídica para, uma vez fazendo essa coleta, formar um precedente obrigatório.

Esses incidentes, ao lado do procedimento formal para criação de súmula vinculante e os procedimentos de criação de precedentes obrigatórios, são meios procedimentais criados para a construção de precedentes obrigatórios, esses procedimentos formam um microsistema de formação concentrada de orientações que devem ser seguidas nas decisões semelhantes. A súmula vinculante, o IAC, o IRDR e os recursos repetitivos se juntam aos recursos de revista repetitivos (Lei n. 13.015/2015) e formam o microsistema, as regras de um e outro devem ser aplicadas a todos. Tudo que disser respeito à formação do precedente obrigatório de modo concentrado se aplica a todos eles. Audiências públicas, *amicus curiae*, coleta de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese, dar publicidade, são marcas do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, que é composto por súmula vinculante, IAC, IRDR, julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e recursos de revista repetitivos²⁶.

Enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (federal) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados também obrigam a observância. Essa vinculação não é nacional, mas local e interna, porque os tribunais ficam vinculados aos próprios precedentes, e hierárquica, na medida em que os juízes da primeira instância relacionados àquele tribunal ficam vinculados a ele.

Incidente de resolução de demandas repetitivas

Uma das grandes inovações no novo CPC é o incidente de resolução de demandas repetitivas, que resolve casos idênticos através do julgamento de um único caso, utilizando-se para tanto a questão de direito, a *ratio decidendi*.

Marinoni esclarece conceitualmente o IRDR como uma técnica processual:

O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é óbvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetidas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e

²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 530.

o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos²⁷.

Julgado o IRDR, a *ratio decidendi* será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal²⁸.

Luiz Guilherme Marinoni reforça, dizendo:

A circunstância de o incidente de resolução tratar de “casos idênticos” tem clara repercussão sobre o raciocínio que dá origem à decisão judicial. Essa decisão obviamente não é elaborada a partir da regra da universalidade, ou seja, da regra que determina que um precedente deve ser aplicável ao maior número de espécies possíveis de casos. A decisão de resolução de demandas repetitivas objetiva regular uma só questão infiltrada em casos que se repetem ou se multiplicam²⁹.

Eduardo Talamini define causas repetitivas como “ações entre sujeitos total ou parcialmente diversos, mas que concernem a uma mesma questão de direito”³⁰. Nos casos de ações idênticas, inobstante o pleito de cada ação seja único, a questão jurídica a ser julgada é idêntica e afetará todos os casos semelhantes.

O incidente autoriza os Tribunais julgar casos repetitivos com base em um caso que servirá como paradigma e que tenha, sobretudo, como objeto controvertido uma mesma e única questão de direito. Depois de selecionado o caso paradigma, a questão jurídica repetitiva deve ser identificada para discussão, desde que retrate adequadamente a controvérsia.

A decisão no incidente não busca resolver todos os casos semelhantes possíveis, mas sim a questão de direito idêntica infiltrada em tantos outros casos.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Argumentum – RA*, Marília, v. 17, p. 45-64, jan.-dez. 2016. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-O_PROBLEMA_DO_INCIDENTE_DE_RESOLUCAO_DE-3.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018, p. 43.

²⁸ SIMÃO, Lucas Pinto. *O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Argumentum – RA*, Marília, v. 17, p. 45-64, jan.-dez. 2016. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-O_PROBLEMA_DO_INCIDENTE_DE_RESOLUCAO_DE-3.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018, p. 44.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

Teresa Arruda Alvim Wambier entende que o IRDR contribui, indiscutivelmente, com a celeridade processual, otimizando a prestação jurisdicional e, por consequência, diminuindo o número de processos. Além disso, a uniformização jurisprudencial é uma das missões levantadas pelo códex, sendo possível através do IRDR, tanto que tratou de disciplinar tal regra em artigo especial (art. 926 do NCPC)³¹.

Por sua vez, Eduardo Talamini afirma que o IRDR:

Não é – e jamais pode ser interpretado como – um instrumento de redução da carga de trabalho, a qualquer custo, dos tribunais. Essa visão autoritária do IRDR é desautorizada por sua disciplina no CPC – além de ser obviamente incompatível com as garantias constitucionais do processo³².

Fato é que o IRDR funda-se em princípios e objetivos que visam à economia processual, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia.

O IRDR exige o preenchimento de pressupostos de admissibilidade, devendo ser atendidos de forma simultânea, como prevê o art. 976, inciso I, do NCPC: efetiva repetição de processos, que a controvérsia verse sobre a mesma questão unicamente de direito e exista risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

“O caráter repetitivo da demanda, justificador do incidente, é determinado pela reiteração de uma questão essencialmente jurídica”³³. No que se refere à mesma questão unicamente de direito a “lei quer referir-se aos casos em que, na hipótese de serem os aspectos fáticos incontroversos (o que vai ter de se aferir em cada processo), tem-se basicamente uma mesma questão jurídica a se resolver – e essa situação repete-se em inúmeros processos”³⁴.

Os processos estarão correndo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica quando em casos idênticos soluções distintas estiverem sendo proferidas, mais precisamente quando a mesma questão jurídica, em diversos casos, receber decisões diferentes.

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018, p. 15.

³² TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+re+solucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

³³ TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+re+solucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+re+solucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

O art. 977 do novo código legitima o magistrado, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública para requererem a instauração do IRDR, em petição a ser dirigida para o Presidente do respectivo Tribunal.

Incidente de assunção de competência

O NCPC (Novo Código de Processo Civil), em seu art. 947, permite que o relator submeta o julgamento de determinada causa ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal, conforme regimento interno. Tal permissão cabe em qualquer recurso, remessa necessária ou nas causas de competência originária.

Sem dúvida, é uma nova forma de julgamento de processos nos tribunais, baseando-se na relevância do caso concreto, a partir da análise da repercussão social e do interesse público envolvidos na hipótese concreta.

O instrumento pelo qual se efetiva essa nova modalidade é o incidente de assunção de competência, estabelecido para ocorrer em duas hipóteses: quando envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos; ou quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Define-se IAC como:

[...] um instrumento jurídico com natureza jurídica de incidente processual, pelo qual se desloca a competência, de um órgão colegiado menor (dito fracionário) para um órgão colegiado maior (seção, grupo de câmaras, órgão especial, pleno) indicado pelo regimento interno do tribunal, quando se tratar de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de ações de competência originária do tribunal, quando ficar demonstrada relevante questão de direito e notável repercussão social, desde que não caracterize multiplicidade de processos, com vistas a duas finalidades bem delineadas, uma mediata e outra imediata³⁵.

Em outras palavras, no IAC há um deslocamento da competência, ou seja, um órgão originariamente competente para julgar um caso, seja ele um recurso, remessa necessária ou ação originária, conforme determinado pelo regimento interno do tribunal, perde sua competência, especialmente para aquele feito, transferindo-se essa competência para um órgão colegiado com maior composição e integrante do mesmo tribunal.

³⁵ MIRANDA, Maylton Rodrigues de. *Incidente de assunção de competência*: instrumento para a justiça das decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,incidente-de-assuncao-de-competencia-instrumento-para-a-justica-das-decisoes-judiciais,56209.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

O IAC pretende, inicialmente, que os tribunais cumpram o disciplinado no art. 926 do NCPC, ou seja, uniformize a jurisprudência, para que ela se mantenha estável, íntegra e coerente. Outra premissa do incidente é a efetivação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica à luz do princípio do livre convencimento motivado, devendo não só valer a mesma regra jurídica para todos os jurisdicionados, mas especialmente a mesma conclusão jurídica. Fredie Didier Jr. vai além, argumentando que o incidente também se destina a “provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição”³⁶.

Em síntese, pode-se afirmar que o incidente busca a formação do precedente obrigatório, reduzindo a duração do processo, direcionando o julgador e os jurisdicionados a entendimentos precisos sobre questão de direito, assegurando a isonomia e a segurança jurídica nas decisões judiciais, constitucionalizando o processo.

Assim como o IRDR, o IAC prescinde de requisitos de admissibilidade quando pendente causa no tribunal, originária, recursal ou de remessa necessária e quando relevante questão de direito e grande repercussão social. Os requisitos são cumulativos, em resumo, devem estar presentes: questão de direito; grande repercussão social; sem repetição em múltiplos processos; existência de interesse público.

Os legitimados a propor o IAC, nos termos do § 1º do art. 947 do NCPC são: o relator do recurso, quaisquer das partes do processo, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Para Fredie Didier Jr. “o relator, antes ou durante o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, pode propor, de ofício, a assunção de competência”. Ou seja, antes mesmo de o relator colocar o feito em pauta para julgamento, poderá propor o IAC, assim como, durante seu voto poderá fazê-lo. No entanto, após o voto estaria impedido pela preclusão consumativa, como leciona Fredie Didier Jr.:

A preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue. Perde-se o poder pelo exercício dele³⁷.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 657.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 537.

Além do deslocamento da competência, a formação do precedente obrigatório é outro efeito do IAC. Sem dúvida que essa obrigatoriedade em observar o precedente é o efeito mais relevante, pois fixa uma tese jurídica sobre questão divergente, ou com aptidão para gerar divergência, ou seja, otimiza a atividade jurisdicional, reduzindo o tempo de duração do processo, solucionando casos semelhantes, com a mesma natureza e, acima de tudo, prestigia princípios da isonomia e da segurança jurídica, em consonância com os objetivos precípuos do novo Código de Processo Civil.

Deveres gerais dos tribunais relacionados ao sistema de precedentes judiciais

São diversos os deveres estabelecidos para os Tribunais em razão dos precedentes, com o objetivo de torná-los estáveis, íntegros e coerentes. O art. 10 do NCPC proíbe a decisão surpresa³⁸, aquela em que o juiz decide com base em questão que não foi colocada em debate. O art. 489, § 1º, do NCPC trata, especificadamente, dos casos de decisões que não foram fundamentadas, impondo a identificação dos fundamentos determinantes do precedente e do enunciado de súmula quando o julgador proferir sentença, obrigando ainda que seja demonstrado que o caso se enquadra no precedente.

À luz dos artigos retromencionados, o § 1º do art. 927 do novo CPC disciplina que a decisão com base em precedentes deve observar a questão colocada em debate para proferir sentença, bem como o dever de fundamentar.

Fredie Didier Jr. entende que o art. 489, § 1º, do NCPC é incompleto ao impor a observância dos artigos *supra* apenas quando a decisão se embasar em precedentes, isso porque é indispensável a aplicação na própria formação do precedente, ou seja, a formação do precedente exige que não haja surpresa e haja fundamentação³⁹.

O novo CPC, ao montar esse sistema de precedentes obrigatórios, imputa aos Tribunais deveres institucionais para a consolidação e efetivação do sistema, quais sejam: publicidade, uniformização, estabilidade, integridade e coerência.

Quanto ao dever de publicidade, os Tribunais têm o dever (geral) de dar publicidade de seus precedentes, de modo organizado, sistematizado, parametrizado para que as pessoas tenham acesso à pesquisa (art. 927, § 5º, do NCPC), devendo ser minuciosa e acessível.

A uniformização (art. 926 do NCPC) obriga que os Tribunais uniformizem a jurisprudência, ou seja, não é mais uma faculdade. Inadmissível, com o novo CPC, a dispersão jurisprudencial.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 540.

³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 540.

A estabilidade (art. 926 do NCPC) visa evitar mudanças repentinas, imotivadas, inesperadas e injustificadas de sua jurisprudência, pois está relacionada à ideia de inércia argumentativa, ou seja, para aplicar o precedente não há necessidade de muitos argumentos, basta dizer que o caso se encaixa no precedente. A carga de motivação é menor no Tribunal, contudo, nos casos em que for necessário afastar o precedente, a carga de motivação é muito maior, porque significa quebrar a estabilidade.

Além de uniforme, estável e pública, os Tribunais devem manter a jurisprudência íntegra e coerente, consoante o art. 926 do NCPC. A teoria do direito contemporâneo usa muito os termos coerência e integridade para se referir ao direito, à ciência jurídica e às decisões judiciais. A coerência e a integridade consistem em dois deveres que visam um mesmo objetivo, a consistência da jurisprudência, que somente será alcançada se houver o enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica. É necessária profunda fundamentação. Sendo os deveres contrariados, ou seja, sem integridade e sem coerência, a jurisprudência não tem aptidão para ser universalizada.

O dever de integridade e coerência são dois postulados hermenêuticos, são normas de interpretação do direito, ou seja, o direito há de ser interpretado de modo íntegro e coerente. É preciso ter critérios para aferir a integridade e a coerência, devendo ser examinados a partir de um balanceamento entre eles, ou seja, jamais podem ser examinados isoladamente.

A integridade tem a ver com unidade do direito; dizer que a decisão respeita a integridade significa dizer que a decisão respeitou o direito, em toda sua complexidade, porque o direito não é só a Lei ou uma resolução, mas sim um conjunto de normas. A decisão deve ainda respeitar o direito como sistema e não como um amontoado de normas. Desse critério decorre a existência de microsistema jurídico, tal como o sistema de precedentes, que também deve ser respeitado com integridade, porque é preciso pensar no direito como um conjunto organizado de normas.

O primeiro critério da coerência é de que a jurisprudência não deve ser contraditória. A coerência está relacionada com a completude que, por sua vez, relaciona-se com o dever de fundamentação, ou seja, a jurisprudência coerente é aquela que consegue ser produzida a partir do exame de tudo quanto pode ser arguido contra ela, os possíveis argumentos contrários àquela orientação têm que ter sido enfrentados na formação do precedente.

O respeito às decisões anteriores e o respeito à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência devem ser observados para que a jurisprudência se torne coerente, isso porque ela se desenvolve em cadeia, mantendo a lógica, para que não se torne incompreensível.

CONCLUSÃO

Fato é que o sistema obrigatório de precedentes trouxe ao Judiciário grande desafio não só para os operadores do direito, mas também para o mundo jurídico considerado num todo. Isso porque temas atuais trouxeram à tona a necessidade de avançar no sentido de promover um processo constitucionalizado e, principalmente, que se aproxima do direito material, sem atuação isolada e unilateral.

Sem dúvida, o respeito aos precedentes faz com o que o judiciário encare o direito de maneira uniformizada, estável e previsível, cumprindo as promessas do novo CPC. Apesar de muitos afirmarem que o país, com a adoção dos precedentes, transforma-se em um sistema de *common law*, não é isso que parece ser. Até porque há muitos anos o judiciário brasileiro observa precedentes para tomada de decisões, inclusive mudando o curso da realidade brasileira. É possível afirmar, portanto, que o Brasil está totalmente apto a adotar o sistema de precedentes obrigatórios sem se transformar em sistema de *common law*, respeitando, sobretudo, o sistema da *civil law*, ou seja, o Brasil, como sistema *civil law*, adotou o sistema obrigatório de precedentes para que seja possível uniformizar, estabilizar e prever o direito.

Através do estudo proposto, foi possível constatar tal afirmativa, ao passo que a uniformização, prevista também no novo CPC, ao lado do sistema de precedentes, promoverá, certamente, a isonomia e segurança jurídica da atividade jurisdicional. Logo, a promessa de um processo justo, com resultados satisfatórios, à luz dos princípios constitucionais e que promova a segurança jurídica ao jurisdicionado poderá ser, sem dúvida, possível por meio do respeito aos precedentes.

No entanto, o operador do direito deverá utilizar o sistema de precedentes com inteligência, sem usá-lo como ferramenta de redução de processos, buscando o Judiciário se socorrer da crise. Será, sem dúvida, uma consequência, uma vez que o judiciário se uniformiza, se estabiliza, atuando de forma previsível e coerente; demandas temerárias serão evitadas pelo próprio jurisdicionado.

Nesse sentido, o sistema não violará garantias processuais fundamentais, ao contrário, coexistirá com os princípios da celeridade processual, da razoabilidade e da proporcionalidade na efetivação do direito, atendendo a força normativa da Constituição Federal. Não há afronta, portanto, à Constituição Federal, nem aos princípios de acesso à justiça. Mas todos devem coexistir, possibilitando a efetividade do direito.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo*, v. 220, p. 407-421, jun. 2013.

DIDIER JR., Fredie. DIDIER JR., Fredie O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 99-120, jul.-dez. 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446/2472>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

FERACINE, Luiz. *Os primeiros princípios do saber*. SoLivros/Uniderp, 1999.

FUX, Luiz. A súmula vinculante e o Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 28, p. 27, abr. 2005.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2003.

JESUS, Priscilla Silva de. *Teoria do precedente judicial e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240/2321>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

KOOPMANS, Thomas. Stare decisis in European Law. *Leiden University Repository*. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/22742/T_Koopmans-Stare_decisis_in_European_law.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2018.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mzydxIAu4i4J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Argumentum – RA*, Marília, v. 17, p. 45-64, jan.-dez. 2016. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/10/PROF-MARINONI-O_PROBLEMA_DO_INCIDENTE_DE_RESOLUCAO_DE-3.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

MIRANDA, Maylton Rodrigues de. *Incidente de assunção de competência*: instrumento para a justiça das decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,incidente-de-assuncao-de-competencia-instrumento-para-a-justica-das-decisoes-judiciais,56209.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no Novo CPC (LGL\2015\1656): novas técnicas decisórias? In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

SIMÃO, Lucas Pinto. *O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*: pressupostos. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 255, p. 359-372, maio 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018. p. 15.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, p. 33-45, mar. 2010, Doutrinas Essenciais de Direito Civil, v. 1, p. 1347-1359, out. 2010.

Data de recebimento: 22/12/2017

Data de aprovação: 14/03/2018

CONTORNOS DEMOCRÁTICOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

DEMOCRATIC OUTLINES OF FREE SPEECH

*Robson Vitor Freitas Reis**

*Juliana Guedes Martins***

RESUMO

Este trabalho pretende demonstrar que a liberdade de expressão, importante alicerce do Estado Democrático de Direito, para efetivamente cumprir com seus objetivos, necessita de regulação. E, para comprovar esta nossa tese, iremos realizar uma digressão aos fundamentos do Estado de Direito, demonstrando que, em um cenário de liberdade absoluta, não existiria liberdade de fato, mas apenas um estado de todos contra todos, onde o mais forte, não o mais racional, iria prevalecer. E, uma vez demonstrado isso, abordaremos diretamente o direito de liberdade de expressão e imprensa, explicando a diferença entre esses dois importantes conceitos, bem como seus alicerces. Igualmente aqui, demonstraremos a existência de situações nas quais o uso completamente livre deste direito não irá cumprir com os seus objetivos primeiros. Considerando, inclusive, as grandes mudanças históricas que afetaram o exercício do direito de liberdade de imprensa.

Palavras-chave: Liberdade; Democracia; Liberdade de expressão; Liberdade de imprensa; Regulação.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that freedom of expression, an important foundation of the Democratic Rule of Law, to effectively fulfill its objectives

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Servidor Público Federal (Assistente em Administração) no Campus de Varginha da Universidade Federal de Alfenas. Áreas de Interesse: Direito Constitucional, Filosofia Política e Ciência Política. Endereço Profissional: Avenida Celina Ferreira Ottoni, 4000 – Bairro Padre Vitor – CEP: 37048395 – Varginha, MG – Brasil. E-mail: robsonvitor@gmail.com; robson.reis@unifal-mg.edu.br.

** Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Servidora Pública Federal (Docente) no Campus de Varginha da Universidade Federal de Alfenas. Áreas de Interesse: Direito Constitucional, Filosofia Política e Ciência Política. Endereço Profissional: Avenida Celina Ferreira Ottoni, 4000 – Bairro Padre Vitor – CEP: 37048395 – Varginha, MG – Brasil. E-mail: guedes.guedes9@gmail.com; juliana.martins@unifal-mg.edu.br.

needs regulation. And to prove our thesis, we are going to make a digression to the foundations of the Rule of Law, demonstrating that in a scenario of absolute freedom, there would be no freedom in fact, but only a state of all against all where the strongest, not the more rational, will prevail. And, once this is demonstrated, we are going to directly address the right to freedom of expression and the press, explaining the difference between these two important concepts as well as their foundations. Equally here, we are going to demonstrate the existence of situations in which the completely free use of this right will not fulfill its first objectives. Considering also the great historical changes that have affected the exercise of the right to freedom of the press.

Keywords: Freedom; democracy; free speech; free press; regulation

INTRODUÇÃO

Any institution strong enough to act as an effective counterweight to government is also strong enough to inflict serious damage on innocent bystanders¹.

Com o presente artigo, objetivamos tentar delinear possíveis contornos democráticos aos direitos de liberdade de expressão e imprensa. O direito de liberdade de expressão, desde seu nascimento, vem demonstrando ser um dos grandes pilares do Estado Democrático de Direito. Contudo, não obstante isso, é preciso ter cautela para uma correta compreensão deste direito tão basilar. E, tendo isso em vista, ou seja, visando um maior aprofundamento na compreensão deste direito, principalmente se levarmos em consideração todas as mudanças históricas, econômicas e tecnológicas que o mundo sofreu e vem sofrendo desde o surgimento da imprensa, pretendemos, no decorrer deste artigo, desenvolver um pouco melhor esta espinhosa temática e, com isso, chegar a algumas conclusões, mesmo que parciais, para sua melhor compreensão e aplicação.

Assim, no próximo tópico, falaremos um pouco sobre os fundamentos do Estado e da imprensa. E, para isso, desenvolveremos algumas colocações feitas por Stephen Holmes no capítulo “Liberal Constraints on Private Power? reflections on the origins and rationale of access regulation”, da obra *Democracy and the Mass Media*, de Judith Lichtenberg.

Já no tópico seguinte, intitulado “Imprensa e a Necessidade de Regulação”, a partir das colocações e conclusões obtidas, ou seja, a partir dos fundamentos do Estado e da imprensa encontrados no item anterior, começaremos a explicar a necessidade de regulação da imprensa para se chegar a uma verdadeira liberdade.

¹ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 37.

Posteriormente, nos aprofundaremos na explicação das diferenças existentes entre o direito de liberdade de expressão e o direito de liberdade de imprensa. Haja vista que, a despeito de terem uma grande interseção, são direitos distintos e necessitam de uma justa diferenciação.

Encerrada a questão, passaremos a falar das distorções que o poder econômico pode trazer para a liberdade de expressão e imprensa e, para isso, abordaremos a matéria a partir da perspectiva da transformação existente das pequenas imprensas dos séculos XVII e XVIII para as grandes empresas de mídia de hoje, empresas com uma lógica e um poder completamente distintos dos que possuíam em sua origem, bem como das consequências que isso pode trazer para o mercado das ideias.

Feitas essas considerações, falaremos um pouco sobre a regulação desses direitos nos Estados Unidos, país que, a despeito de ser fortemente conhecido por sua controversa liberalidade, possui uma rica discussão sobre o assunto e onde a regulação da matéria, em grande parte, foi aos poucos sendo construída, dentro de sua tradição de *common law*, pelas decisões de seus tribunais.

Posteriormente, ainda sem sair do universo de colocações norte-americanas sobre a matéria, abordaremos o tema no âmbito da publicidade eleitoral e do financiamento de campanha. Neste tópico, começaremos a demonstrar como o poder econômico pode provocar uma série de distorções no mercado das ideias.

E, por fim, antes de encerramos o trabalho, iremos abordar o tema dos chamados discursos de ódio, ou *hate speech*, tal como a expressão ficou consagrada no âmbito do direito norte-americano. Para isso, iremos pormenorizadamente analisar três importantes pilares sob os quais o direito de liberdade de expressão se sustenta, tentando demonstrar que sob nenhuma dessas três perspectivas os discursos de ódio poderiam ser fundamentados, não podendo jamais tais discursos ser justificados em termos democráticos.

OS FUNDAMENTOS DO ESTADO E DA IMPRENSA

Como bem coloca Stephen Homes, normalmente se classificam os teóricos europeus que tiveram maior influência entre os fundadores dos Estados Unidos da América como anti-estadistas. Pessoas que viam o Estado como um agente coercitivo que devia ser limitado, em oposição direta ao âmbito privado. Não obstante e diante disso, Holmes se pergunta quão precisa é essa visão destes grandes teóricos europeus que foram tão respeitados pelos criadores da Constituição Americana.

Rereading, say, Locke and Montesquieu, we find no trace of blanket hostility to the state; nor do we encounter any veneration of an unregulated

private sphere. Without authority, we learn, society would eventually collapse into a more or less unlivable “state of nature” (...) Freedom can be achieved only if public authorities are granted a monopoly over such crucial and delicate functions².

Os autores que influenciaram os constitucionalistas americanos não se opunham à autoridade em termos gerais, mas apenas àquela autoridade arbitrária, abusiva e ilegítima em relação ao bem público. Muito embora a soberania fosse algo perigoso, sua ausência igualmente não se mostrava mais atrativa. “Chaos and anarchy were euphemisms for private oppression, for harm inflicted by the strong upon the weak”³.

Assim, portanto, a liberdade tão valorada por Locke e Montesquieu é em grande medida distorcida se vista unicamente pela ótica da liberdade negativa, ou seja, da liberdade perante o Estado, desconsiderando completamente a liberdade através do Estado. Neste sentido é importante destacar que estes pensadores não pretendiam transformar a esfera privada em algo intocável. “Lockean freedom implies universal access to the power of the state. (...) They include explicit entitlements to affirmative state action to protect individuals from harm by third parties”⁴.

Já no que tange à imprensa, Montesquieu⁵ vê com bons olhos a publicidade por ela trazida, principalmente no tocante a sua função de prevenir/dificultar o abuso de poder e a corrupção. E, devido a isso, a liberdade de imprensa é considerada um direito de fundamental importância, haja vista ser substrato necessário para o florescimento dos demais direitos. Devendo, neste contexto, destacar a função que a imprensa tem diante do governo no sentido de prevenir abusos e garantir mais transparência. Ao tornar público para a população em geral o que antes era decidido entre quatro paredes e com poucas pessoas para opinar e julgar, a publicidade garante que uma maior gama de pessoas pense e opine sobre qualquer questão, permitindo, com isso, reações populares de aprovação ou rejeição. Neste contexto: “by threatening to bugle awake a drowsy public,

² HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 22.

³ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 22.

⁴ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 23.

⁵ Apud HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

newspaper can *curb* the ambition of rulers and *prevent* the worst excesses of arbitrary power”⁶.

Como argumento adicional à liberdade de imprensa, Holmes destaca que, para além dessa função de impedir abusos por parte do governo, ela pode ter uma função criativa. Isto ocorre, pois uma crítica ao governo pode servir como contra-argumento para o amadurecimento de uma ideia, ou para o surgimento de uma nova ideia antes não cogitada. “Publicity, in other words, was not merely a paralyzing spotlight. It was also an arena for give-and-take, for mutual criticism and mutual stimulation, for acquiring new ideas and advancing proposals for reform”⁷.

Assim, já no século XVII, as vantagens de um livre fluxo de ideias e informações perante um governo censor eram facilmente reconhecidas pelos filósofos políticos de então. Neste contexto, Holmes também coloca que até mesmo Locke percebeu as vantagens de se tomar uma decisão política em um ambiente de desacordo, onde se estimula o debate e o surgimento de novas ideias. “Good political advice requires the advisers to hear all side of a question. In other words, rationality depends on exposure to a *multiplicity of voices*”⁸. Argumentos estes muito bem desenvolvidos posteriormente por pensadores como John Stuart Mill, em seu clássico *Sobre a Liberdade*⁹.

In other words, the public-debate rationale for freedom of press, associated with the names Holmes and Brandeis and later popularized by Alexander Meiklejohn, was a commonplace at the time of the Founding¹⁰.

Contudo, e não obstante isso, a essa ideia devemos acrescentar que o governo teria não somente uma obrigação negativa de não interferir, mas igualmente uma positiva de proteger e inclusive fomentar e expressão de opiniões contrárias. “This way of thinking implies that *the government has an affirmative obligation and even encourage the expression of rival views*”¹¹.

⁶ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 28.

⁷ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 28.

⁸ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 30.

⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

¹⁰ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 31.

¹¹ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 32.

A IMPRENSA E A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO

No tópico anterior, foram traçados os principais fundamentos e pontos positivos de uma maior publicidade e transparência por via de uma imprensa livre. Contudo, se interpretado de maneira caricata, esta uma visão uma tanto quanto romântica pode desconsiderar que “publicity can poison the air as well as cleanse it”¹². Ou seja, uma imprensa pode tanto fomentar o diálogo e uma argumentação sadia onde o resultado é uma sociedade mais lúcida e esclarecida, como igualmente pode, através de jornais sensacionalistas mais compromissados com as vendas/audiência do que com os fatos em si, poluir o ambiente de discussão de modo a dificultar aos leitores/cidadãos criarem uma opinião mais lúcida e fundamentada¹³.

Não se pode deixar de considerar ainda que o fato de uma ideia ter sido publicamente debatida, por si só, não garante, com isso, que a verdade prevaleça sobre o erro. Como Holmes bem coloca, o mercado de ideias pode apresentar os mesmos problemas do mercado de bens. Isto é, em muitas ocasiões as pessoas optam por adquirir determinado produto não por uma necessidade ou por uma determinada qualidade que ele apresente, mas simplesmente porque é falsamente convencida de que necessita dele em sua vida. Pessoas muitas vezes agem em grupo, por imitação, e o fato de alguém próximo ter comprado determinado produto pode, por si só, ser um motivo para comprá-lo também. Contudo, mesmo que se considere que “the hope of Milton, Trenchard and Gordon, Jefferson, and Mill were exaggerated they were not therefore without a realistic core”¹⁴. Ou seja, a despeito dos seus problemas e da incerteza quanto ao seu produto final, a publicidade gerada pela imprensa ainda continua sendo melhor que sua total ausência, o que faz com que se considere a necessidade de uma regulação da imprensa.

Neste contexto, é importante relembrar o que colocamos como epígrafe norteadora deste artigo: “Any institution strong enough to act as an effective counterweight to government is also strong enough to inflict serious damage on innocent bystanders”¹⁵. Sendo que a todo aquele que sofre um dano por um uso abusivo do poder privado resta apenas, legitimamente, recorrer ao Estado para

¹² HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 33.

¹³ Aqui podemos lembrar da grande influência que as fake news têm tido na política atual.

¹⁴ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 34.

¹⁵ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 37.

tentar reparar este dano, bem como tentar garantir que este não se repita, o que, como vimos no tópico anterior, seria uma das funções basilares do Estado em si. Contudo, em se tratando de liberdade de imprensa, tal controle pode gerar nela um efeito de esfriamento (*Chilling Effect*) no tocante a sua função investigativa e estimuladora do debate público, o que nos leva diretamente a uma grande encruzilhada e faz com que nos perguntemos como podemos regular este nicho da Liberdade de uma maneira tal que não prejudique a sua finalidade precípua de policiar o estado, bem como de fomentar o diálogo político na sociedade em geral.

E, além desse problema, não se pode deixar de considerar ainda que “anyone who propose civilizing constraints on the press, however, not only has his face blackened by printer’s but is also accused of being an enemy of liberty”¹⁶.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA

Até o presente momento, neste artigo, limitamo-nos a falar da liberdade de imprensa em termos gerais e em um sentido mais amplo. Não obstante isso, acreditamos que muito do que falamos até o momento se aplicaria diretamente a liberdade de expressão. Ou seja, acreditamos que, tal qual a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão igualmente possui uma importante finalidade política e que também necessita de uma regulação para cumprir essa função de um modo mais adequado. Contudo, por serem conceitos distintos, como agora esclareceremos, deverão ser tratados/regulados de uma maneira diferenciada e adequada para o que cada uma dessas ideias se propõe.

Dentro do âmbito mais básico, no tocante a ideia de liberdade de expressão, está a ideia de liberdade de pensamento. Tal conceito, se interpretado literalmente, não iria abranger necessariamente a externalização de tal pensamento, mas apenas a possibilidade de, internamente, possuir tais opiniões e valores. O que o liga diretamente a ideia de liberdade de consciência e crença.

Já no que tange ao direito de liberdade de imprensa, para podermos entendê-lo um pouco melhor, esclarecedoras são as colocações de Thomas Paine em artigo intitulado “Liberdade de Imprensa” e publicado no jornal nova-iorquino *American Citizen*, em 19 de outubro de 1806, que foi traduzido e transcrito pelo professor Venício Artur de Lima em seu livro *Liberdade de Expressão x Liberdade da Imprensa*¹⁷. Neste artigo, Paine explica que na Inglaterra, antes da revolução

¹⁶ HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the mass media: a collection of essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 37.

¹⁷ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

de 1688, existia a figura do *imprimeur*, que, tal qual a figura dos censores na França, fiscalizava os conteúdos dos textos antes que esses viessem a ser impressos, ou seja, para qualquer texto ser impresso, antes eles deveriam ser avaliados por fiscais do estado imbuídos desta função. Daí a origem da expressão “censura”. Ocorre que, na Inglaterra, após a Revolução de 1688, o cargo do *Imprimeur* foi abolido, e os textos passaram a poder ser publicados diretamente sem a necessidade de uma autorização prévia.

A impressão era, em consequência dessa abolição, dita ser livre e foi dessa circunstância que o termo liberdade de imprensa surgiu. A imprensa, que é uma língua para os olhos, foi então, colocada exatamente na situação de língua humana. Um homem não demanda antecipadamente liberdade para falar algo que ele tem a dizer, mas ele se torna responsável posteriormente pelas atrocidades que pode ter dito¹⁸.

Sendo importante agora destacar aquela que acreditamos ser uma das principais diferenças entre a Liberdade de Expressão e a Liberdade de imprensa. A Liberdade de Expressão, enquanto tal, tem como objeto a emissão de opiniões e crenças, ligando-se melhor a ideia de emissão de um juízo de valor acerca de algo; já a Liberdade de Imprensa¹⁹ tem como objeto a difusão de fatos e notícias, ligando-se mais adequadamente ao mundo empírico, ou seja, a descrição de fatos com o máximo de isenção possível. Como consequência direta disso, podemos deduzir que a liberdade de imprensa se encontraria suscetível à comprovação da verdade, o que, em tese, não ocorreria com a liberdade de expressão.

Portanto, é importante esclarecer que, a despeito de suas origens históricas, hoje, não é pelo fato de ser impresso ou escrito que estamos diante do direito de liberdade de imprensa, bem como não é pelo fato de a via ser oral que o direito em análise é o direito de liberdade de expressão²⁰. Entendemos que não é o meio, mas, sim, a finalidade que irá separar estes dois importantes conceitos. Assim, estar-se-á diante da liberdade de expressão toda vez que o objetivo for a emissão de uma opinião ou de um juízo de valor acerca de algo e se estará diante da

¹⁸ PAINE apud LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 49.

¹⁹ Alguns, dentre eles cito o professor Edilson Pereira de Faria (2001), preferem o termo “Liberdade de Comunicação”, pois argumentam que o termo “liberdade de imprensa” já estaria ultrapassado, haja vista que, por exemplo, hoje grande parte dos jornais não faz mais uso da via impressa. Contudo, a despeito disso, devido à grande consagração do termo, optamos por, neste artigo, manter a expressão “liberdade de imprensa”. É válido esclarecer, contudo, que, ao fazer uso desta expressão, não estamos nos limitando, com ela, apenas aos jornais impressos, mas a todo e qualquer veículo que tenha como finalidade a divulgação de fatos e notícias.

²⁰ Como exemplo paradigmático do que queremos colocar, é válido mencionar o famoso jornal virtual *Sensacionalista*, que, a despeito da denominação, bem como da via escrita, parece-nos se enquadrar mais diretamente dentro do universo da Liberdade de Expressão.

liberdade de imprensa quando a finalidade for a difusão de fatos e notícias. Sabemos que, por vezes, tal diferenciação não irá se mostrar fácil e clara, mas, a despeito disso, é sempre importante tentar separar estes dois conceitos, haja vista que o tratamento de ambas as situações deverá ser distinto.

LIBERDADE DE IMPRENSA X LIBERDADE DE EMPRESA

No ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal brasileiro considerou não recepcionadas pela Constituição de 1988 duas normas legais provenientes do período ditatorial: através da ADPF 130/DF²¹, a totalidade da Lei 5.250/1967²² (Lei de Imprensa), bem como, através do RE 511.961/SP²³, o artigo 4º, inciso V, do Decreto Lei 972/1969²⁴, que exigia diploma de curso superior específico para o exercício da profissão de jornalista.

Contudo, nestes dois julgamentos, independentemente do acerto ou do erro no tocante ao mérito da questão, percebe-se certa, consciente ou inconsciente, ingenuidade da corte no tocante a sua análise referente a algumas importantes questões envolvendo os direitos de Liberdade de Expressão e Imprensa. Como bem coloca o professor Venício Artur de Lima, em ambas as decisões, é possível perceber que a maioria do STF:

- (1) supõe uma inexistente “autonomia” profissional que confunde o exercício individual da profissão de jornalista com o poder da “imprensa”, isto é, com o poder dos grupos empresariais que contratam e empregam os jornalistas, vale dizer, que são os seus patrões;
- (2) supõe que o jornalista é senhor das pautas, vale dizer, daquilo que efetivamente é veiculado na mídia impressa ou eletrônica, ignorando que os jornalistas trabalham numa estrutura empresarial vertical e hierarquizada onde aqueles em posição de decisão editorial, lá estão porque são, eles próprios, os proprietários da empresa ou porque estão a eles “alinhados”;
- (3) ignora que a atividade de jornalista não pode ser considerada uma extensão, sem mais, da liberdade de expressão simplesmente porque seu objeto não é a opinião mas, em tese, a notícia que deve ser isenta, imparcial e equilibrada. Aqueles que profissionalmente emitem opiniões

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 130/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

²² BRASIL. Lei 5250 de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961/SP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei 972 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0972.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

na mídia – editoriais, colunistas, articulistas, comentaristas, analistas – em sua maioria, nem sequer são jornalistas; e

(4) continua a considerar o Estado como a única ameaça à liberdade de expressão individual e à liberdade de imprensa, ignorando o poder de censura e controle dos próprios grupos de mídia privada, mesmo quando fundamenta o argumento jurídico em premissas que claramente conduzem a conclusões distintas²⁵.

Passemos agora então a analisar por partes estas afirmações feitas pelo professor Venício. Contudo, para entendê-las, é preciso ter como base o fato que a imprensa de hoje é muito distinta do que foi em sua origem. Hoje, a indústria de comunicação se transformou em um grande e lucrativo negócio, onde alguns grandes grupos empresariais privados tentam cada vez mais controlar o fluxo de informações. A liberdade de imprensa não tem hoje o mesmo significado que tinha na Inglaterra do século XVII, “onde ‘the press’ era apenas a tipografia onde indivíduos livres para imprimir e divulgar suas ideias estariam mais preparados para o autogoverno”²⁶.

Neste sentido, são bem esclarecedores os pontos 1 e 2 levantados pelo professor Venício, de os jornalistas hoje serem simples empregados de grandes indústrias midiáticas, não possuindo uma efetiva autonomia e liberdade de, ao seu livre arbítrio, escolherem as pautas que querem trabalhar. O que faz com que facilmente concluamos, na esteira do professor, que não se pode confundir o exercício individual da profissão de jornalista com o poder da imprensa que, hoje, bem mais representa o poder de grandes grupos econômicos.

Outro ponto cirurgicamente ressaltado por Venício, e que já foi destacado no tópico anterior, é que Liberdade de Expressão não se confunde com Liberdade de Imprensa. Ambas, apesar de terem um grande ponto de interseção em comum, possuem conceitos distintos onde o objeto da primeira é a emissão de opiniões fruto de valorações pessoais, enquanto a segunda tem como objetivo a veiculação de notícias sob uma perspectiva mais neutra e equilibrada.

Por fim, Venício conclui o que julgamos ser o principal ponto de sua argumentação, qual seja, que hoje, levando em consideração que o jornalismo se tornou um meio dominado por poderosas instituições, a censura está sendo em grande parte privatizada.

E, como exemplo cristalino deste fato, cito discurso feito por José Eugênio Soares, ou simplesmente Jô Soares, como é conhecido, durante a entrega do Troféu

²⁵ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 215.

²⁶ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 219-220.

Imprensa de 1987, onde acusa a Rede Globo de Televisão (a maior emissora do Brasil e uma das maiores do mundo) de criar, à época, uma lista negra de atores para aqueles que optaram por sair da empresa por vontade própria. Quem assim procedesse, como forma de punição, não teria mais seus comerciais veiculados na emissora, o que, à época, devido ao grande poderio da emissora, equivalia a condenar o ator ou atriz a verdadeiro ostracismo. Neste discurso, Jô, visivelmente indignado com tal política chega inclusive a mencionar conversas particulares que teve com o senhor José Bonifácio Brasil de Oliveira Sobrinho, popularmente conhecido como Boni, um dos grandes diretores da Rede Globo de Televisão, onde ele, Jô, sofre ameaças diretas do diretor.

Em resumo, podemos concluir que a liberdade de imprensa hoje cada vez mais se distancia da liberdade de imprimir de alguns séculos atrás, aproximando-se cada vez mais da “liberdade de empresas cujos principais objetivos são conferir lucratividade aos seus controladores e viabilizar sua própria permanência no mercado”²⁷. E, diante do exposto, como já enfatizamos algumas vezes no presente artigo, faz-se necessária uma efetiva regulação por parte do estado para nunca perder de vista os objetivos fundantes da Liberdade de Expressão e Imprensa, garantindo uma maior pluralidade de vozes neste grande “mercado de ideias”. Assim, paralelamente às já clássicas liberdades negativas perante o estado, faz-se necessário um estado que atue positivamente, não para censurar, mas para impedir o surgimento de verdadeiros monopólios de ideias/valores/verdades, ou seja, garantir um debate público mais plural, onde exista uma maior participação efetiva dos mais variados grupos políticos e ideológicos.

A REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Segundo Cass Sunstein²⁸ e Júlio Barroso²⁹, a proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos, sendo considerado um dos países mais liberais³⁰ no tocante à questão, gira em torno das seguintes eixos: valor da expressão e neutralidade da regulação.

Quanto ao valor da expressão, existem expressões de “alto valor”, que gozam de uma proteção constitucional mais robusta, e expressões de “baixo valor”, que

²⁷ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 208.

²⁸ SUNSTEIN, Cass Robert. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

²⁹ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-63, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³⁰ Essa classificação pode se mostrar um tanto controversa, pois, a depender da questão, essa liberdade pode não existir ou, para outras questões, ele poderia ser melhor classificado como libertário e não como liberal.

possuem uma proteção bem mais frágil. Não podendo deixar de destacar que a linha divisória que separa estes dois importantes conceitos se mostra dotada de grande subjetividade, e que até mesmo a Suprema Corte Norte-Americana nunca conseguiu dotá-la de uma adequada clareza.

A expressão que se mantém no centro da proteção constitucional não pode ser regulada, ou, em alguns casos, exige, para que se possa regulá-la, a condição da iminência de causar um dano muito significativo. Outras formas de expressão estão localizadas na periferia do sistema constitucional de proteção. Por terem “baixo valor”, podem ser reguladas, mas mesmo nesse caso se exige uma justificativa razoável e plausível, menos exigente que a exigida pela expressão de “alto valor”³¹.

Partindo desta linha divisória, em termos gerais, as expressões que gozam de uma proteção mais robusta são as expressões políticas, alocando-se no coração deste importante direito constitucional. E, em se tratando de expressão de cunho político, os americanos levam tal proteção às últimas consequências, protegendo até mesmo, por exemplo, na contramão do mundo e dos principais tratados internacionais de direitos humanos, “um discurso carregado de ódio racial feito por um membro da Ku Klux Klan, ou ainda [...] uma passeata neonazista em uma cidade repleta de sobreviventes dos campos de concentração nazistas”³².

E, como exemplo de expressão de menor valor, pode-se citar o da expressão comercial, o que faz com que se permita ao estado uma regulação mais forte, coibindo, por exemplo, a propaganda enganosa. Nesta mesma seara, estaria a difamação de pessoas privadas, em contraposição às figuras públicas que, na esteira da decisão *New York Times vs Sullivan*³³, gozariam de um alto grau de proteção.

Já no que tange à neutralidade da regulação, a expressão pode ser “neutra quanto ao conteúdo”, “baseada no conteúdo” ou “baseada no ponto de vista”, sendo que a primeira desfruta de uma proteção mais robusta que a segunda, e esta de uma proteção mais robusta que a terceira. Como exemplo da primeira, pode-se citar a proibição de uso de alto-falantes nas proximidades hospitalares.

³¹ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 38, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³² SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 38-39, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³³ UNITED STATES. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 29 de mar. 2017.

Já como exemplo da segunda, a proibição de discutir a legitimidade de uma guerra no interior dos quartéis, aqui não importa se você é a favor ou é contra. Por fim, como exemplo da terceira, pode-se mencionar a mesma proibição de questionar/criticar tal legitimidade, ou seja, aqui se escolhe um dos lados³⁴.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA E A PUBLICIDADE EM CAMPANHA ELEITORAL

Ainda dentro da questão da regulação do discurso, passemos agora a tratar do financiamento de campanhas em seu aspecto publicitário. Este é um dos principais pontos que envolvem a nossa temática, sendo, igualmente, talvez, um dos mais polêmicos.

Para tratar deste ponto, muito esclarecedoras são as colocações feitas por Ronald Dworkin ao analisar a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Citizens United vs. FEC*³⁵, em seu artigo “The Decision That Threatens Democracy”³⁶.

Um primeiro ponto que é importante ser mencionado talvez seja o fato de que muito nos surpreendeu o posicionamento tomado pelo citado autor no artigo, haja vista que consideramos ser tal posicionamento, pelo menos em parte, conflitante com o defendido por ele em seu livro *O Direito de Liberdade*³⁷. Não obstante esse aparente conflito, é válido destacar que as colocações feitas pelo autor no livro, apesar de interconectadas com o artigo, tratam da liberdade de expressão sob um aspecto mais geral, e as colocações feitas no artigo se ligam a ela sob um viés mais voltado publicidade em campanha eleitoral.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passemos a analisar o caso. Em janeiro de 2010, em uma decisão dividida (5x4), os juízes conservadores da Suprema Corte Americana, por iniciativa própria, ou seja, sem pedido das partes, declararam que as corporações e os sindicatos têm o direito de gastar o quanto desejarem em comerciais de TV de cunho eleitoral – decisão esta que, inclusive, foi publicamente criticada pelo presidente Barack Obama.

³⁴ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 38-39, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201503>.

³⁵ UNITED STATES. Supreme Court. *Citizens United vs. FEC* 558 U.S. 310 (2010). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/310/>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Em termos históricos, é importante colocar que, desde 1907 com a *Tillman Act*, tinha sido estabelecido que as corporações, pessoas fictícias criadas por lei, não possuem os mesmos direitos que as pessoas naturais no tocante ao direito de atividade política assegurado pela primeira emenda à Constituição Americana, sendo tal princípio mantido pela Suprema Corte em 1990 na decisão do caso *Austin vs. Michigan Chamber of Commerce*. Além disso, em 2002, foi aprovada pelo congresso a *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA), que proibia as empresas de participarem do processo eleitoral de televisão por 30 dias antes das primárias e 60 antes da eleição. E, por fim, não se pode deixar de dizer que em 2003 a Corte confirmou a constitucionalidade da proibição no caso *McConnell vs. Federal Election Commission* (FEC)³⁸.

Como bem coloca Dworkin, a primeira emenda à constituição americana³⁹, que garante o direito a Liberdade de Expressão e Imprensa como a maior parte das mais basilares e importantes disposições constitucionais, está redigida: “in the abstract language of political morality”⁴⁰. Devido a isso, e creio que neste ponto o professor Owen Fiss⁴¹ concordaria com Dworkin, a linguagem utilizada pelo constituinte não especifica em concreto as dimensões desse direito, isto é, não diz se tal direito protegeria, por exemplo, “a Ku Klux Klan chapter publicly to insult and defame blacks or Jews, or a right of foreign governments to broadcast political advice in American elections”⁴². E, para Dworkin, a decisão destas questões, bem como de vários outros *hard cases*, exige interpretação, e tal interpretação não pode jamais ser uma decisão arbitrária, ou seja, deve ser norteada por princípios.

E, para justificar seu ponto de vista de que a interpretação dada por esses 5 juízes a primeira emenda estaria equivocada, Dworkin analisa as principais correntes justificadoras da Liberdade de Expressão, algumas das quais já trabalham no presente artigo.

A primeira corrente justifica a liberdade de expressão pela necessidade de um eleitorado informado, assegurando aos eleitores um amplo acesso aos mais

³⁸ UNITED STATES. Supreme Court. *McConnell vs. Federal Election Commission* 540 U.S. 93 (2003). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/93/>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

³⁹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴¹ FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. 2ª impr. Cambridge and London: Harvard University Press, 2016. Kindle Version.

⁴² DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

variados posicionamentos políticos, com sua respectiva fundamentação, estando diretamente ligado ao ideal de um “mercado livre de ideias”. Ideal esse que, como bem esclarecemos acima, tal qual o mercado de bens, pode apresentar algumas disfunções. Disfunções estas que, em se tratando de financiamento de campanhas por grandes corporações, são ainda mais potencializadas.

Monopolies and near monopolies are just as destructive to the marketplace of ideas as they are to any other market. A public debate about climate change, for instance, would not do much to improve the understanding of its audience if speaking time were auctioned so that energy companies were able to buy vastly more time than academic scientists⁴³.

Ou seja, a publicidade eleitoral feita pelas grandes corporações não irá colaborar para a diversidade de ideias, mas, sim, apenas reforçar aquelas que estão em consonância com seus interesses. Empresas não têm ideias próprias, sua publicidade irá apenas refletir o interesse de seus gestores, que irá refletir os interesses mais imediatos do mercado, que, por vezes, pode não se harmonizar com os posicionamentos políticos dos seus acionistas. Contudo, com a decisão em comento os gestores poderão fazer uso do capital da empresa, e não apenas do seu capital pessoal, para aumentar a publicidade sobre estas opiniões e valores. Diante disso, irão surgir dois problemas interconectados. Em primeiro lugar, o posicionamento político dos gestores da empresa pode não refletir/harmonizar com o de seus acionistas; e, segundo, devido ao grande volume de dinheiro/publicidade em cima destes posicionamentos, poderá ocorrer uma distorção da realidade, sugerindo maior apoio do que de fato existe para essas controversas opiniões.

Neste ponto, os juízes conservadores, para justificar sua posição, lançam mão de um argumento que foca em um aparente conflito entre o ideal liberdade com o ideal igualdade. Argumentam eles: “that speech may not be restricted just to make candidates more equal in their financial resources”⁴⁴. Contudo, também neste ponto, Dworkin percebe, conjuntamente com Fiss, que pode existir outra maneira de pensar esta questão do que colocando em termos de uma “battle between transcendent values”⁴⁵ ou, nas palavras de Dworkin, “this is not just to be fair to all candidates, like requiring a single starting line for runners in a race”⁴⁶.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴⁵ FISS, 1996, p. 148.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

Em vez de colocar a questão sob uma ótica de um conflito entre o valor liberdade e o valor igualdade, é possível pensá-la através de uma entre o valor liberdade com ele mesmo. “This understanding of what the state is seeking to accomplish would transform what at first seemed to be a conflict between liberty and equality into a conflict between liberty and liberty”⁴⁷. Ou seja, ao se estabelecer uma regulação para o discurso, e, neste caso em especial, impedir um financiamento desregrado de campanha por parte das grandes corporações, o que se quer é evitar o monopólio de ideias permitindo, com isso, um público mais bem informado e de fato livre para tomar uma decisão mais esclarecida.

Dworkin percebe ainda que, caso se estabeleça um teto muito baixo para as despesas eleitorais, alcançar-se-ia a maior igualdade financeira possível, mas, a despeito das benesses disso, este reduzido teto, sim, poderia prejudicar a qualidade do debate. Perceba que estamos diante de um delicado impasse onde se terá fatalmente que decidir o quanto de desigualdade deve ser tolerado para garantir com isso um debate mais robusto. Todavia, e não obstante isso, ou seja, não obstante toda subjetividade e delicadeza desta escolha, “allowing corporations to spend their corporate treasure on television ads conspicuously fails that test”⁴⁸. Ou, no bom português, permitir que grandes corporações gastem ilimitadamente com publicidade eleitoral obviamente não iria refletir uma posição equilibrada.

A segunda corrente, por sua vez, que até o presente momento nós não havíamos trabalhado, “focuses on the importance of free speech not to educate the public at large but to protect the status, dignity, and moral development of individual citizens as equal partners in the political process”⁴⁹. Perceba que, no tocante a este fundamento da liberdade de expressão, ficaria ainda mais clara a irrazoabilidade ou, porque não dizer, erro/equívoco da posição prevalecente na Suprema Corte. Neste ponto, é importante trazer a lume uma tentativa, que ousou dizer pífia, do Juiz Kennedy de tentar justificar a decisão até mesmo sobre esta ótica onde o desacerto da decisão estaria mais escancarado. Argumenta Kennedy que também as corporações teriam um direito a livre expressão “to protect the status, dignity, and moral development of individual citizens as equal partners in the political process”⁵⁰, o que no nosso entendimento e no de Dworkin é sim-

⁴⁷ FISS, 1996, p. 150.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

plesmente assombroso. Apenas seres humanos reais são capazes de ter emoções e se ver insultados em seus sentimentos. Empresas são criações fictícias do direito, que, enquanto tais, não têm essa capacidade.

Por fim, a terceira corrente elencada por Dworkin, e que já havíamos pontuado anteriormente, coloca a Liberdade de Expressão e Imprensa protegida pela primeira emenda como o meio para se garantir uma maior transparência e honestidade do governo. No tocante a este ponto, para defender o seu argumento, Dworkin faz duas colocações. Em primeiro lugar (o que julgamos ser um argumento mais fraco), considera que não existe uma necessidade de as empresas publicarem anúncios publicitários de campanha nas vésperas de eleição para denunciar a corrupção do governo; isso pode ser feito a qualquer momento e é uma obrigação de todos. Em segundo lugar, e aqui acreditamos estar o seu principal argumento, a publicidade desregrada de campanhas por parte de grandes corporações pode, ao invés de prevenir a corrupção, fomentá-la. É ingenuidade pensar que, por exemplo, um congressista que recebeu uma significativa ajuda de uma grande empresa mineradora irá se sentir plenamente à vontade para votar a favor de uma lei que aumenta a proteção ambiental e, conseqüentemente, imprime maior rigor na exploração mineral.

Obama and Speaker Nancy Pelosi had great difficulty persuading some members of the House of Representatives to vote for the health care reform bill, which finally passed with a dangerously thin majority, because those members feared they were risking their seats in the coming midterm elections. They knew, after the Court's decision, that they might face not just another party and candidate but a tidal wave of negative ads financed by health insurance companies with enormous sums of their shareholders' money to spend⁵¹.

Feitas estas considerações, é fácil compreender a ideia de que alguma regulação no tocante a Liberdade de Expressão e Imprensa, em especial no que tange à publicidade em campanha eleitoral, a despeito de toda reticência americana nesta questão, é plenamente desejável. E com tal regulação não se quer tolher a liberdade de ninguém, mas, muito pelo contrário, o que se quer é garantir com ela uma ambiente onde mais pessoas possam livremente expor suas ideias e pensamentos sem vê-los soterrados por uma publicidade predatória e algumas vezes monopolista promovida pelas grandes corporações. A censura não é um privilégio do estado, muitas vezes ela pode ser promovida por empresas privadas através de grandes campanhas publicitárias onde uma ideia é tão fortemente

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *The decision that threatens democracy*. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016, s/p.

promovida que acaba silenciando as demais, sendo o chamado efeito silenciador do discurso, tal como colocado por Fiss⁵².

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA E OS DISCURSOS DE ÓDIO

A seguir, iremos analisar os principais argumentos levantados contra e a favor da proibição dos famigerados discursos de ódio (*hate speeches*). Muitos dos pontos abordados aqui já foram trabalhados acima, mas agora a análise terá como foco os discursos de ódio, isto é, o pano de fundo argumentativo é o mesmo, mas a ênfase será outra.

Discurso de ódio e a busca da verdade

O primeiro ponto que abordaremos envolve a relação entre a liberdade de expressão e imprensa e a busca da verdade. Especificamente nos questionaremos se os discursos de ódio contribuem ou não de alguma maneira neste mercado de ideias.

Um dos principais defensores da liberdade de expressão e imprensa ao fundamento da “busca da verdade” foi o filósofo político John Stuart Mill, que, no capítulo II de sua obra *Sobre a Liberdade*⁵³, diz que restringir essas liberdades ao argumento de uma suposta falsidade das ideias seria uma atitude imprudente por três motivos. O primeiro e mais óbvio motivo é que você pode estar errado, ou seja, a ideia pode ser verdadeira. Em segundo lugar, as verdades são complexas, isto é, nada é completamente falso ou verdadeiro. Por fim, em terceiro lugar, mesmo que se pense que uma ideia é completamente falsa, para Mill, ainda assim essa ideia não deve ser suprimida da esfera pública. Para defender tal ponto de vista, Mill utiliza o conceito de *dogma morto*, que nada mais é que uma verdade cujo fundamento ou razão de ser foi, com o passar do tempo, sendo esquecido. E, neste sentido, permitir um discurso amplo e irrestrito poderia ajudar a impedir que a sociedade se esqueça dos seus erros do passado.

Veja que Mill desenvolve argumentos bastante sofisticados sobre a questão. Contudo, pelo menos no tocante aos discursos de ódio, não se pode deixar de levar em consideração que o:

Cenário propício para a tomada de decisões não é aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas às outras pelas razões mais baixas, mas antes pressupõe alguma predisposição do participante do debate de ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros, e até eventualmente, de rever as suas próprias opiniões. Ele exige respeito mútuo entre os debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente

⁵² FISS, 1996.

⁵³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

como livres e iguais. Este ambiente – descrito por Habermas como o de uma “situação ideal de discurso” – é uma idealização contrafática que não se reproduz integralmente em nenhuma sociedade, mas que, como ideia regulativa, deve orientar a *praxis* política que tenha como objetivo chegar a resultados mais justos e aceitáveis por todos⁵⁴ (grifo nosso).

Neste diapasão, na esteira do argumento levantado pelo professor Daniel Sarmento, pensamos que não é apenas pelo fato de as ideias vinculadas aos *hate speeches* serem moralmente equivocadas que o Estado deve restringir este tipo de discurso. O fato é que, como dito, este tipo de diálogo de cunho mais passional apenas cega os participantes, deixando-os cada vez menos propensos/abertos a escutar o outro.

Quanto a essa questão, é importante mencionar ainda o argumento desenvolvido por Jeremy Waldron⁵⁵. Waldron coloca-se no que tange ao mercado financeiro não é algo assombroso falar-se, até mesmo entre parte dos liberais, na necessidade de algum tipo de regulação, por que não aplicar o mesmo raciocínio para o mercado de ideias? Os economistas já compreendem o fato de que os mercados econômicos são capazes de produzir algumas coisas boas e outras nem tanto. Ou seja, ao mesmo tempo em que podem produzir eficiência, podem não produzi-la; podem, por exemplo, minar a justiça distributiva. No caso do mercado de ideias, seria a verdade o análogo da eficiência ou o análogo da justiça distributiva? Esse é um importante questionamento colocado por Waldron. Ressaltando que nunca ouvi nenhum defensor do mercado de ideias responder a essa pergunta, principalmente porque tais proponentes admitem que, quando tentam descobrir como o mercado de ideias poderia produzir a verdade, eles não têm noção análoga aos entendimentos econômicos de como os mercados produzem eficiência (e minam a justiça distributiva). Virou um *topoi* comum ensinar os alunos na faculdade de direito a soltar o mantra “o mercado de ideias” sem a devida reflexão, que, embora algumas regulamentações governamentais sejam geralmente consideradas importantes no mercado econômico, não desenvolvemos quaisquer análogos para o mercado de ideias. Reflexão esta que Waldron expressamente percebe que poderia ser útil nos argumentos a favor ou contra a regulação do discurso de ódio.

O discurso de ódio e o argumento democrático

No tocante a este aspecto da questão, é importante destacar em primeiro lugar que ele está umbilicalmente ligado ao ponto anterior, isto é, a deliberação

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

pública enquanto busca pela verdade é um pressuposto necessário para qualquer democracia. Apenas uma sociedade bem informada terá as condições necessárias para participar de um modo consciente e crítico do governo existente.

Feito este esclarecimento inicial, passemos agora a analisar até que medida a proteção do discurso de ódio contribui para o autogoverno democrático. Neste ponto, muitos poderiam alegar que qualquer discurso de ódio seria por demais desprezível para contribuir com algo na formação da vontade democrática. No tocante a este ponto, para além de toda a argumentação desenvolvida no tópico anterior, acreditamos ser bastante sofisticada e, ousamos dizer tentadora, a argumentação desenvolvida pelo professor Iris Marion Young em sua obra *Inclusion and Democracy*⁵⁶. Para o professor em comento, impossível seria conter as manifestações políticas aos limites das regras da civilidade e da cultura dominante, sendo característica intrínseca do protesto político o extravasar, o romper as regras.

Todavia, não obstante o fato de acreditarmos que o professor Young não estaria de todo errado em sua argumentação, pensamos ser necessário equilibrar suas colocações com alguns outros importantes pontos a serem considerados. Assim, gostaríamos de enfatizar o fato, principalmente no âmbito do direito norte-americano, de existir muito espaço e preocupação despendidos para o autor do discurso (*speaker*), porém muito pouco ou nenhum espaço é dado àquele que é o receptor da mensagem (*listener*). E, no que tange aos discursos de ódio, no âmbito do polo passivo da mensagem, não se pode negar que tais discursos de intolerância tendem a gerar ou o *revide violento* de suas vítimas ou o *silêncio humilhado*⁵⁷.

O primeiro ponto, qual seja, o *revide violento*, está diretamente relacionado com o fato em parte já abordado no tópico anterior, de que ódio gera ódio e pessoas menos dispostas a um diálogo pautado por um mínimo de racionalidade. Anteriormente, apenas nos limitamos a dizer que aquele que é vítima de um discurso mais agressivo estaria menos propenso a ouvir. Contudo, não se pode negar ainda que, além de não ouvir, tal discurso pode gerar ainda um outro discurso igualmente agressivo como resposta do primeiro, o que irá prejudicar ainda mais o diálogo.

Já no que tange ao segundo ponto, qual seja, o *silêncio humilhado*, oportuno é mais uma vez trazer a esta discussão as reflexões desenvolvidas pelo do professor Owen Fiss em seu livro *The Irony of Free Speech*⁵⁸, em especial destaque as reflexões expostas no capítulo I, intitulado “The Silencing Effect of Speech”.

⁵⁶ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁵⁸ FISS, 1996.

No que tange a este ponto, talvez seja interessante voltarmos no que discutimos no primeiro tópico do presente artigo. Neste tópico colocamos que, apesar de comumente vermos o rótulo de antiestadista veiculado a pensadores como Locke e Montesquieu, tais pensadores em verdade não fazem jus a esta caricatura que normalmente a eles é associada. Em verdade, eles percebem a necessidade de um poder estatal para impedir o surgimento de um estado de natureza, uma completa anarquia onde o mais forte domina o mais fraco por razões de “força bruta” e para o benefício próprio e não tendo como base um fim racional que vise o bem comum.

Diante disso, não é difícil perceber, mesmo hoje em dia, a presença de grupos que, por razões histórico-culturais, foram e são até hoje estigmatizados e eventualmente até perseguidos. E nesse ponto é interessante se atentar que até mesmo o pensamento normativo americano não tem o menor problema em admitir uma atuação estatal quando se está diante de uma violência física direta. Contudo, e não obstante isso, são bastante cegos para os danos e os efeitos de uma violência psicológica discursiva. Violência esta que, por vezes, como Fiss bem percebe, poderá ter um forte efeito silenciador. E, nestes casos, o Estado não deve ser visto como o inimigo único da liberdade, podendo e devendo atuar como uma fonte de liberdade, garantindo que todos tenham voz.

Neste sentido, igualmente lúcidas são as colocações do professor Venício ao perceber que nessas situações pode ocorrer de o “remédio” liberal clássico de mais discurso, em vez da regulação estatal, simplesmente não funcionar⁵⁹.

E ainda, no tocante a essa questão, talvez sejam importantes as colocações feitas por Rawls⁶⁰ acerca do pluralismo razoável. Assim, devemos interpretar a afirmação rawlsiana de que uma sociedade bem-ordenada necessariamente deve ser regida por um sistema democrático, e que uma importante característica de qualquer democracia é o pluralismo. Como acabamos de ver, esse mesmo pluralismo é usado por alguns como justificativa para um discurso mais “amplo”, onde se permitiria a expressão do ódio e do preconceito em geral.

E, para entender melhor esta questão, é preciso entender a proposta de Rawls e como ele estrutura sua ideia de uma sociedade bem-ordenada. As pessoas no mundo contemporâneo, para Rawls, vivem imersas em um grande mar de ideologias e valores, em um grande mercado onde as mais diversas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes competem para tentar dar um sentido que preencha as vidas de cada um. Assim, para ele, com certeza uma sociedade

⁵⁹ LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

⁶⁰ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

bem-ordenada deve ser uma sociedade com uma diversidade cultural, religiosa, moral etc. E neste contexto, para conseguir garantir um mínimo de consenso que se sobreponha a todo esse oceano de valores e ideais, e sabendo que muitos deles são completamente incompatíveis entre si, Rawls constrói a ideia de pluralismo razoável. Ou seja, a despeito de defender uma teoria procedimentalista, ele sabe que “many doctrines are plainly incompatible with the values of democracy”⁶¹. E, dentre aquelas concepções abrangentes de vida que sejam minimamente razoáveis e compatíveis com os valores democráticos, ele irá tentar estruturar uma concepção política que se sobreponha a todas elas, garantindo, ao menos, um consenso sobre algumas questões essenciais. Vale destacar que esta concepção não deve ser entendida simplesmente como um mínimo múltiplo comum entre todas essas doutrinas, pois tal mínimo seria uma concepção política no sentido errado do termo, e Rawls almeja legitimidade, almeja, como dissemos, uma justificação pública de sua concepção. Ou seja, uma concepção de justiça que seja defensável por si mesma e que, ao mesmo tempo, dado o pressuposto de pessoas razoáveis, possa ser endossada, mesmo que por fundamentos distintos, pelos partidários das mais diversas concepções morais abrangentes razoáveis (RAWLS, 2001).

O discurso de ódio, a tolerância e o livre desenvolvimento da personalidade

A Liberdade de Expressão, para além dos seus claros fins políticos, remete ao direito de a pessoa “ser”, um contínuo construir-se e afirmar-se enquanto indivíduo através de um somatório de *personas* que o formam enquanto todo. E, diante disso, uma afronta ao direito de liberdade de expressão irá causar tanto um dano na construção da democracia de um país quanto, e em igual medida, um dano na construção do indivíduo que somos e/ou poderemos vir a ser, pois não se pode negar que o expressar é uma forma de o indivíduo se afirmar e se construir. Contudo, no tocante aos discursos de ódio, o que fazer quando o expressar/construir de um indivíduo afeta/macula o construir de outro?

Neste ponto, entra em jogo a questão de saber os limites da tolerância. E no tocante a este ponto acreditamos ser interessante destacar a posição de dois importantes pensadores contemporâneos.

John Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*⁶², questiona se uma facção intolerante teria algum direito de se queixar caso não seja ela tolerada pelos de-

⁶¹ RAWLS, John. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001, p. 37.

⁶² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

mais, bem como questiona ainda em que condições as pessoas tolerantes podem vir a não tolerar aos intolerantes, e para quais fins.

No que tange à primeira destas indagações, Rawls diretamente afirma que, para ele, uma facção intolerante não teria o direito de se queixar, tendo em vista a máxima que nenhuma pessoa tem o direito de questionar conduta alheia que esteja de acordo com os princípios que ela própria adotaria. Já no tocante à segunda, Rawls afirma, com certa cautela, que somente quando o tolerante acreditar que sua própria segurança e a de suas instituições de liberdade estiverem em perigo é que é possível ele não tolerar a intolerância alheia.

Além de Rawls, Habermas também faz interessantes considerações sobre a questão. Contudo, diferentemente de Rawls, Habermas não se mostra nada tímido em suas colocações: ele separa os conceitos de intolerância e preconceito, afirmando expressamente que, para as questões de preconceito, o remédio não seria a tolerância, mas o esclarecimento. E que a tolerância só passaria a existir uma vez superados todos os preconceitos:

Tolerance can only come to bear if there are legitimate justifications for the rejection of competing validity claims: “If someone rejects people whose skin is black we should not call on him to be “tolerant toward people who look different” [...] For then we would accept his prejudice as an ethical judgment similar to the rejection of a different religion. A racist should not be tolerant, he should quite simply overcome his racism. In this and similar cases, we consider a critique of the prejudices and the struggle against discrimination to be the appropriate response — and not “more tolerance”. The issue of tolerance only arises after those prejudices have been eliminated that led to discrimination in the first place. [...] It is the standard of non-discrimination that first provides this expectation with moral and legal reasons that can out-trump the epistemic reasons for the persisting rejection of those convictions and attitudes, we merely tolerate. On the base of that normative agreement, the potential for conflict in the cognitive dimension of ongoing contradictions between competing worldviews can be defused in the social dimension of shared citizenship. Thus, tolerance only begins where discrimination ends⁶³.

Diante disso, acreditamos que também por este aspecto a liberdade de expressão e imprensa precisa ser regulada e os discursos de ódio de algum modo limitados.

⁶³ HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance: the pacemaker for cultural rights. *Royal Institute of Philosophy*, n. 79, 2004, p. 10-11.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que acima foi dito é possível extrair algumas conclusões. Em primeiro lugar acho que é inegável o fato de que, em uma total ausência de normas regulando a sociedade, não teríamos uma liberdade verdadeira. O que teríamos seria uma anarquia privada onde o mais forte domina o mais fraco pela força bruta. Assim, neste contexto, surge a ideia de estado para garantir um mínimo de racionalidade nas relações sociais.

E se pensarmos que em épocas pretéritas a força física era o grande diferencial na disputa pelo poder e adicionarmos a isso o fato que o universo das ideias, o universo do discurso, também pode ser encarado como uma arena/disputa/mercado. É interessante pensarmos que também neste universo abstrato é preciso existir uma regulação para se garantir a racionalidade e a isonomia adequada para que assim possa triunfar não aquele que “grita mais alto”, mas aquele com melhores argumentos. Neste contexto, é preciso destacar que o estado já não deve ser visto apenas como o grande inimigo da liberdade de expressão e imprensa, podendo ser também um instrumento para uma liberdade mais substantiva.

Assim, a ideia de neutralidade de conteúdo não deve ser vista com sendo um fim em si mesma, não deve ser sacralizada. O princípio responde a uma preocupação subjacente que o Estado possa usar o seu poder para distorcer o debate com vistas a promover resultados particulares, e este propósito deve sempre ser tido em mente. Em conformidade com isso, entendemos que o princípio não deve ser estendido a situações como o discurso de incitação ao ódio e gastos em política, nas quais partes privadas estão restringindo o debate, e a regulação estatal estaria na verdade promovendo um debate livre e aberto. Nestes casos, o Estado pode estar desfavorecendo certos agentes discursivos fazendo julgamentos baseados em conteúdo, mas apenas para assegurar que todos os lados sejam ouvidos. Portanto, o Estado está simplesmente agindo como um imparcial mediador, devotado a fazer com que todos os pontos de vista sejam apresentados. Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, mas assegurar a robustez do debate público. E tal objetivo interfere na análise que devemos fazer da situação. O que defendemos aqui é que a alteração do resultado pelo fortalecimento do debate não deve ser vista como uma causa para preocupação. Não há nada de errado nisso. O que a democracia visa atingir não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informações substanciais e sob condições adequadas de reflexão. “From democracy’ perspective, we should not complain but rather applaud the fact that outcome was affect (and presumably improved) by full and open debate”⁶⁴.

⁶⁴ FISS, 1996, p. 23.

Não obstante isso, na esteira do pensamento norte-americano, contudo, não se podem desconsiderar os riscos que uma regulação de conteúdo pode trazer. Nesse sentido, não se devem perder de vista jamais os riscos de cair em um indesejado estado moralista excessivamente interventor na esfera privada e que quer dizer para cada cidadão a forma correta de conduzir a sua vida. Ou seja, são grandes os riscos de se aprofundar excessivamente neste universo interveniente, deslizando por esta *rampa escorregadia* (*slipery slope*) na busca ilusória de uma Verdade com “V” maiúsculo⁶⁵, já há algum tempo inexistente (se é que algum dia existiu), esquecendo que vivemos em uma sociedade globalizada, cada vez mais plural, com culturas das mais diversas, aprendendo a conviver umas com as outras.

Contudo, apesar desse risco, é preciso perceber, porém, que, se elegemos a democracia como forma de governo, esta escolha em si é um valor. E, tendo isso em vista, não se pode deixar de considerar que, mesmo que se tente evitar qualquer afirmação de conteúdo, chega-se em um limite onde esbarramos nos patamares mínimos da democracia. Contexto este onde até mesmo um procedimentalista como Habermas ganha um viés mais substancial. Neste diapasão, e tendo este valor como base, acreditamos que alguma regulação de conteúdo é impossível de ser evitada. E, como exemplo deste fato, acreditamos que talvez os chamados “discursos de ódio” podem se enquadrar bem.

O que coloca a questão de que alguns dos pluralismos existentes não visam, em suas pretensões normativas levantadas, incluir e abrigar o outro, mas, ao contrário, buscam, com seus discursos radicais, construir exclusões, onde aqueles que não se enquadram ou se amoldam em sua visão de normalidade e/ou moralidade devem ser postos ou mantidos fora, concretizando, ainda que através dos procedimentos formais da democracia, espaços públicos silenciados⁶⁶.

É mais uma vez preciso destacar ainda que muitos constitucionalistas liberais⁶⁷, especialmente nos Estados Unidos, não permitem restrições aos discursos de ódio, sob o argumento de que este tipo de regulamentação estaria afrontando o direito de liberdade de expressão e imprensa. Argumentando que, exatamente por permitir o mais racista ou o mais repulsivo discurso, que uma sociedade deva

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁶⁶ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFGM, Belo Horizonte, 2015, p. 92.

⁶⁷ Dentre estes, cito Dworkin.

ser considerada livre e democrática. Dizendo, como bem lembra Prates⁶⁸ ao criticar Dworkin⁶⁹, que esse é o preço da liberdade, que é um mal necessário conviver com pessoas portando um “emblema da suástica, afirmando que o maior genocídio de todos os tempos, cometido a sangue frio, foi na realidade inventado por suas vítimas”⁷⁰; ou, sendo negro, acordar com uma cruz em chamas em seu quintal⁷¹; ou, sendo homossexual, sair na rua e ver um *outdoor* enorme com o seguinte dizer: “se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável”⁷²; ou, sendo ateu, ligar a televisão e se deparar com um apresentador dizendo, dentre outras coisas⁷³, que “esse é um exemplo típico de quem não acredita em Deus, matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas”.

Todavia, diante dessas colocações, muito precisa é a crítica de Prates ao dizer que, se esse é o preço da liberdade, quem tem pagado essa conta? Parece-nos que apenas um dos lados tem-na pagado e, por isso, essa recusa de se regular os *hate speeches*, ao argumento da neutralidade, não se sustentaria, haja vista que quem assim procede não está sendo neutro de fato. Estaria, em verdade, optando pelo lado daqueles que têm o domínio da situação, que estão na posição de vantagem, mantendo, com isso, ou decidindo manter, o *status quo* da sociedade onde grupos mais vulneráveis são constantemente agredidos.

⁶⁸ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 362.

⁷¹ R.A.V. v. City of St. Paul 505 U.S. 377.

⁷² Processo 0045315-08.2011.8.26.0506.

⁷³ [...] porque o sujeito é ateu, na minha modesta opinião, não tem limites, é por isso que a gente vê esses crimes aí. [...] Agora, vocês que estão ao lado de Deus, como eu, podiam dar uma lavada nesses caras que não acreditam em Deus,... para provar que o bem ainda é maioria... porque não é possível, quem não acredita em Deus não tem limite. Ah Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias. Até tem, até tem, mas, eu costume dizer que quem não acredita em Deus, não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus. [...] é por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo mais, entendeu? São os caras do mau. Se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é [...], o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não tem limite nenhum. [...] Esse é um exemplo típico de quem não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus. [...] é provável que entre esse ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, mas é provável que tenha bandido votando até de dentro da cadeia (BRASIL, Ministério Público Federal, p. 3-4) – Processo 0023966-54.2010.403.6100.

Neste ponto, inclusive, é importante destacar, como apontado por Waldron⁷⁴, Schauer⁷⁵, Brugger⁷⁶ ou, aqui no Brasil, Sarmento⁷⁷, que tal posição liberal ou, ousado dizer, libertária, dos norte-americanos é praticamente única entre as democracias ocidentais:

De modo geral, nem o direito constitucional moderno nem o direito internacional permite ou proíbe o discurso do ódio de maneira consistente. Na comunidade mundial, tal discurso às vezes é protegido, às vezes não. Entretanto, o discurso do ódio é muito mais protegido nos Estados Unidos do que na Alemanha, Europa, Canadá e na maioria dos países com constituições modernas. Na jurisprudência dominante americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros. O direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos não americanos atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso do ódio⁷⁸.

Assim, cremos que já é chegada a hora de aceitarmos que a violência simbólica das palavras pode, por vezes, machucar mais que a física. Ainda mais se levarmos em consideração o fato de, regra geral, esses discursos serem direcionados a minorias políticas que cotidianamente são obrigadas a enfrentar a sociedade para serem aceitas e que foram, por vezes, historicamente perseguidas e violentadas. Oportuno trazeremos a esse trabalho as colocações feitas pelo professor Prates ao analisar um provérbio anglo-saxão infantil que diz o seguinte: “Sticks and Stones may break my bones but names (or words) will never hurt me!”⁷⁹. Assim,

⁷⁴ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

⁷⁵ SCHAUER, Frederick. The First Amendment as Ideology. In: ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (Eds.) *Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

⁷⁶ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, out./dez. 2006a, p. 80-81.

⁷⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 118, jan./mar. 2007.

⁷⁹ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015, p. 83.

[...] as crianças podem até recitar cotidianamente este provérbio como forma de amadurecimento, “entretanto, as palavras ferem”, sendo este um dos motivos do citado provérbio ter sido criado como forma de preparar para tais feridas. Em realidade, discursos de ódio podem “quebrar alguns ossos”, assim como, para nos apropriarmos de uma elaboração de Langton, “determinar a posição ou o *status* social de alguém ou algum grupo da sociedade” (LANGTON, 1993: 302), isto é, podem ser muito mais que meras falas, já que têm a força de perpetuar exclusões, hierarquias e estigmas opressivos, pois refletem uma estrutura simbólica na qual estão envolvidos “quem enuncia”, “sobre quem o enunciado é expresso”, “qual o efeito pretendido” e “de onde” estes mesmos ditos são realizados⁸⁰.

Sabemos que este tipo de regulação mostra-se por demais controverso, mas, na esteira de Habermas, cremos ser necessário separar o conceito de intolerância do de preconceito. E, no universo do preconceito, onde se pressupõe uma exclusão do outro da esfera pública por motivos irracionais, o remédio adequado não é a tolerância, mas, sim, a sua superação.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (Eds.). *Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República do Estado de São Paulo. Processo: 00239665420104036100. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-datena-mpf-crenca.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. Processo 0034549-11.2004.4.03.6100. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRASIL. Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. Processo 0023966-54.2010.4.03.6100. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

⁸⁰ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015, p. 104.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo 0045315-08.2011.8.26.0506. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002W8K20000>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 0001233-21.2003.404.7100/RS. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-2013-tapinha.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.

DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. The decision that threatens democracy. *The New York review of books*, 2010. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. Tese de Doutorado. FD-UFSC, Florianópolis, 2001.

FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. 2. impr. Cambridge and London: Harvard University Press, 2016.

FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, Liberdade de Expressão e Valor Equitativo das Liberdades Comunicativas*. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2014.

GOMES, Wilson. *Opinião política na internet: uma abordagem ética das questões relativas a censura e liberdade de expressão na comunicação em rede*. Apresentado na 10ª Reunião Anual da COMPOS, GT Comunicação e Política. Brasília: UnB, 2001.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Fronteiras-estudos midiáticos*, v. 7, n. 3, p. 214-222, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance: the pacemaker for cultural rights. *Royal Institute of Philosophy*, n. 79, p. 5-18, 2004.

HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith (Ed.). *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de Expressão x Liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2. ed., rev., e ampl. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

LOCKE, John; SHAPIRO, Ian (Ed.). *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*. New Haven and London: Yale University Press, 2003.

MACLEOD, Colin. *Freedom of Speech*. In: MANDLE, Jon; REIDY, David A. *The Cambridge Rawls Lexicon* (Eds). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015.

RAWLS, John. *A lei dos povos e a ideia da razão pública revisitada*. Tradução Paulo Barcelos. Revisão Pedro Bernardo. Lisboa: Edições 70, 2014.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999a.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Cláudia Berliner. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000a.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. *The law of people: with the idea of public reason revisited*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999b.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, out./dez. 2006a.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudo de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

SCHAUER, Frederick. The First Amendment as Ideology. In: ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (Eds.) *Freeing the First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2009.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-63, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322015000100037&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1º set. 2016.

SUNSTEIN, Cass Robert. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

UNITED STATES. Supreme Court. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/#annotation>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Data de recebimento: 26/07/2017

Data de aprovação: 11/04/2018

DESAFIOS DO ESTADO DE DIREITO DIANTE DO TERRORISMO

CHALLENGES OF THE STATE OF LAW IN TERRORISM

*Juliana Giovanetti Pereira da Silva**

*Pedro Ernesto Neubarth Jung***

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar as implicações do terrorismo no Estado Contemporâneo. Nesta toada, em um primeiro momento, buscar-se-á compreender as principais características do terrorismo no cenário global, diferenciando terrorismo e guerra, bem como discorrendo acerca dos ataques terroristas mais emblemáticos dos últimos anos. Em seguida, abordar-se-ão as legislações de exceção editadas pelos Estados com fins de combate ao terrorismo. Após, adentrar-se-ão as crises constitucionais enfrentadas pelos Estados, decorrentes do confronto entre o ideal de segurança prometido pelo Estado Constitucional e restrição das liberdades individuais dos sujeitos. Por fim, questionar-se-á sobre a possibilidade de inter-relação entre Estado de Direito e combate ao terrorismo, assim como sobre a possibilidade de este mesmo Estado frear esses ataques. Para tanto, adota-se o método hermenêutico-fenomenológico, proposto por Heidegger.

Palavras-chave: Estado de direito; Terrorismo; Estado de exceção; Crise constitucional; Fim do estado constitucional.

* Doutoranda em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público (Direito Fundamentais Coletivos e Difusos) pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), bolsista CAPES. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC – Campinas). Advogada. Professora de Direito em cursos preparatórios para concurso público. Endereço eletrônico: julianagiovanetti@hotmail.com.

** Graduado em Direito pela Universidade Feevale (2015). Mestrando em Direito no PPGD da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, atua como pesquisador, mestrando, nessa mesma instituição, nos projetos de pesquisa “Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina”, “AUTO-ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO: Comunicações e Autorreferência entre Brasil e Chile” e “Teoria do Direito e Evolução Social – UNISINOS”. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Advogado. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

ABSTRACT

The present paper presented has as scope to analyze the implications of the terrorism in the Contemporary State. In this first attempt, it will for try to understand the main characteristics of terrorism in the global scenario, differentiating terrorism and war, as well as discussing the most emblematic terrorist attacks of recent years. It will then deal with the exception laws enacted by States for the purpose of combating terrorism. Afterwards, the constitutional crises faced by the states, arising from the confrontation between the ideal of security promised by the Constitutional State and the restriction of the individual freedoms of the subjects, will be introduced. Finally, it will question the possibility of an interrelation between the rule of law and the fight against terrorism, as well as the possibility of the same state to stop these attacks. For that, the hermeneutic-phenomenological method proposed by Heidegger is adopted.

Keywords: Rule of law; Terrorism; State of exception; Constitutional crisis; End of constitutional state.

INTRODUÇÃO

O terrorismo internacional, tal como delineado na contemporaneidade, representa um fenômeno globalizado, que vem ocasionando temor no cenário mundial e ensejando providências por parte dos Estados, numa tentativa de frear os atos de terror que assolam a sociedade, tiram vidas, afetam a integridade física dos indivíduos, bem como o funcionamento dos serviços públicos, além da economia e do turismo.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende abordar as características contemporâneas desse fenômeno complexo que é o terrorismo internacional e como os Estados Constitucionais têm reagido a tais atos de terror perpetrados dentro de seus territórios. Para tanto, adotam-se como paradigma de abordagem países que vêm sendo alvos constantes dessa violência, como, no âmbito europeu, França, Reino Unido e Espanha, e, no continente americano, direciona-se a análise aos Estados Unidos, bem como as decorrentes políticas estatais adotadas após a ocorrência desta espécie de macrocriminalidade.

Desta feita, inicialmente se discorre acerca do terrorismo internacional, e, apesar da dificuldade conceitual deste, intenta-se apresentar uma conceituação conforme os ditames seguidos neste trabalho. Realiza-se também uma breve distinção entre atos terroristas e guerra, destacando as principais características do fenômeno, que confronta com o modelo westfaliano de Estado, ressaltando-se, ainda, os ataques terroristas mais emblemáticos dos últimos anos.

Após, adentra-se no estudo do estado de exceção, versando acerca das legislações draconianas editadas pelos Estados, com fins de restabelecer a segurança nacional e concentrar os poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo.

Neste ínterim, constata-se que os governantes têm se utilizado de legislações de exceção, com consequentes restrições severas a direitos e garantias fundamentais dos indivíduos na tentativa de evitar ataques terroristas dentro de seus territórios.

A partir disso, verifica-se a crise constitucional oriunda dos reflexos do terrorismo transnacional no âmbito dos Estados e passa-se a discorrer acerca do binômio segurança *versus* liberdade, sendo estes dois direitos fundamentais que entram em rota de colisão na busca estatal de frear os eventos terroristas.

Assim, questiona-se se estas medidas são compatíveis com o Estado de Direito no qual se encontram inseridas, sendo necessário verificar se estes Estados vêm rompendo o contrato constitucional em nome de uma pretensa preservação da segurança.

Aqui se encontra a relevância do tema, vez que os governantes se utilizam de determinados momentos de crise, como a identificada na insegurança gerada pelos atos terroristas que deixam a sociedade mais vulnerável, e, aproveitando-se desta fragilidade social e estatal, adotam medidas draconianas como tentativa de frear os atos de terror. Porém, conseqüentemente, restringem direitos historicamente conquistados pelos cidadãos, colocando em risco os princípios basilares do Estado de Direito.

Do ponto de vista metodológico, adota-se o método hermenêutico-fenomenológico, conforme formulado por Heidegger, para buscar uma revisão crítica dos temas tratados por meio da linguagem, a qual não é analisada meramente em um sistema fechado, mas, sim, no plano da historicidade, implicando uma “desleitura” do conteúdo temático, podendo, assim, obter as conclusões da presente pesquisa¹.

O TERRORISMO INTERNACIONAL NA CONTEMPORANEIDADE

O terrorismo representa um fenômeno eminentemente multifacetado e que vem disseminando medo, principalmente após os ataques de 11 de setembro de 2001, em todo o cenário global. Diante disso, conceituar terrorismo representa um desafio, devido à complexidade desse evento, que constitui uma ameaça invisível à sociedade, com inimigos sem rosto e impossível de controlar.

Nesse contexto, a expressão “terror”, tal como utilizada contemporaneamente, é encontrada, em 1335, no idioma francês – *terreur* – para exprimir um

¹ STEIN, Enildo. *A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017, p. 159-178; STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 135-140.

medo ou ansiedade extrema, oriunda de uma “ameaça vagamente percebida, pouco familiar e largamente imprevisível”².

Já em sua versão moderna, a palavra “terrorismo” remonta ao século XVIII, período da Revolução Francesa em que os jacobinos, parcela radical da burguesia francesa, liderados por Robespierre, instauraram políticas estatais de terror e repúdio contra seus adversários, os girondinos³.

Entretanto, o terrorismo internacional apenas se difunde durante o período das duas grandes guerras mundiais, vindo a ganhar destaque no cenário global e tornando-se novamente motivo de preocupação entre os Estados em 11 de setembro de 2001, após os ataques em série perpetrados contra as Torres Gêmeas e o Pentágono, nos Estados Unidos. Após este fato, o mundo se tornou “mais polarizado, com o direito internacional mais fraco e com instituições multilaterais mais vulneráveis”⁴. A partir disso, observa-se que os atos terroristas do século XXI se caracterizam pelo rompimento de fronteiras e, ainda que se limitem a territórios específicos, seus efeitos são globais⁵.

Diante disso, vale-se da conceituação de terrorismo de Joaquim Ebile Nsefum:

Atos contra a vida, integridade corporal, saúde ou liberdade das pessoas; de destruição ou interrupção dos serviços públicos ou de destruição ou apropriação do patrimônio que, verificados sistematicamente, tendem a provocar uma situação de terror que altera a segurança e a ordem pública com fins políticos⁶.

De acordo com a conceituação apresentada, observa-se que o terrorismo internacional abala toda a estrutura estatal, afetando, além da saúde e integridade física dos indivíduos, os serviços prestacionais do Estado, bem como o turismo e os negócios nas localidades alvo dos atos de terror, atingindo, consequentemente, a economia estatal.

Neste momento, convém salientar a diferença entre terrorismo e guerra, vez que são fenômenos distintos e, muitas vezes, utilizados indevidamente como sinônimos: “War is traditionally defined as a state of belligerency between

² PELLET, Sarah. A ambiguidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.

³ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 23.

⁴ HELD, David. O cosmopolitismo depois do 11 de setembro. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FREITAS, Juarez de (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 63.

⁵ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 41.

⁶ NSEFUM, Joaquim Ebile. *El delito de terrorismo: su concepto*. Madrid: Montecorvo, 1985, p. 54.

sovereigns. The wars with Afghanistan and Iraq were wars; the struggle against Osama bin Laden and al Qaeda is not [...]”⁷.

Deste modo, atos de guerra são aqueles considerados juridicamente legítimos em deliberadas hipóteses e que devem respeitar determinados ditames internacionais, como a Convenção de Genebra. Já os atos de terrorismo jamais são considerados legítimos perante ordens jurídicas e pretendem criar uma ameaça generalizada⁸, representando um exemplo da macrocriminalidade constante e crescente no mundo globalizado.

Nas lições de André Luís Callegari⁹, terrorismo retrata uma negação de direitos fundamentais, mediante a utilização de atos violentos para propagação do terror, o que se dá dentro de estruturas organizadas e com fins políticos. Dito isso, constata-se que o fim imediato é a disseminação do sentimento social de medo, ocasionando um espetáculo de horror, para, assim, impressionar e atingir o Estado¹⁰.

Veja-se que o terrorismo não se satisfaz meramente com a violência em si, “mas com o uso simbólico da linguagem da violência, desafiando o poder do Estado, buscando tomar-lhe, ilegitimamente, o seu espaço, a fim de construir o que os terroristas chamam de ‘seu espaço social’”¹¹.

Não obstante, Jacques Chevallier¹² tece importantes considerações acerca do tema, considerando que o terrorismo internacional tende a se desenvolver em virtude da globalização, não sendo mais um fenômeno meramente interno ou derivado de um conflito regional, já que, ao adquirir novas dimensões nos últimos anos, suas práticas contemporâneas passam a atingir o “coração da economia mundial”, pois confrontam a ordem internacional sem hesitar em golpear fortemente a potência hegemônica sobre a qual se apoia essa ordem.

⁷ [...] A guerra é tradicionalmente definida como um estado de beligerância entre soberanos. As guerras com o Afeganistão e o Iraque foram guerras; já as lutas contra Osama Bin Laden e a Al Qaeda não [...] (Tradução nossa). ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1032. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁸ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 66-67.

⁹ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 32.

¹⁰ GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 17-21.

¹¹ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 44.

¹² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno. L'État post-moderne*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 37.

Ademais, as práticas terroristas contemporâneas enfraquecem o modelo estatal westfaliano, o qual pressupõe três elementos como constitutivos do Estado, quais sejam: i) povo; ii) território e iii) soberania.

Destarte, o território representa o *locus* onde o governante pode exercer seu poder de constrangimento, organizando e fazendo funcionar diversos serviços públicos¹³. Entretanto, o terrorismo transnacional viola esta lógica, pois rompe com esse poder de organização e com as fronteiras estatais, apresentando-se como um evento desterritorializado, que adquire intenso significado político:

Le terrorisme global témoigne ainsi d'une crise du territoire, non pas comme réalité physique ni même comme unité géopolitique, lesquelles demeurent mais comme signifiant politique. Le territoire n'est d'ailleurs plus l'enjeu principal de ce nouveau terrorisme global. Ce n'est plus une terre que l'on se dispute, et c'est pour cette raison qu'il est difficile de mettre un terme au terrorisme. La disjonction entre le lieu de l'affrontement et l'espace du dénouement, la disparité entre le localisme du défi et l'universalisme de sa résolution, rend la violence terroriste encore moins recyclable par le politique¹⁴.

Outro elemento atingido pelo fenômeno é a soberania do Estado, a qual representa o poder de organização jurídica de uma nação dentro de um território¹⁵. Deste modo, a soberania resta fragilizada quando o Estado se torna alvo de um ato terrorista, vez que a população coloca em xeque os poderes estatais e suas políticas protetivas, sendo necessário que o Estado se mobilize para restabelecer a organização jurídica da nação. Veja-se que as práticas de atos de terror atuam de maneira desterritorializada e descentralizada, enfraquecendo a soberania estatal, já que desbanca o monopólio do Estado sobre a violência¹⁶.

Em vista disso, na sociedade cosmopolita, as fronteiras entre os Estados não podem mais reivindicar o significado moral e jurídico que possuíam na época

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 170.

¹⁴ [...] O terrorismo global testemunha, assim, uma crise do território, não como uma realidade física nem como uma unidade geopolítica, que permanece como significante político. O território não é mais a principal questão desse novo terrorismo global. Não é mais uma terra que está sendo discutida, e é por isso que é difícil acabar com o terrorismo. A disjunção entre o lugar do confronto e o espaço do desfecho, a disparidade entre o localismo do desafio e o universalismo de sua resolução, torna a violência terrorista ainda menos reciclável pela política. [...] (Tradução nossa). GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 40.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 174.

¹⁶ CALLEGARI, André Luis. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 63.

da soberania clássica¹⁷, nem mesmo o soberano detém o mesmo poder de organização política dentro de seu território, o qual pode ser abalado a qualquer momento por atos terroristas.

Neste pórtico, o Estado Moderno – o qual ascendeu, por mais de duzentos anos, até a década de 1970, de forma contínua e independente da ideologia e da organização política¹⁸, encontra-se enfraquecido diante da era globalizada, sendo o terrorismo transnacional um dos fatores que contribui para o abalo do modelo westfaliano.

Diante disso, denota-se que o terrorismo contemporâneo representa um evento extremamente complexo e que atinge as estruturas estatais. A partir disso, adotando como recorte temporal para esta análise a sociedade globalizada, passa-se a discorrer acerca dos atentados mais emblemáticos dos últimos anos, com fins de retratar a importância da temática abordada.

Nesta senda, contemporaneamente, o terrorismo voltou a se tornar motivo de preocupação na agenda estatal, ocorrendo mais de 40 (quarenta) atentados terroristas desde o início do século XXI – o qual tem sido caracterizado pela macrocriminalidade, lutas territoriais e conflitos –, instaurando o sentimento de insegurança e vulnerabilidade nas sociedades ocidentais.

Assim, o mais emblemático evento de terror se deu em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, acarretando a morte de milhares de pessoas, bem como “[...] pusieron de relieve el surgimiento de grupos terroristas con capacidad para burlar los sistemas más perfeccionados y para actuar en cualquier parte del mundo mediante ataques capaces de producir un enorme número de víctimas [...]”¹⁹.

Outro ataque que causou perplexidade na sociedade cosmopolita ocorreu em 11 de março de 2004, em Madri, na Espanha, quando uma série de ataques coordenados atingiu o sistema de trens da capital espanhola, deixando dezenas de mortos e milhares de feridos.

Não obstante e mais recentemente, o continente europeu voltou a ser alvo dessa espécie de macrocriminalidade, principalmente após os idos de 2015, quando o jornal *Charlie Hebdo* satirizou Alá, representando esta conduta uma

¹⁷ HELD, David. O cosmopolitismo depois do 11 de setembro. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FREITAS, Juarez de (Orgs.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 60-61.

¹⁸ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 41.

¹⁹ [...] eles destacaram o surgimento de grupos terroristas com a capacidade de contornar os sistemas mais sofisticados e de agir em qualquer lugar do mundo por meio de ataques capazes de produzir um grande número de vítimas [...] (Tradução nossa). VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafíos actuales del Estado Constitucional: estado de derecho, derechos humanos y Legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 273.

ofensa aos muçulmanos. Em decorrência dessa dificuldade de integração com a comunidade islâmica, deu-se o massacre no mencionado jornal, em Paris, na França, em janeiro de 2015, culminando com diversos outros ataques no território, como o fuzilamento em massa, em 15 de novembro de 2015, na capital – situação que acarretou a decretação de estado de emergência pelo então presidente francês, François Hollande, o qual perdura desde então. No ano seguinte, em 14 de julho de 2016, o país voltou a ser assolado pelo terror, com o atropelamento de civis, no balneário de Nice.

Além da França, o Reino Unido também foi alvo de diversos atos de terror, como o ataque de 22 de março de 2017, em Londres, sendo este atentado visto como uma retaliação às políticas restritivas adotadas pelo país em face dos migrantes e refugiados. A capital inglesa voltou a ser novamente atingida em 22 de maio do mesmo ano, com a explosão de uma bomba durante um evento musical e, poucos dias depois, em 3 de junho, com o atropelamento de civis por uma *van*, na London Bridge.

Ressalta-se que, além dos mencionados ataques, diversos outros países como Bélgica, Bulgária, Turquia, dentre outros, foram vítimas do desenfreado terrorismo global²⁰.

Contudo, nos atentados descritos, podem-se constatar fatores comuns, como a escolha de cidades turísticas e locais com grandes aglomerações de pessoas, além da motivação oriunda de forte ideologia político-religiosa, a qual também é instrumento para recrutamento de novos adeptos²¹.

A partir desse cenário de medo e horror, constata-se o enfraquecimento do modelo westfaliano e a galvanização da sociedade ao redor de seu Chefe de Estado, o qual passa a implementar diversas medidas de exceção, com fins de retomar a soberania e frear o terror, sob a alegação de preservação dos ditames democráticos estabelecidos na ordem constitucional. Nesta esteira, a seguir, discorre-se acerca do estado de exceção e das legislações editadas pelos Estados como tentativa de conter o terrorismo transnacional.

O ESTADO DE DIREITO DIANTE DAS LEGISLAÇÕES DE EXCEÇÃO

O combate ao terrorismo representa um desafio à manutenção de postulados fundamentais de um Estado Constitucional²². Devido a isso, os governantes

²⁰ VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado constitucional: estado de derecho, derechos humanos y legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 273.

²¹ GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 11-14.

²² CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 24.

têm se direcionado a estabelecer medidas draconianas, com fins de prezar pela segurança e manutenção da ordem estatal.

Nesta senda, Giorgio Agamben²³ considera que o “estado de exceção é uma resposta do poder estatal aos conflitos internos mais extremos”. Assim, o estado de exceção se caracteriza pela concentração de poderes nas mãos do soberano ou Chefe do Executivo, que, sob a alegação de supressão das lacunas do direito público, esvazia os direitos dos cidadãos.

Não obstante, André Luís Callegari²⁴ entende o estado de exceção como “a capacidade que se reserva o Estado de ampliação da violência estatal com a suspensão ou, até mesmo, violação da lei, o que pode ocorrer, por exemplo, em ‘estados de sítio’ ou ‘estados de emergência’”. Ainda, o autor destaca que o estado de exceção, muitas vezes, é convertido em “exceção perpétua”, atribuindo-se a certa parte da sociedade a categoria de excluídos, ou seja, aqueles que não possuem bens e tutela do Direito ou, se possuindo, podem ser despojados deles mediante o arbítrio do Estado²⁵.

Esta prática foi intensamente utilizada durante o Terceiro Reich para suspender direitos relativos às liberdades individuais, previstos na Constituição de Weimar,²⁶ adotando, desta forma, uma ditadura constitucional que perdurou por doze anos.

Veja-se que esta conduta permanece sendo adotada nos Estados Contemporâneos, inclusive no âmbito de países democráticos, mediante a ampliação dos poderes governamentais do Poder Executivo, afetando, ainda, a separação dos poderes e, conseqüentemente, acarretando a supressão do Estado de Direito por meio do Direito.

Sob esta perspectiva, Giorgio Agamben²⁷ salienta que o estado de exceção era concebido, no passado, como uma medida essencialmente temporal, porém se converteu hoje em uma técnica normal de governo, como é o caso da França, que vive há anos sob a decretação de estado de emergência. Destarte, a perpetuação do estado de exceção se relaciona intensamente com o terrorismo internacional e a decorrente insegurança estatal.

²³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

²⁴ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 85.

²⁵ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 85-86.

²⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12-13.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 108, 2014, p. 25. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v108p21>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

Ressalta-se que Carl Schmitt²⁸ considera o estado de exceção um fenômeno eminentemente político, cabendo ao soberano o monopólio decisório, o qual suspende o direito para garantir que o Estado permaneça, ou seja, buscando a autoconservação da entidade estatal. O pensamento de Schmitt traz como pressuposto que as relações da vida e a política não se ajustam à norma jurídica, vez que “o contínuo funcionamento normal do ordenamento jurídico [...] é interrompido pela irrupção da vida, pela situação de exceção”²⁹.

Nesse sentido, Adamo Dias Alves e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira³⁰ lecionam que: “A exceção em Schmitt desempenha elemento central. Para Schmitt, somente diante da excepcionalidade (*Ausnahmezustand*) pode-se vislumbrar quem é o soberano, pois é justamente o soberano quem decide sobre o estado ou situação de exceção”. Nesta perspectiva, em situações de exceção o soberano é o criador da ordem política, enquanto a norma jurídica advém de uma ordem normativa concreta que se apresenta nas situações limites. Dito isso, esta seria a ditadura constitucional:

O estado de exceção pressupõe a existência de uma decisão soberana que tenha suspenso a norma para tornar possível a normatização da vida, para garantir a estruturação normal das relações de vida, conforme indicado por Schmitt em Teologia Política, porquanto a norma não pode ser aplicada à anormalidade³¹.

Inclusive, esta foi a concepção de estado de exceção, sob a perspectiva schmittiana, adotada pelo governo de George W. Bush, que, mediante a suspensão de direitos, promulgou a *military order*, em 2011, no mesmo ano dos atentados ao World Trade Center, autorizando a detenção e o processo perante comissões militares de indivíduos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas³².

Nesse sentido, leciona Mireille Delmas-Marty, destacando as condutas adotadas pelos Estados Unidos após serem vítimas do terrorismo internacional:

Après l'apparition d'un terrorisme sans frontières, avec les attentats du 11 septembre 2001, puis les ripostes guerrières des États-Unis et de leurs

²⁸ SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 18-19.

²⁹ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 71, 2015, p. 178-179. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

³⁰ ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 105, 2012, p. 239. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Carl-Schmitt-o-teorico-da-excecao-sob-estado-de-excecao.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

³¹ MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 71, 2015, p. 183. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

³² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

alliés, le monde s'est engagé dans une escalade sans fin de mesures et contre-mesures, ripostes et contra-ripostes, allant de l'exécution extra-judiciaire de Ben Laden aux attentats programmés par l'organisation dite <<État islamique>>³³.

Ainda, o Estado americano promulgou o USA Patriot Act, o qual admitia a violação de diversos direitos individuais, mediante a flexibilização do princípio da legalidade com fins de atingir uma maior segurança estatal. O mencionado texto, entre diversas outras disposições, compactuava com prisões arbitrárias, práticas de tortura, violações de prerrogativas funcionais de advogados, dificultando o direito de defesa dos acusados, além de sujeitar os prisioneiros de Guantánamo a uma forte indeterminação quanto aos direitos humanos.

Neste aspecto, Antoine Garapon e Michel Rosenfeld³⁴ salientam que o presidente americano à época, George W. Bush, com fins de suprimir direitos e garantias individuais dos suspeitos de terrorismo, deslocou a base dos prisioneiros para Guantánamo, em Cuba, e, por este local não ser território americano, os detentos não poderiam reivindicar o estatuto dos prisioneiros de guerra protegido pela Convenção de Genebra, dando, deste modo, uma resposta desterritorializada e de uma maneira não jurídica. Todavia, os autores concluem que “[...] cette solution, consistant à déterritorialiser la réponse en créant un non-lieu juridique, ne se mostra pourtant pas suffisante pour éradiquer toute menace terroriste à l'intérieur des États-Unis, ni pour se prémunir de toute contradiction avec la rule of law [...]”³⁵.

Constata-se, portanto, que a mencionada legislação de exceção adotada pelos Estados Unidos até pouco tempo – considerando que as disposições do USA Patriot Act expiraram em julho de 2015 – acarretava a anulação radical de “todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”³⁶.

³³ [...] Após o surgimento do terrorismo sem fronteiras, com os ataques de 11 de setembro de 2001 e as respostas bélicas dos Estados Unidos e seus aliados, o mundo se envolveu em uma escalada interminável de medidas e contramedidas, respostas e contrarrespostas, variando de execução extrajudicial de Bin Laden a ataques planejados pela organização chamada “Estado Islâmico”. [...] (Tradução nossa). DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 22.

³⁴ GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 163-168.

³⁵ [...] esta solução, que consiste em desterritorializar a resposta, criando um não processo legal, não foi, no entanto, suficiente para erradicar qualquer ameaça terrorista dentro dos Estados Unidos, nem para evitar qualquer contradição com o estado de direito [...] (Tradução nossa). GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 164-165.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

Assim, o período pós 11 de setembro de 2001 representou a hegemonia unilateral dos Estados Unidos sobre o mundo, o qual rasgou convenções internacionais até então aceitas, reservando-se o direito de fazer guerras e operações militares a seu bel-prazer, mediante adoção de uma política megalomaniaca, que “tenta reviver os terrores apocalípticos da Guerra Fria, quando já não lhe é plausível inventar ‘inimigos’ para legitimar a expansão e o emprego do seu poder global”³⁷.

Além dos Estados Unidos, países europeus também adotaram – e ainda adotam – medidas de exceção com fins de tentar conter os atos terroristas. Diante disso, o Reino Unido, após ser vítima frequente desses ataques, enrijeceu suas normas antiterroristas e ampliou os poderes dos órgãos de combate a macrocriminalidade, permitindo o confisco de documentos de suspeitos de terrorismo em zona de fronteira, podendo, inclusive, despojar indivíduos de seu direito de residência e determinar a exclusão temporária do território de cidadãos britânicos³⁸. Destaca-se que essas condutas ensejam a violação de disposições protetivas internacionais, como o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que assegura o direito de ingressar e fixar residência ou deixar qualquer país.

No mesmo sentido, a França, após se tornar alvo frequente do terrorismo internacional, promoveu mudanças constitucionais com intuito de evitar tais atos de violência e garantir a segurança interna. Para tanto, restringiu direitos fundamentais, por meio da admissão de retirada da nacionalidade de envolvidos em organizações e atos terroristas e da dissolução de associações que fomentem o ódio³⁹. Esta previsão do ordenamento francês mostra-se bastante preocupante, pois despojar indivíduos de sua nacionalidade pode acarretar situações de apatridia, marginalizando esses sujeitos, que estariam destituídos de qualquer elo legal com o Estado.

Não obstante, o texto legislativo francês adota expressões com grande amplitude interpretativa, por exemplo, o crime de “ofensa por associação ao terrorismo”, o que pode ensejar a detenção de diversas pessoas de forma arbitrária, sujeitando os indivíduos a forte insegurança jurídica.

³⁷ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 136.

³⁸ VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado constitucional: estado de derecho, derechos humanos y Legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 276-277.

³⁹ VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado constitucional: estado de derecho, derechos humanos y Legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 276.

Identifica-se, neste ponto, a incongruência oriunda das discorridas medidas legislativas francesas, afinal a França foi o berço da conquista de diversos direitos fundamentais, que se consolidaram a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Porém, ao revés desses direitos historicamente conquistados, o Estado coaduna com disposições normativas violadoras de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Ressalta-se, ainda, que desde 2015 o país se encontra sob a decretação do estado de emergência, vislumbrando que algo que deveria ser adotado como uma medida provisória e para enfrentar um evento específico já perdura há longos anos e busca combater um inimigo sem rosto, retratando um estado de exceção permanente⁴⁰.

No tocante à Espanha, esta, diante da ameaça terrorista que paira sobre o continente europeu, editou, no ano de 2015, reformas em sua legislação, bem como endureceu os requisitos para entrada de estrangeiros através de suas fronteiras, além da intensificação do controle nos aeroportos, que muitas vezes fomenta condutas discriminatórias para com indivíduos de determinadas nacionalidades ou religiões⁴¹. Deste modo, evidencia-se que migrantes e refugiados de diversas nacionalidades acabam sendo afetados por estas medidas draconianas, pois acabam tendo seu direito de migrar restringido.

Desta feita, além dos Estados brevemente abordados neste trabalho, diversos outros países adotaram e vêm adotando legislações draconianas que, mediante a outorga de diversos poderes ao Poder Executivo, limitam direitos individuais e coletivos dos indivíduos, como é o caso do Japão. O aludido Estado, apesar de não se encontrar sob a mira do terrorismo internacional, aprovou o instrumento normativo denominado “Preparações contra o Terrorismo e Outros Crimes”, estabelecendo 277 (duzentas e setenta e sete) tipificações criminais relacionadas à espécie de macrocriminalidade em comento, tipificações estas que violam as liberdades civis, sob a alegação de que se está prezando pelo fortalecimento do ideal de segurança para as Olimpíadas de 2020, em Tóquio.

Mediante a análise das legislações de exceção editadas pelos Estados de Direito supradiscorridas, identifica-se a suspensão da proteção legal dos textos constitucionais, para a aplicação de diferentes formas e intensidades de violência estatal, que se tornam “legítimas” em nome do “combate ao terror e ao inimigo”, bem como para o restabelecimento da segurança nacional⁴².

⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: Petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 32.

⁴¹ VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado constitucional: estado de derecho, derechos humanos y legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 278.

⁴² CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 86.

Denota-se, portanto, que em tempos de crise como a que assola a sociedade internacional devido ao terrorismo contemporâneo, determinados governos constitucionais têm alterado o ordenamento jurídico por meio de medidas abusivas que consideram necessárias para neutralizar o perigo e restaurar a situação “normal”. Nesta esteira, parafraseando os dizeres de Rossiter⁴³, “essa alteração implica, inevitavelmente, um governo mais forte, ou seja, o governo terá mais poder e os cidadãos menos direitos”.

A partir disso, convém direcionar a abordagem à crise constitucional decorrente do confronto entre direitos fundamentais, como o direito à segurança e à liberdade, que entram em rota de colisão devido às legislações draconianas retrodiscorridas.

A CRISE CONSTITUCIONAL DO ESTADO: BINÔMIO LIBERDADE E SEGURANÇA

Conforme acima enredado, o estado de exceção se tornou regra nos Estados Constitucionais⁴⁴, colocando em confronto diversos direitos fundamentais, dentre eles a segurança do Estado *versus* a liberdade dos indivíduos. Neste contexto, identifica-se uma crise constitucional pautada, de um lado, na necessidade de o Estado proteger seu território, sua economia e seus cidadãos e, de outro lado, na perda/violação de direitos em decorrência das legislações de exceção editadas pelos governantes.

Sob esta perspectiva da crise institucional e considerando as lições de Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes⁴⁵, observa-se que no liminar do século XXI e devido ao contexto globalizado, a ideia de constituição se encontra cada vez mais indicada como um entrave, por exemplo, ao desenvolvimento do mercado, demonstrando-se como um freio na competitividade dos agentes econômicos. No mesmo sentido, pode ser feito esse apontamento acerca dos limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente estabelecidos, que, muitas vezes, são considerados obstáculos pelos governantes para o alcance de seus objetivos no combate ao terror.

A partir disso, observa-se que o cenário contemporâneo impõe um dilema, vez que se depara com um Estado, ainda nacional, que tem deveres para com seus cidadãos, devendo resguardar a segurança destes. Por outro lado, encontra-se um Estado que pretende conviver em um cenário global e que precisa respeitar direitos humanos assegurados em instrumentos internacionais.

⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 21.

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 21.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 158.

Nesta toada e conforme leciona Jose Luis Bolzan de Moraes⁴⁶, falar em crise se tornou uma referência no final do século XX, devido à desconstrução dos paradigmas que assentaram a modernidade. Assim, diante do terrorismo internacional, que assola as sociedades contemporâneas e afeta múltiplas faces do Estado, parece inevitável desaguarmos em uma crise constitucional, também denominada institucional.

Diante desta crise constitucional instaurada, identifica-se uma fragilização no âmbito estatal, pois o Estado necessita preservar os direitos e garantias fundamentais previstos no texto legal, ao mesmo tempo que precisa garantir a segurança e o desenvolvimento econômico, o qual é afetado pelo terrorismo. Como consequência disso, constata-se um processo de desconstitucionalização, vez que os governantes relativizam direitos fundamentais em prol do capitalismo econômico-financeiro e do alcance de seus objetivos, mediante a alegação de preservação da segurança dos cidadãos, em nome da “guerra” contra o terror.

Desta feita, o ideal de segurança advém da sensação de vulnerabilidade perante o perigo terrorista, fazendo com que os Estados aprovelem e coloquem em prática novas normas que incluem um detalhado programa de medidas destinadas a prevenir e sancionar a ação de grupos terroristas, sujeitando toda a sociedade a diversas restrições de direitos⁴⁷. Ademais, devido à tensão instaurada pelo terrorismo global, que se intensifica por meio dos discursos dos representantes estatais, os indivíduos, muitas vezes, acabam sendo complacentes com as limitações de direitos individuais estabelecidas pelos Estados:

The tension between national security and civil liberties fluctuates from normal times to crises; a crisis often forces the reassessment of civil rights and liberties. When people fear their security is threatened, they often are willing to acquiesce in incursions of civil liberties as a perceived trade-off to gain a sense of greater personal safety⁴⁸.

Contudo, essa pretensa segurança não é suficiente para prevenir os fatores que ensejam os atos terroristas, pois se “luta” contra um inimigo desconhecido, que pode estar dentro ou fora do território nacional, além de englobar fatores

⁴⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

⁴⁷ VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado constitucional: estado de derecho, derechos humanos y legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 274.

⁴⁸ [...] A tensão entre a segurança nacional e as liberdades civis flutua dos tempos normais às crises; uma crise muitas vezes força a reavaliação dos direitos e liberdades civis. Quando as pessoas temem que sua segurança está ameaçada, muitas vezes elas estão dispostas a aceitar as incursões das liberdades civis como um *trade-off* percebido para ganhar uma sensação de maior segurança pessoal [...] (Tradução nossa). BOBBITT, Philip. *Terror and consent: the wars for the twenty-first century*. London: Penguin Books, 2008, p. 241.

complexos, derivados de ideologias político-religiosas. Nesta senda, as legislações de exceção impostas tentam governar os efeitos do terrorismo, ao mesmo tempo que objetivam passar uma mensagem para os cidadãos de que estes podem retomar suas atividades cotidianas de forma despreocupada, e para a comunidade global de que o país se encontra seguro para investimentos e turismo.

Todavia, estas medidas de segurança intentam estabelecer um novo modelo de Estado nas democracias contemporâneas, rompendo com os ideais do consagrado Estado de Direito, em prol da instituição de um “Estado de Segurança”. Não obstante, o próprio texto constitucional acaba sofrendo influxos, afinal, os ditames democráticos acabam sendo colocados de lado, assim como a separação de poderes, vez que o Poder Executivo se utiliza destes momentos para se tornar um poder supremo dentro do território estatal, conforme destacam Antoine Garapon e Michel Rosenfel: “[...] la lutte anti-terroriste oblige le pouvoir exécutif à malmener la separation des pouvoirs [...]”⁴⁹.

Em contrapartida, os indivíduos veem seus direitos, historicamente conquistados, sendo retirados das pautas estatais, já que as legislações de exceção compactuam com a violação da presunção de inocência, do princípio da legalidade, do direito de associação, do direito ao contraditório e a ampla defesa, do princípio da taxatividade, do princípio da humanidade da pena, do princípio da inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente, dentre diversos outros direitos indispensáveis e inderrogáveis em um Estado Constitucional e que não podem ser tolhidos por dispositivos de segurança oriundos de medidas draconianas, afinal não é por meio destas que se combate o terrorismo, mas, sim, por meio de sólida política externa.

Ademais, observando os recentes ataques perpetrados na Europa, denota-se que, quanto mais intensas as restrições adotadas pelos Estados, mais estes se tornam alvo da macrocriminalidade, como é o caso da França e do Reino Unido, afinal, na medida em que estes países tentam frear a entrada de migrantes e refugiados em seu território, bem como fechar suas fronteiras aos estrangeiros, como tentativa de evitar novos ataques, mais ódio é disseminado perante o Oriente, despertando condutas extremistas.

Mencione-se que, para a prática dos atos de terror, os extremistas não necessitam de altas tecnologias e equipamentos sofisticados, como ocorreu em 11 de setembro de 2001, em que os sequestradores destruíram as Torres Gêmeas apenas armados com facas pequenas⁵⁰, ou em junho de 2017, quando atropelaram

⁴⁹ [...] a luta contra o terrorismo força o poder executivo a maltratar a separação de poderes [...] (Tradução nossa). GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 40.

⁵⁰ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 139.

pedestres na London Bridge apenas com uma *van*, demonstrando que as medidas draconianas não são suficientes para intimidar os terroristas, pois estes transformam instrumentos cotidianos e inofensivos em artefatos de terror.

Nesta perspectiva, Mireille Delmas-Marty,⁵¹ realizando uma analogia com a rosa dos ventos, considera a existência de quatro ventos dominantes que precisam ser distinguidos: o espírito de liberdade, o espírito de segurança, o espírito de competição e o espírito de cooperação. Ao mesmo tempo, a autora visualiza a tensão entre ventos contrapostos como a liberdade *versus* a segurança e tece as seguintes considerações acerca do terrorismo:

Au niveau des états, à mesure que le terrorisme s'étend de façon diffuse et franchit les frontières, les notions de paix et de guerre se brouillent, au point que la punition du crime prend des allures de guerre civile mondiale permanente. Les instruments juridiques de lutte contre le terrorisme, accumulés depuis une trentaine d'années, se sont en effet soudainement multipliés en Occident, particulièrement aux États-Unis eu royaume-uni depuis 2001 et plus récemment en France et en Belgique, après les attentats 2015 et 2016. Tout se passe comme si le modèle souverainiste de type démocratique, débordé au sens littéral car les frontières sont transgressées, avait perdu le nord et se trouvait incapable, faute de boussole, de se diriger entre le vent de la liberté et celui de la sécurité, comme entre le vent de l'intégration et celui de l'exclusion⁵².

Apesar disso, considera que o espírito da segurança não pode garantir uma segurança absoluta ao ponto de contrariar a condição humana, e que os Estados, mediante seus sistemas jurídicos, tentam alimentar a ilusão desta segurança absoluta para legitimar, gradualmente, os sacrifícios de todas as liberdades individuais⁵³.

Neste ínterim, ressalta-se que “[...] la liberté n'est pas contraire à la sécurité si l'on admet – ni l'une ni l'autre n'étant absolue – qu'elles se limitent réciproquement

⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 15-17.

⁵² [...] No nível dos Estados, à medida que o terrorismo se espalha através das fronteiras, as noções de paz e guerra tornaram-se tão obscuras que a punição do crime assumiu a aparência de uma guerra civil mundial permanente. Os instrumentos legais para a luta contra o terrorismo, acumulados nos últimos trinta anos, multiplicaram-se repentinamente no Ocidente, particularmente nos Estados Unidos e no Reino Unido, desde 2001, e mais recentemente na França e na Bélgica, após os atentados de 2015 e 2016. Tudo se passa como se o modelo soberano do tipo democrático, transbordado no sentido literal porque suas fronteiras são transgredidas, tivesse perdido o norte e fosse incapaz, por falta de bússola, de se mover entre o vento da liberdade e o da segurança, como entre o vento da integração e o da exclusão [...] (Tradução nossa). DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 19-24.

⁵³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 83-84.

au nom d'un principe d'égalité de tous les êtres humains [...]”⁵⁴. Assim, mesmo diante do terrorismo global, os Estados devem pautar suas condutas buscando o equilíbrio, baseando-se na necessidade e proporcionalidade da medida ao objetivo pretendido; além disso, devem estabelecer os limites para não ultrapassar direitos inderrogáveis internacionalmente previstos, pois até mesmo em atos de terror o princípio da dignidade humana deve preponderar, enquanto atos de tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes devem ser sempre proibidos⁵⁵.

Diante dessas considerações, vislumbra-se que o terrorismo transnacional tem transformado Estados Constitucionais em Estados de Medo, afinal, as nações se encontram diante de um processo de desconstitucionalização, no qual os preceitos constitucionais, ao representarem um obstáculo aos objetivos estatais, são afastados pelos soberanos.

Porém, o historiador Eric Hobsbawm⁵⁶ reforça que se deve resistir a retórica do medo irracional, com a qual os governos americano e inglês tentam justificar uma política irracional para o mundo, pois “exceto como metáfora, não pode haver algo como ‘guerra contra o terror’, ou o ‘terrorismo’, mas apenas contra atores políticos particulares que o empregam como tática, não como programa”.

A partir disso e na tentativa de frear a macrocriminalidade, os governantes, mediante a ampliação de seus poderes, editam legislações de exceção, que colocam em confronto dois direitos fundamentais de extrema relevância, afetando de maneira aguda a liberdade dos indivíduos e implantando um Estado de Segurança, instaurando-se, assim, uma crise constitucional. Sob esta perspectiva, cabe verificar se é possível a existência do Estado de Direito dentro do cenário do terrorismo internacional que assola a sociedade contemporânea.

O ESTADO E O COMBATE À MACROCRIMINALIDADE: HÁ ESTADO DE DIREITO DIANTE DAS LEGISLAÇÕES DE EXCEÇÃO?

O Estado, segundo o modelo westfaliano, representa um organismo complexo, que institucionaliza o poder em uma sociedade política e em um determinado território. Neste contexto, esse organismo complexo, pode vir a ser adjetivado pelo Direito, fazendo com que ambos se tornem elementos complementares e interdependentes.

⁵⁴ [...] a liberdade não é contrária à segurança se a pessoa aceita – sendo nenhuma delas absoluta – que se limita mutuamente em nome de um princípio da igual dignidade de todos os seres humanos [...] (Tradução nossa). DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: Petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 18.

⁵⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016, p. 33.

⁵⁶ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 46.

Assim, Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes lecionam acerca do Estado de Direito:

[...] no plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha – como *Rechtstaat* – e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção da hierarquia das regras jurídicas, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito. O devir histórico, entretanto, recupera tal conceito, assumindo o Direito como um ponto de referência estável e aprofundando o modelo através de seu conteúdo, fazendo suplantar a ideia de Estado de Direito como de uma pura legalidade⁵⁷.

Desta feita, o Estado de Direito submete-se em suas relações com os indivíduos a um regime de direito, podendo se desenvolver apenas mediante a utilização de um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, retratando, desta forma, a noção de supremacia da lei sobre a autoridade pública⁵⁸. Nesta perspectiva, o Direito representa o fio condutor que mantém a unidade entre os diferentes grupos sociais, existentes na sociedade complexa e fragmentada, e, quando estas esferas entram em colisão, cabe ao Direito assumir a função mediadora dos conflitos⁵⁹.

Contudo, o Estado adjetivado pelo Direito não se limita somente na forma jurídica que caracteriza o Estado, sendo uma concepção que se funda em “um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”⁶⁰.

Deste modo, esse Estado de Direito poderá se apresentar ora como liberal, ora como social, ou ainda como democrático, amoldando o Direito de acordo com seu conteúdo. Neste pórtico, o Estado Liberal de Direito, pautando-se no ideário liberal, adota as seguintes características: a) separação entre a sociedade civil e o Estado, por meio da mediação do Direito; b) garantia das liberdades individuais; c) atuação do Estado como Estado Mínimo; e d) ideia de representação⁶¹.

Já o Estado Social de Direito, sem deixar de reconhecer a relevância das conquistas liberais, estabelece não apenas direitos à limitação do Estado, mas

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 91.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 91-92.

⁵⁹ FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 89.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 93.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 95.

também direitos prestacionais por parte do ente estatal, consagrando garantias coletivas, pois “com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público”⁶².

Quanto ao Estado Democrático de Direito, este, diante da ineficiência do modelo social na conquista da igualdade material, adota um conteúdo transformador da realidade, fomentando a “participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”⁶³.

Diante disso e tomando como base as lições de Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes⁶⁴, o modelo democrático consubstancia-se nos seguintes princípios: a) constitucionalidade, devendo o Estado basear-se em uma Constituição; b) organização democrática da sociedade; c) sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, vez que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos autonomia perante o ente público; d) igualdade formal e material; e) justiça social para correção das desigualdades; f) separação dos poderes; g) legalidade, para exclusão dos arbítrios estatais, vinculando o governante às normas, procedimentos e formas devidamente prescritas; e h) segurança e certeza jurídica.

Em contrapartida a esses ideais democráticos, o terrorismo contemporâneo retrata um desafio global, como as catástrofes, epidemias, crises financeiras ou as violências extremas, assim “[...] à l’instar de tous ces événements, le terrorisme met les démocraties sous la pression d’une urgence sécuritaire [...]”⁶⁵.

A partir disso e valendo-se dos dizeres de Cesar Villegas Delgado,⁶⁶ questiona-se até que medida pode um Estado de Direito restringir e ir de encontro aos direitos fundamentais no intuito de garantir a segurança estatal e de seus cidadãos?

Sabe-se que o fim precípua do terrorismo transnacional é a busca pela derrota política do Ocidente, podendo colocar em risco o próprio ente estatal ou seu ordenamento jurídico “e violando-se um Estado Democrático de Direito,

⁶² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 97.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 98.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 98-100.

⁶⁵ [...] como todos esses eventos, o terrorismo coloca as democracias sob a pressão de uma emergência de segurança [...] (Tradução nossa). GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016, p. 203.

⁶⁶ VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado Constitucional: Estado de Derecho, Derechos Humanos y Legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, p. 278.

macula-se a Constituição e, por conseguinte, princípios e direitos fundamentais são assolados⁶⁷.

Conforme retrodelineado, as legislações draconianas editadas pelos governantes com fins de retomar a segurança e frear o terrorismo rompem com a supremacia do Direito, afinal o Estado deixa de ser limitado por ele.

Desta forma, o estado de exceção instalado pelos gestores abala os pilares do Estado Democrático de Direito, vez que os princípios fundantes do feitiço democrático, como a separação dos poderes, são afetados, pois o Chefe do Executivo amplia seu poderio e suprime a competência do parlamento do judiciário. Ainda, ocorre a violação da igualdade material, já que há diferentes tratamentos entre os indivíduos, atingindo também a justiça social, devido às punições impostas aos suspeitos de terrorismo, além do sistema de direitos e garantias fundamentais, vez que as liberdades individuais são restringidas, bem como se abalam a legalidade e a segurança jurídica, diante da amplitude dos termos utilizados pelas legislações, sujeitando os indivíduos a diferentes interpretações.

Nesta senda, constata-se que “a lógica do Estado de Direito é sacrificada em prol de medidas destinadas à proteção do Estado a todo custo, não mais havendo a limitação da atuação estatal pelas regras jurídicas ordinárias⁶⁸. Diante disso, faz-se necessário que os Estados compatibilizem os instrumentos para o enfrentamento da macrocriminalidade de acordo com os ditames das sociedades democráticas, sob pena de perecimentos destas.

Assim, conforme salienta Gilberto Bercovici⁶⁹, “o direito constitucional, acostumado a lidar com regras, tem dificuldades em lidar com a exceção”, sendo a harmonização entre a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos e a manutenção da segurança um dos maiores desafios da modernidade. Logo, diante da ameaça terrorista, é de suma importância que os Estados de Direito idealizem modelos democraticamente adequados para preservação de seus princípios basilares, devendo tais propostas estabelecer um oportuno modelo de fortalecimento da estrutura estatal, porém sem a supressão dos direitos e garantias individuais, prezando, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Bruce Ackerman, professor de Direito e Ciência Política da Yale University, considera que os Estados não estão preparados para agir em situações de terrorismo e que “[...] the threat of terrorism cannot be cabined within the traditional categories of war and crime, that we cannot rely on judges to

⁶⁷ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 50.

⁶⁸ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 87.

⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 38.

manage the panic-reactions likely to arise, and that existing constitutional provisions do not focus on the reassurance rationale [...]”⁷⁰.

Sob esta perspectiva, o autor sugere que os Estados adotem uma nova estrutura constitucional que consiga proteger as liberdades individuais em hipóteses de terrorismo internacional, já que as legislações de exceção, como o USA Patriot Act, nos Estados Unidos, mostraram-se ineficazes.

Outrossim, Bruce Ackerman⁷¹ denomina a proposta *supermajoritarian escalator* e estabelece um projeto pautado em três perspectivas: a) política, por meio do controle político realizado por intermédio de um sistema inovador de freios e contrapesos; b) econômica, mediante a integração de incentivos econômicos e pagamentos de compensação no sistema; e c) jurídica, a partir da previsão de uma estrutura que permita ao Poder Judiciário intervir em casos de restrições de direitos de liberdade.

Nesta senda, em linhas gerais, o estado de emergência apenas poderia ser decretado por prazo determinado e curto, perdurando apenas por período suficiente para que o Poder Legislativo se reúna e delibere sobre o tema. Desta feita, o sistema de freios e contrapesos estaria limitando o estado de exceção, deixando a sociedade mais protegida de possíveis arbítrios do Poder Executivo, que apenas poderia decretar a situação de emergência após um ataque atual, bem como deveria dar publicidade acerca dos reais dados e fatos que envolvam os eventos terroristas, além de conceder direito de voz aos partidos minoritários e de oposição⁷².

Logo, diante dessas limitações, o estado de emergência se restringiria a conceder respostas céleres a sociedade democrática, bem como adotar medidas urgentes e necessárias à proteção dos indivíduos vítimas dos atos terroristas e, consequentemente, deixando de ser um instrumento para arbitrariedades do soberano.

Não obstante, a proposta de Bruce Ackerman abarca o dever de compensação financeira do Estado em hipótese de detenção preventiva indevida de pessoas

⁷⁰ [...] a ameaça do terrorismo não pode ser encurralada dentro das categorias tradicionais de guerra e crime, de que não podemos confiar nos juízes para controlar as reações de pânico que possam surgir, e que as provisões constitucionais existentes não se concentram no raciocínio de reafirmação [...] (Tradução nossa). ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1031. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁷¹ ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1031. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁷² ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1035-1042. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

inocentes, suspeitas de participar do terrorismo. Desta forma, em decorrência da violação de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o Estado teria o dever de compensar financeiramente e de forma justa tais sujeitos⁷³.

Por fim, prega pela necessidade de respeito ao Poder Judiciário nas hipóteses de emergência, pois “[...] although judges cannot themselves construct an adequate emergency regime, they play a vital role in sustaining it [...]”⁷⁴. Por tal fato, outorgar-se-ia a Corte Constitucional o poder de salvaguardar direitos individuais contra abusos do sistema, por exemplo, não se admitindo detenções sem duras evidências quanto a prática do delito ou cooperação com os atos terroristas, assegurando aos acusados o direito de acesso ao advogado, bem como ao devido processo legal, não se admitindo crueldades e indecências em tais casos⁷⁵.

Denota-se que a proposta em comento intenta romper com os plenos poderes do Poder Executivo, prezando pela assegurar de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos, desde os mais básicos, como o direito de associação, até os mais primordiais, como a garantia da ampla defesa, da presunção de inocência e outros, que não podem ser alvo de restrição pelos governantes de forma indiscriminada e indeterminada, em nome de uma pretensa segurança estatal.

Convém ainda trazer à baila o projeto idealizado pelo *expert* em terrorismo, Paul Wilkinson, o qual considera que as democracias precisam permanecer vigilantes e arraigadas a seus valores fundamentais, mesmo diante dos atos de terror perpetrados contra a humanidade:

The democracies should stay true to their basic values in their response to terrorism. The foundation of any operative democracy are the upholding of the rule of law, the protection of fundamental human rights, and effective representative institutions and electoral processes to ensure democratic accountability⁷⁶.

Assim, o autor discorda veementemente de que as democracias necessitem suspender o Estado de Direito e adotar medidas draconianas em nome da segurança

⁷³ ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1062-1066. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁷⁴ [...] embora os próprios juízes não possam construir um regime de emergência adequado, eles desempenham um papel vital na sua manutenção [...] (Tradução nossa). ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1066. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004, p. 1068-1069. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁷⁶ WILKINSON, Paul. *Terrorism versus democracy: the liberal state response*. London: Routledge, 2011, p. 1-2.

nacional para suprimir os eventos terroristas, considerando fator mais relevante na luta contra esta espécie de macrocriminalidade o apoio da maioria esmagadora da população ao governo democrático⁷⁷.

Destarte, o *expert* em comento indica os pontos centrais em que uma política de combate ao terrorismo transnacional e fortalecimento estatal deve ser alicerçada, quais sejam: a) reações excessivas e repressivas podem destruir a democracia de forma muito mais rápida e eficaz do que qualquer campanha de um grupo terrorista, devendo, portanto, ser evitadas pelos governantes; b) a sub-reação também deve ser elidida, vez que o fracasso do governo e da lei em defender a autoridade constitucional pode ensejar uma anarquia ou o surgimento de áreas não governadas dominadas por terroristas, suprimindo o poder estatal; c) o governo e as forças de segurança devem sempre agir dentro da lei, do contrário minarão sua legitimidade democrática e confiança pública, bem como o respeito pela polícia e o sistema de justiça; d) a batalha contra o terrorismo em uma sociedade democrática aberta deve ser ganha por meio da “guerra de inteligência”, ou seja, mediante a inteligência de alta qualidade das forças de segurança, para frustrar conspirações terroristas antes de estas se consumarem; e) as agências secretas de inteligência e todas as outras instituições envolvidas no combate ao terrorismo devem estar sob o controle do governo eleito e prestando contas a ele; f) em caso de necessidade de legislações de emergência, em um conflito de terror particularmente grave, tais medidas devem ser temporárias, sujeitas à revisão frequente pelo parlamento e à aprovação do ente parlamentar antes de qualquer renovação; e g) os governantes devem evitar fazer concessões aos terroristas, representando tais práticas um estímulo ao terrorismo, além de abalar a confiança no Estado de Direito e no processo democrático⁷⁸.

Diante das medidas propostas por Paul Wilkinson, constata-se que esta se coaduna com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito supra-mencionados, apresentando-se como uma tentativa de equilíbrio entre o combate ao terrorismo e a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Destarte, as democracias contemporâneas encontram-se sedimentadas em alicerces bem definidos, principalmente no tocante ao dever de proteção aos

⁷⁷ [...] As democracias devem permanecer fiéis aos seus valores básicos em sua resposta ao terrorismo. O fundamento de qualquer democracia operativa é a defesa do estado de direito, a proteção dos direitos humanos fundamentais e instituições representativas efetivas, por meio de processos eleitorais capazes de assegurar a responsabilidade democrática [...] (Tradução nossa). WILKINSON, Paul. *Terrorism versus democracy: the liberal state response*. London: Routledge, 2011, p. 2.

⁷⁸ WILKINSON, Paul. *Terrorism versus democracy: the liberal state response*. London: Routledge, 2011, p. 51-84.

direitos e garantias fundamentais, às liberdades individuais e aos deveres do Estado, não sendo concebível que as entidades estatais suprimam os direitos dos sujeitos, pois este não é o instrumento adequado para combater o terrorismo internacional:

[...] a figura de poder do Estado como representante da lei, da paz e da ordem social é desafiada pelo terrorismo como forma de demonstração simbólica de uma tentativa de ruptura severa e permanente [...]. E por isto mesmo, um verdadeiro Estado Democrático de Direito que não admita o terrorismo, tampouco pode agir da mesma forma, pois como menciona Manuel Cancio Meliá: “O Estado não deve perder os nervos frente aos delitos terroristas” [...]⁷⁹.

Obviamente, não se está dizendo que os Estados Constitucionais devem manter-se inertes à macrocriminalidade, mas, sim, que estes não podem atuar de forma arbitrária, afetando civis com suas políticas restritivas, segregando migrantes e refugiados como se todos fossem integrantes de grupos terroristas, bem como detendo inocentes de forma deliberada, sob meras “suspeitas” de colaboração ao terrorismo transnacional. Isto, pois o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre embasar qualquer medida adotada pelos Estados Democráticos de Direito:

Na prática, o perigo real do terrorismo não está no risco causado por alguns punhados de fanáticos anônimos, e sim no medo irracional que suas atividades provocam e que hoje é encorajado tanto pela imprensa quanto por governos insensatos. Esse é um dos maiores perigos do nosso tempo, certamente maior do que o dos pequenos grupos terroristas⁸⁰.

Portanto, o modelo de Estado adjetivado pelo Direito não se coaduna com as pretensões do estado de exceção, não sendo concebível que Estados que se intitulam democráticos de direito atuem de forma a suprimir direitos e garantias fundamentais inderrogáveis dos indivíduos em nome de uma segurança estatal que não se sustenta por meio das medidas restritivas adotadas. Neste pórtico, mostram-se extremamente relevantes as propostas idealizadas pelos professores Bruce Ackerman e Paul Wilkinson, no intento de equilibrar a luta estatal contra o terrorismo internacional, sendo conveniente que os Estados incorporem tais perspectivas, com fins de preservar o Estado de Direito, o qual vem sendo maculado pelas medidas draconianas impostas pelos governantes.

⁷⁹ CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 17.

⁸⁰ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 151.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar os desafios do Estado de Direito diante do terrorismo internacional, realizando a abordagem à luz das legislações de exceção e da crise constitucional instaurada devido à colisão entre direitos fundamentais, de um lado, o direito à segurança estatal, e, de outro, o direito à liberdade que resta comprometido em decorrência das legislações de exceção editadas pelos governantes.

Ante o exposto, denota-se que o terrorismo transnacional se apresenta como um fenômeno multifacetado e que, apesar de não ser um evento exclusivo da sociedade cosmopolita, voltou a ser destaque na agenda governamental novamente no século XXI.

Diante disso, o presente trabalho buscou discorrer acerca deste acontecimento, salientando a dificuldade de conceituação do terrorismo internacional, vez que se trata de um fenômeno complexo e que adotou novos delineamentos na contemporaneidade, principalmente a partir dos ataques terroristas perpetrados nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, assolando medo e terror no mundo globalizado.

Neste sentido, fez-se relevante distinguir o delito de terrorismo do de guerra, já que são eventos distintos, e, muitas vezes, indevidamente utilizados como sinônimos. Salientaram-se também os reflexos do terrorismo internacional no modelo westfaliano, pois este fenômeno se apresenta como desterritorializado e descentralizado. Não obstante e buscando contextualizar a abordagem, destacaram-se os ataques terroristas mais emblemáticos dos últimos anos, com ênfase nos atos de terror realizados nos Estados Unidos e em países europeus como França, Reino Unido e Espanha.

Em seguida, discorreu-se sobre as legislações de exceção editadas por estes países como tentativa de frear esta espécie de macrocriminalidade, bem como de restabelecer a segurança nacional. Nesta toada, iniciou-se a abordagem a partir do estado de exceção, que se caracteriza pela suspensão dos direitos e garantias individuais dos indivíduos e concentração de poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Após, versou-se sobre como se tem aplicado tal prática na contemporaneidade pelos Estados Constitucionais, que restringem severamente direitos fundamentais dos sujeitos em nome de uma pretensa segurança estatal.

Neste íterim, fez-se necessário analisar a crise constitucional instaurada nos Estados de Direito diante do confronto entre dois direitos fundamentais essenciais aos indivíduos. Assim, de um lado, identifica-se o direito à liberdade, e de outro, o direito à segurança. Estes direitos entram em rota de colisão em

decorrência das medidas draconianas editadas pelos governantes, que sacrificam o primeiro em nome do segundo. Contudo, de acordo com as lições de Mireille Delmas-Marty, tal conflito não merece prosperar, devendo os Estados atuar de forma a preservar o equilíbrio entre tais direitos fundamentais, afinal a dignidade da pessoa humana deve sempre preponderar.

Sob esta ótica, questionou-se se é possível a coexistência do Estado de Direito diante do terrorismo global, mais especificamente perante os atos perpetrados pelos Estados para combater esta modalidade de macrocriminalidade. Para tanto, versou-se sobre as características do Estado adjetivado pelo Direito, bem como as modalidades estatais existentes, como Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito. No tocante a este último, observaram-se os princípios delineadores deste feito de Estado, demonstrando que estes princípios não se coadunam com os preceitos da ditadura constitucional.

Por fim, apresentaram-se as propostas dos professores Bruce Ackerman e Paul Wilkinson, de como deveriam se posicionar os Estados Constitucionais perante o terrorismo internacional, de forma a preservar os ditames democráticos e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Ressaltando-se que não se defende condutas omissas por parte dos governantes, mas, sim, que estes atuem em consonância com modelo estatal em que se encontram inseridos.

Portanto, constatou-se a complexidade da temática analisada, vez que o terrorismo internacional tem se tornado cada vez mais frequente e vem assolando as sociedades contemporâneas, de forma a trazer medo e terror aos governantes e aos indivíduos, e seu combate representa um desafio estatal. Desse modo, o Estado de Direito acaba sendo intensamente atingido pelas tentativas de combate ao terrorismo implementadas pelos entes estatais, que, mediante a adoção de medidas draconianas, abalam os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, o que não é concebível. Logo, faz-se necessário que os governantes atuem de forma condizente com o modelo estatal adotado e de modo a preservar seus preceitos fundamentais, afinal os direitos e garantias individuais representam direitos historicamente conquistados e que não se encontram à livre disposição dos soberanos, concluindo que a “vitória” do Estado em face do terrorismo não pode vir de uma polarização, mas, sim, da democracia.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *The Yale Law Journal*. Yale, v. 113, 2004. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=fss_papers>. Acesso em: 23 mar. 2018.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 108, 2014. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v108p21>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 105, 2012. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Carl-Schmitt-o-teorico-da-excecao-sob-estado-de-excecao.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBITT, Philip. *Terror and consent: the wars for the twenty-first century*. London: Penguin Books, 2008.

CALLEGARI, André Luís. *O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo de acordo com a Lei n. 13.260/2016*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno. L'État post-moderne*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Éditions du Seuil, 2016.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GARAPON, Antoine; ROSENFELD, Michel. *Démocraties sous stress: les défis du terrorisme global*. Paris: PUF, 2016.

HELD, David. O cosmopolitismo depois do 11 de setembro. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FREITAS, Juarez de (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 71, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00177.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NSEFUM, Joaquim Ebile. *El delito de terrorismo: su concepto*. Madrid: Montecorvo, 1985.

PELLET, Sarah. A ambiguidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STEIN, Enildo. *A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências*. Ijuí: Unijuí, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VILLEGAS DELGADO, Cesar. Desafios actuales del Estado constitucional: estado de derecho, derechos humanos y legalidad ante la amenaza terrorista. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios (Org.). *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016.

WILKINSON, Paul. *Terrorism versus democracy: the liberal state response*. London: Routledge, 2011.

Data de recebimento: 23/03/2018

Data de aprovação: 23/04/2018

DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

CHALLENGES OF THE JUDICIARY IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES

*Gilberto Andreassa Junior**

RESUMO

O presente artigo trata dos desafios do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. O texto procura explicar algumas arbitrariedades praticadas pelos magistrados que julgam, em regra, de maneira inadequada temas de cunho social e que, ainda que implicitamente, recaem sobre todo cidadão. Além da ausência de diálogo efetivo entre os Poderes, constata-se que grande parte dos juízes considera questões de políticas públicas, notadamente no que diz respeito ao direito à saúde, como um direito individual. Ou seja, não se cria uma cultura voltada à distribuição de ações coletivas e não se analisa o impacto econômico e social que decisões esparsas podem gerar à sociedade. O método utilizado é hipotético-dedutivo, com pesquisa qualitativa (revisão bibliográfica, estudo de casos e análise jurisprudencial).

Palavras-chave: Capacidade do Poder Judiciário; Direitos sociais; Legitimidade do Poder Judiciário; Políticas públicas.

ABSTRACT

This article deals with the challenges of the Judiciary in the control of public policies. The text seeks to explain some of the arbitrariness practiced by magistrates who, as a rule, improperly judge social issues and which, although implicitly, fall on every citizen. In addition to the absence of effective dialogue between the Powers, it is noted that most judges consider public policy issues, notably with regard to the right to health, as an individual right. That is, we do not create a culture focused on the distribution of collective actions and we do not analyze the economic and social impact that sparse decisions can generate for society. The method used is hypothetical-deductive, with qualitative research (bibliographic review, case study and jurisprudential analysis).

* Doutorando (PUC-PR) e Mestre (UniBrasil) em Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC-PR). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado e Professor Universitário. E-mail: gilberto@andreassaandreassa.adv.br.

Keywords: Capacity of the Judiciary; Social rights; Legitimacy of the Judiciary; Public policy.

INTRODUÇÃO

Durante décadas se discutiu a questão da legitimidade do Poder Judiciário na análise e implementação de políticas públicas. Hodiernamente, mais do que isto, faz-se necessário um debate acerca da (in)capacidade dos magistrados no tratamento de temas de cunho social e que, ainda que implicitamente, recaem sobre todo cidadão.

O artigo procura responder aos seguintes questionamentos: o Poder Judiciário possui capacidade, ou melhor, está apto a exercer uma “função legisladora” quando se trata do tema de políticas públicas? Quais seriam as soluções para que seus atos estejam em harmonia com os Poderes Executivo e Legislativo?

Em momento inicial, por meio de uma análise teórico-filosófica, será abordada a teoria da separação dos Poderes, isto é, será descrito perfunctoriamente o histórico do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, da passividade ao ativismo judicial.

Constata-se que a atividade política da jurisdição constitucional se realiza, na atualidade, a partir de um desenho institucional que viabiliza o exercício desta atividade.

A independência das Cortes de Justiça e sua legitimidade na averiguação de políticas públicas foi influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e é resultado de uma longa construção que teve como objetivo a garantia do direito de minorias e a concretização de direitos fundamentais.

Promulgada em 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional reforçou a ideia de que a atuação dos juízes deveria ser imparcial, independente e ativa. Ademais, já estando em vigor a Constituição Federal de 1988, tem-se a independência e legitimidade judicial como algo inerente e fundamental para atuação da magistratura.

Mais à frente, busca-se demonstrar o método como vêm sendo decididas pelo Poder Judiciário matérias de políticas públicas, mormente no tocante aos direitos sociais.

Estudos empíricos evidenciam a falta de preparo dos magistrados quando se deparam com questões relacionadas aos direitos sociais. Parte dos juízes desconhece as políticas públicas que foram levadas ao seu julgamento, não dialogam com os demais Poderes e, acima de tudo, tratam os pedidos de forma individualizada, sem uma efetiva preocupação com as consequências provenientes das decisões.

Por fim, o texto elenca soluções práticas para uma maior integração entre os Poderes e aumento da “capacidade” aos membros do Poder Judiciário.

No que toca ao *método* adotado para a investigação, este será hipotético-dedutivo, com pesquisa qualitativa (revisão bibliográfica, estudo de casos e análise jurisprudencial).

A QUESTÃO DA “LEGITIMIDADE” AOS OLHOS DA TEORIA DO ESTADO E DO DIREITO

É possível afirmar que a independência e legitimidade judicial na averiguação de políticas públicas, nos moldes que são vistas atualmente, surgiram de uma nova ordem constitucional delineada, principalmente, no período pós-guerra. Verificou-se, após um tempo de defesa ao positivismo jurídico, a necessidade de interpretação das normas por parte dos magistrados, a fim de garantir direitos de minorias e de se concretizar direitos fundamentais².

Esta possível interpretação da lei gera a necessidade de independência aos juízes, fato constatado e defendido na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/1979)³ e na própria Constituição Federal de 1988⁴. Referido tema, inclusive, possui íntima relação com o que se chama de *ativismo judicial*, *judicialização da política*⁵ e *politização da justiça*.

Pois bem. Feita a introdução, faz-se necessário um breve relato histórico acerca da separação dos Poderes. Após, será analisada a independência/legitimidade judicial em questões de caráter político.

² Há quem discorra, inclusive, que, atualmente, o Judiciário, ao decidir sobre a constitucionalidade dos atos do Executivo ou do Legislativo, frequentemente “aloca recursos” e dessa forma pode ser considerado *policymaker* (elaborador de política). Cf. RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck; PEIXOTO, Vitor de Moraes. *Processo decisório, judiciário e políticas públicas*: levando a decisão judicial a sério. FGV Direito Rio. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%202009_2/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Diego%20e%20Leandro.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

³ Ex. Artigo 41 da Lei Complementar n. 35/1979: Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

⁴ Aqui não há previsão expressa. Todavia, através de uma leitura moral da Constituição Federal, percebe-se que, implicitamente, esta foi a ideia da Constituinte. Nas palavras de Peter Russell, fato semelhante ocorre no Reino Unido, Israel e Nova Zelândia (RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: *Judicial independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. The University Press of Virginia, 2001. p. 22).

⁵ “A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 372). Ainda, “não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem utilizado o termo de judicialização de megapolítica (ou de macropolítica) para distingui-lo da judicialização da política genérica” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV [online]*, v. 8, n. 1, p. 61, 2012).

A teoria da separação dos poderes: do estado liberal ao estado democrático de direito, da passividade ao ativismo judicial

A atividade política da jurisdição se realiza, nos dias de hoje, a partir de um desenho institucional que viabiliza o exercício desta atividade. Porém, nem sempre foi assim, conforme se verifica a seguir.

O princípio da separação dos Poderes foi elaborado, como teoria política, na obra de John Locke (1689)⁶. Em período próximo e com parecidos ideais, nasce o discurso de Montesquieu (1748)⁷. Para ambos, a teoria da separação dos Poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão.

A teoria somente foi concebida em contraposição ao absolutismo defendido por Thomas Hobbes (1651)⁸. Para o autor, o poder é exercido pelo soberano (monarca) mediante a submissão dos indivíduos e é usado para reprimir os conflitos humanos.

Superando a ideia de Hobbes, Montesquieu afirma que nenhuma sociedade sem governo pode subsistir, discorrendo sobre a importância das leis para a garantia da vida em sociedade⁹.

Portanto, a teoria da separação dos Poderes foi concebida para assegurar a existência de um governo moderado, por intermédio da distribuição de atividades do Estado e consequente controle recíproco entre suas formas de expressão. Trata-se da tentativa de contenção do poder pelo poder.

Percebe-se, nos estudos de Locke e Montesquieu, que a teoria da separação dos Poderes foi elaborada e sustentada a fim de conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado. Ou seja, as concepções dos autores acabaram por influenciar as Constituições liberais.

O modelo do constitucionalismo liberal preocupava-se exclusivamente em proteger o indivíduo da ingerência do Estado:

A teoria do Estado com poderes divididos conquistou prestígio na doutrina constitucional do liberalismo porque se consolidou como importante mecanismo de garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da

⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83-86.

burguesia frente ao antigo poder das realidades absolutas. O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado e do Direito. Um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado (...). Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes atividades; manter a ordem interna e conduzir a política exterior¹⁰.

Não obstante, o pensamento abordado foi alterado com a Revolução Industrial e com o surgimento do sufrágio universal. Na realidade, o enfraquecimento do Estado Liberal começa quando as grandes empresas começam a ser monopolistas e aniquilam a concorrência¹¹. Neste ponto, surge o proletariado que prega um Estado Social – também chamado de Estado Providência, Estado de Serviço, ou *Welfare State* – contra a autorregulação do mercado¹². A ação do Estado torna-se imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social.

Na visão da doutrina, “a transição entre Estado Liberal e o Estado Social promove alteração substancial quanto à concepção de Estado e de sua finalidade”¹³.

Junto com este Estado social nasce um novo sistema ético de referência, baseado na proteção dos direitos humanos. A partir de 1948 – época em que já se fazia presente em diversos países o Estado Social –, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade¹⁴.

Destarte, a estabilidade objetivada no Estado Liberal é substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se a concepção da teoria da separação dos Poderes:

No Estado liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34-35.

¹¹ “Na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 588.

¹² “A crise recorrente do capitalismo, o sufrágio universal, as reivindicações da classe operária, as revoluções socialistas, a passagem da empresa individual para a coletiva e da concorrência para o oligopólio, a emergência da sociedade de massas e a consequente urbanização pela qual passou o mundo, esses dados todos, somados a outros, concluíram por forçar o nascimento de um novo tipo de Estado” (Ibidem, p. 40).

¹³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

¹⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual. No Estado social, este objetivo permanece, mas a ele é acrescentado o desiderato de realização dos direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos. De uma conduta meramente negativa, passiva, o Estado assume, também, uma conduta proativa¹⁵.

Como consequência deste Estado Social, surge a nomenclatura do Estado Democrático de Direito, a qual perdura até a presente data no Brasil¹⁶.

Percebe-se que “a separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”¹⁷⁻¹⁸.

Outra teoria da separação dos Poderes foi elaborada por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que escreveram e publicaram 85 artigos argumentando favoravelmente em relação à promulgação da Constituição norte-americana. A coletânea destes trabalhos deu origem ao livro *O Federalista*, razão por que os autores são chamados de “Os Federalistas”¹⁹.

Referidos autores defendiam a harmonia entre os Poderes e afirmavam que não seria necessária uma independência, mas, sim, uma interdependência entre as funções do Estado.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento brasileiro não previa claramente métodos para efetivação de direitos sociais. Seu conteúdo era meramente programático, pois dependia quase que exclusivamente das ações do Poder Legislativo. Na atualidade, parece claro que se deve trabalhar com a máxima efetividade da Constituição e com a harmonia (pesos e contrapesos – *checks and balances*) entre os Poderes. Isto, inclusive, remete ao art. 2º da Constituição Federal, que descreve: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Paulo Bonavides afirma que “numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidade

¹⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

¹⁶ Estado Democrático de Direito: fundado não mais no princípio da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade. Ademais, não só procura garantir a liberdade, mas também a igualdade.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 146.

¹⁸ Percebe-se, pela leitura histórica, que no Estado Liberal havia uma preeminência do Poder Legislativo, enquanto no Estado Social havia uma supremacia do Poder Executivo. Já no Estado Constitucional, prevalecem, de certa forma, os mandamentos do Poder Judiciário.

¹⁹ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

des que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”²⁰.

Bruce Ackerman, na mesma linha de pensamento, delimita que “a separação dos poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram a sua excelência”²¹.

Com base nas notas anteriores, em especial na máxima efetividade da Constituição, pode-se afirmar o porquê da judicialização e do ativismo terem se tornado parte significativa e integrante do sistema jurídico brasileiro.²² Além do mais, a previsão do controle de constitucionalidade e a possibilidade da *ponderação de princípios* ratificam esta necessária integração entre os Poderes.

A tendência para a constitucionalização de direitos e a fortificação do Judiciário demonstram-se como um produto inevitável de uma universal priorização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial. Democracia não é equivalente à regra da maioria. Em uma real democracia, as minorias devem estar protegidas por meio de uma Constituição escrita, cabendo aos juízes, que não estão sujeitos às pressões dos partidos políticos, aplicar estes direitos, ainda que de forma ativista²³.

Mauro Cappelletti discorre que a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional, o que não torna os julgadores, necessariamente, legisladores. De fato, os juízes estão constangidos a ser criadores do direito, *law makers*. “Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”²⁴.

Já adentrando ao século XXI, percebe-se que o Poder Judiciário vem enfrentando de forma equivocada questões relacionadas às políticas públicas. Como dito na introdução, estudos empíricos evidenciam a falta de preparo dos magistrados quando se deparam com matérias relacionadas aos direitos sociais. Parte dos juízes desconhece as políticas públicas *sub judice*, não dialogam de maneira apropriada com os Poderes Legislativo e Executivo, e, acima de tudo, tratam as demandas como um direito individual.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 146.

²¹ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113.

²² Outro fator que reforça este “poder” do Judiciário é que o Brasil tem uma das maiores taxas de desigualdade social do mundo (10º lugar – 2017). Aqui, a imensa maioria da população depende da implementação de políticas públicas, especialmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em: 1º nov. 2017.

²³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 73-74.

A QUESTÃO DA “CAPACIDADE” E SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA UMA MAIOR INTEGRAÇÃO ENTRE OS PODERES

A política pública é um programa de ação governamental que não consiste em normas ou atos isolados, mas, sim, numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, dos mais variados tipos, conjugados para a realização de um objetivo determinado²⁵. Ainda, a política pública engloba um processo político-administrativo composto por diferentes fases que se sucedem e interagem entre si, as quais se dividem em: identificação do problema, inclusão na agenda política, formulação, implementação e avaliação²⁶.

É notório, dessa forma, que “a elaboração de uma política pública depende da iniciativa do Estado, seja provocado pela população, por um fato, por uma pesquisa, pelo anseio de uma reeleição ou por interesses políticos genericamente falando”²⁷. Todavia, no momento em que uma política pública é levada ao centro do Poder Judiciário, teria ele plena “capacidade” para programar, alterar, ou simplesmente anular a política emanada do Poder Legislativo?

Em regra, pode-se dizer que não. Além da ausência de diálogo efetivo entre os Poderes, constata-se que grande parte dos juízes considera questões de políticas públicas, notadamente no que diz respeito ao direito à saúde, como um direito individual. Ou seja, não se analisa o impacto que decisões esparsas podem gerar à sociedade²⁸.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, p. 72-73, 2001.

²⁶ Fase 1. Percepção e definição de problemas: transformar uma situação de dificuldade em problema político; Fase 2. Inserção na agenda política: trata-se de uma construção permanente, que envolve forte disputa política (Ainda, podem-se distinguir três tipos de agenda política: *agenda sistêmica, agenda governamental e agenda de decisão*); Fase 3. Formulação: momento de definição sobre a maneira de solucionar o problema político e a escolha das alternativas a serem adotadas, que se processa na esfera do Legislativo e do Executivo. É um momento de negociação e acordos entre os agentes; Fase 4. Implementação: fase da concretização da formulação, através de ações e atividades que materializam as diretrizes, programas e projetos, e predominantemente está ao encargo do aparelho burocrático; Fase 5. Avaliação: em política, a principal avaliação é a eleitoral. A avaliação de uma política consiste no estudo dos êxitos e das falhas do processo de sua implementação. Cf. SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2315-2321.

²⁷ PAMPLONA, Danielle Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. Judiciário e Políticas Públicas: um exemplo positivo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC, v. 20, n. 3, p. 889, set./dez. 2015.

²⁸ Como exemplo, uma auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que as despesas do Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais de compra de medicamentos e insumos para tratamentos médicos aumentaram 1300% em sete anos, saindo de R\$70 milhões em 2008 para R\$1 bilhão em 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/despesa-judicial-no-ministerio-da-saude-avanca-1-300-em-7-anos/>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

Pesquisa realizada no ano de 2017 revela que dos juízes entrevistados, 62,4% consideram que ações individuais solicitando acesso a políticas/bens públicos têm mais sucesso do que as ações coletivas. Já 23,4% afirmaram que não há diferença significativa entre ações individuais e ações coletivas no que toca ao acesso a políticas/bens públicos, enquanto 8,5% descreveram uma preferência pelas demandas coletivas. O levantamento, que integra a segunda edição da série *Justiça Pesquisa*, do Conselho Nacional de Justiça, foi feito em 14 tribunais de diferentes Estados e ramos de Justiça²⁹.

Virgílio Afonso da Silva trata, em um dos seus textos sobre Judiciário e políticas públicas, a respeito da racionalidade que permeia as decisões dos juízes e suas consequências. Em estudo empírico realizado, constatou-se que, nos casos de concessão de medicamentos, em 93% das decisões os julgadores consideraram o direito à saúde *individual*. Outro estudo relevante demonstra que, em geral, os magistrados não se preocupam com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo³⁰.

Este desconhecimento pelos juízes de como funcionam as demandas coletivas gera prejuízo para a sociedade, uma vez que decisões individuais afetam diretamente o orçamento público. Ademais, fato pouco analisado é que decisões de caráter individual geram desigualdade social. Somente quem possui acesso pleno à justiça consegue a efetivação de determinadas políticas públicas³¹.

Em alguns casos, inclusive, a via judicial não é o caminho mais adequado para a satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. Segundo Daniel Wunder Hachem, três principais motivos podem ser elencados: o acesso à justiça é limitado às classes média e alta da população; a maior parte das ações judiciais que busca a implementação de políticas públicas é de cunho individual e não coletivo; o planejamento de políticas públicas voltadas ao atendimento de todas as esferas da sociedade compete à Administração Pública³².

²⁹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoes-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 595.

³¹ Referindo-se àqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: “Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de ser partes – os ‘não partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou de como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país”. Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 58.

³² HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba/PR, v. 13, n. 13, p. 353, jan./jun. 2013.

Inobstante ser inviável negar a legitimidade do Poder Judiciário na análise das políticas públicas, precisa-se deixar claro que os direitos sociais não possuem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais (civis e políticos). Quando se depararem com temas de direito social, magistrados não podem ignorar as políticas públicas já existentes, concedendo, irracionalmente e de maneira individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorre ao Judiciário. “Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa”³³.

Neste sentido, é perfeitamente possível defender uma espécie de ativismo judicial, e mesmo assim sustentar que em algumas situações deve haver limitação. Referida limitação talvez seja necessária porque os juízes brasileiros, em regra, não estão preparados para atuar em políticas públicas. Isto não é algo que se ensina nas universidades ou em cursinhos preparatórios. Ainda, tribunais não estão estruturados, e os próprios procedimentos judiciais não foram concebidos para este tipo de tarefa.

Mas então, haveria soluções práticas para uma maior integração entre os Poderes e aumento da “capacidade” no trabalho de políticas públicas por parte dos magistrados?

Evidente que sim. O primeiro e fundamental passo a ser dado é o maior diálogo entre os Poderes. A Constituição Federal de 1988 é clara ao delimitar que os Poderes devem trabalhar em *harmonia*. Na visão de Virgílio Afonso da Silva, ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas já existentes. Boa parcela dos problemas de efetividade do direito à saúde, por exemplo, decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas³⁴.

Além do mais, para que decisões de cunho social sejam consideradas justas, ou melhor, bem fundamentadas, os próprios juízes devem seguir os *precedentes* dos tribunais superiores³⁵; caso contrário, milhares de decisões individualizadas

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 592.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 598.

³⁵ Embora o termo *precedente* seja polissêmico, em uma breve leitura dos seus requisitos formais já se pode distingui-lo da *jurisprudência*. De forma sucinta, pode-se delimitar o precedente

serão proferidas diariamente, cada uma com racionalidade própria, o que em nada auxilia o sistema jurídico nacional³⁶.

Para seguir uma linha de precedentes obrigatórios (*binding precedents*), necessário se faz o cumprimento ao mandamento constitucional da motivação das decisões. O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Ainda mais relevante é o fato de o novo Código de Processo Civil retirar de seu bojo o *livre convencimento do juiz*, determinando, expressamente, em seu artigo 489, §§ 1º e 2º, que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Já no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Quer dizer, magistrados devem realizar efetivos estudos das políticas públicas *sub judice*, analisando matéria e partes envolvidas, com vistas ao orçamento público e ao direito coletivo³⁷.

como decisão anterior que funciona como modelo (potencialidade de influência) para decisões posteriores (isonomia – *treat like cases alike*).

³⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni, infelizmente “a prática demonstra que os Tribunais Federais e Estaduais não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 98.

³⁷ Para um melhor entendimento do impacto das decisões proferidas com vistas ao direito individual (saúde), vale citar o exemplo da doença de Gaucher. No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença que recebem, em função de decisões judiciais, tratamento gratuito. O custo, por pessoa, é de US\$ 9.620,00 por mês (Custo anual acima de US\$ 10.000.000,00). Referidos valores, segundo estudos, seriam suficientes para ajudar 250 mil pessoas por ano nos programas de combate à fome. Cf. KANAMURA, Alberto Hideki. O dilema do gestor do sistema de saúde. *Folha de S. Paulo*, 10 jul. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1007200310.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Nas sessões de julgamento também deveria ser mais utilizada a figura do *amicus curiae*³⁸. Durante algum tempo, críticas foram lançadas ao procedimento com argumento de que os terceiros não teriam suas razões apreciadas formalmente pelos magistrados. Todavia, Damares Medina traz um profundo estudo acerca do tema e informa que as possibilidades de êxito em uma demanda com presença de *amicus curiae* aumentam significativamente, sobretudo na parte de conhecimento da demanda³⁹.

Outro fator que precisa ser abordado é a programação das chamadas *decisões estruturantes*, pouco conhecidas no mundo acadêmico, mas de extrema relevância jurídica e social.

A decisão estrutural é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma política pública ou resolver litígios complexos⁴⁰.

Um clássico exemplo do que seria um litígio estruturante ocorreu em 1954, no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*⁴¹. Com o fim da Guerra Civil (1868), foi inserido na Constituição norte-americana, através da décima quarta Emenda, o princípio da igualdade (*equal protection of the law*). Todavia, os mesmos membros do Congresso que editaram a Emenda legislaram, no mesmo ano, em favor do regime de escolas segregadas.

Por essa razão, em 1896, no caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte decidiu que a segregação nos transportes ferroviários era compatível com o princípio da igualdade, utilizando o lema “iguais, mas separados” (*equal but separate*), já que essa teria sido a intenção do constituinte.

Já no caso *Brown vs. Board of Education*, a Suprema Corte teve que decidir sobre a constitucionalidade da segregação racial nas escolas. Os fatos eram estes: na cidade de Topeka, no Estado do Kansas, Oliver Brown e vários outros negros tentaram matricular seus filhos em uma escola pública primária exclusiva para brancos, e o pedido foi negado. Em razão disso, eles entraram na

³⁸ Código de Processo Civil. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

³⁹ “Os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado”. Cf. MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113-135.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 48-49, 2017.

⁴¹ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=347&invol=483>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Justiça, alegando que tinham o direito à matrícula, já que o sistema de segregação em escola pública seria inconstitucional por ferir a décima quarta Emenda.

Com base no precedente *Plessy vs. Ferguson*, as Cortes inferiores indeferiram o pedido dos autores, embora tivessem reconhecido que o sistema de segregação era prejudicial às crianças negras. Em 1954, o processo chegou à Suprema Corte, que decidiu que a política de segregação racial nas escolas comprometia o desenvolvimento educacional do grupo segregado.

Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança no sistema público de educação, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*. Além disso, com o tempo, a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, abrigos públicos e agências de serviço social⁴².

O Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas estruturais, por exemplo, no caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3388/RR), em que se admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas com diversas “condições” para o exercício do usufruto.

Outra característica importante das decisões estruturantes é que, por vezes, da decisão principal surgem inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal. É o que a doutrina delimita de *provimentos em cascata*⁴³.

Fato é que os magistrados precisam estruturar melhor suas posições, a fim de que as decisões não sejam paliativas. É preciso encarar as políticas públicas de frente, com uma tentativa de resolução em proveito de toda a sociedade.

Finalmente, cabe aos três Poderes a elaboração de campanhas de conscientização, demonstrando que é possível maximizar direitos econômicos e sociais pela via administrativa. Deve-se motivar o cidadão, ainda, para que busque, em último caso, a realização da política pública por meio das ações coletivas, a fim de garantir uma maior igualdade social.

CONCLUSÃO

Após análise do trabalho, é possível perceber que a jurisdição constitucional encontra-se em ebulição. Isto decorre, pois o Poder Judiciário tem sido provocado cada vez mais a se manifestar acerca de matérias que envolvem políticas públicas.

⁴² FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 761.

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 38, v. 225, p. 400, 2013.

Parte da doutrina defende e parte refuta uma atuação ativista do Judiciário, sobretudo em questões de políticas públicas. Alguns alegam que, ao se fazer menção ao ativismo judicial ou à judicialização da política, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa, e até mesmo da função de governo.⁴⁴

De fato, como se viu, nas últimas décadas o próprio sistema jurídico brasileiro possibilitou uma maior intervenção dos juízes na esfera política. Por outro lado, urge uma maior capacitação do Poder Judiciário na análise e implementação de políticas públicas.

A concessão desenfreada de decisões judiciais positivas, de aspecto estritamente individual e irracional, não irá contribuir para a realização plena dos direitos sociais no país. Mais do que isto, é fundamental trabalhar com a formação dos juízes para que eles se tornem cada vez mais capazes de interpretar políticas públicas. Isto ocorrerá com maior estudo e utilização das demandas coletivas, maior fundamentação das decisões com vistas aos precedentes dos tribunais superiores e às *decisões estruturantes*, e maior diálogo entre os entes públicos envolvidos.

Em suma, deve-se trabalhar com a máxima efetividade da lei e com a harmonia entre os Poderes, nos termos do que elenca o artigo 2º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, ano 38, v. 225, 2013.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV [online]*, v. 8, n. 1, p. 59-85, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 13ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.
- 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: 1º nov. 2017.

⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, p. 67-89, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, Curitiba/PR, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

KANAMURA, Alberto Hideki. O dilema do gestor do sistema de saúde. *Folha de S.Paulo*, 10 jul. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1007200310.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAMPLONA, Danielle Anne; MESQUITA, Eduardo Melo de. Judiciário e políticas públicas: um exemplo positivo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC, v. 20, n. 3, p. 885-906, set./dez. 2015.

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

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck; PEIXOTO, Vítor de Moraes. *Processo decisório, judiciário e políticas públicas: levando a decisão judicial a sério*.

FGV Direito Rio. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%202009_2/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Diego%20e%20Leandro.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: *Judicial independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. The University Press of Virginia, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos fundamentais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Data de recebimento: 23/11/2017

Data de aprovação: 23/04/2018

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CESSÃO DE ÚTERO SOB O PARADIGMA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

FUNDAMENTAL RIGHTS AND UTERUS ASSIGNMENT UNDER THE LEGAL SITUATION PARADIGM

*Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos**
*Caroline Melchhiades Salvadego Guimarães de Souza Lima***
*Roberto Wagner Marquesi****

RESUMO

Analisar a reprodução assistida por meio da técnica de cessão de útero é um dos objetivos do presente trabalho, o que será realizado por meio do método dedutivo e interpretativo de pesquisas bibliográficas, visto que as transformações biotecnológicas em uma sociedade contemporânea são dinâmicas, complexas e carecem de um respaldo jurídico, colocando em risco direitos fundamentais do indivíduo. A referida problemática social equipara-se no paradigma da situação jurídica, em razão da possibilidade de englobar as diversas realidades e por assegurar garantias às relações sociais. Surgem desta situação jurídica centros de interesses juridicamente relevantes, os quais precisam ser tutelados.

Palavras-chave: Reprodução assistida; Cessão de útero; Situação jurídica; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Analyze the assisted reproduction through the uterus transfer technique is one of the objectives of the present study, once the biotechnological

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: pedroh_santos@hotmail.com.

** Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – *campus* Londrina. E-mail: carolm_92@hotmail.com.

*** Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP, Largo de São Francisco. Mestre em Direito pela UEL. Professor do Programa Mestrado e Pós-graduação – Lato Sensu na Universitário na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor Universitário na Universidade Estadual de Londrina – UEL e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – *campus* Londrina. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br.

transformations in a contemporary society are dynamic, complex and lack of a legal support, putting at risk the fundamental rights of the individual. The aforementioned social problem is paralleled in the paradigm of the legal situation, due to the possibility of encompassing the different realities and to ensure the guarantees of social relations. Juridically relevant centers of interest arise from this legal situation, which need to be protected.

Keywords: Assisted reproduction; Assignment of uterus; Legal situation; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Um dos atuais problemas de saúde pública é a infertilidade humana, o que leva principalmente a ciência a buscar mecanismos para diminuir ou afastar referido problema social, no entanto, o avanço da tecnologia não é diretamente proporcional às mudanças necessárias no âmbito judicial e legal.

Uma dessas inovações no âmbito da medicina consiste na prática da gestação de substituição (doação temporária do útero), mais conhecida como “barriga solidária”, em que uma mulher doadora do seu útero permite a gestação de um embrião de um casal.

No ordenamento jurídico brasileiro não há leis específicas sobre referida prática, o que existe é a regulamentação por resoluções do Conselho Federal de Medicina, sendo que a atual é a Resolução n. 2.121/2015, que, em seu Capítulo VII, prevê a possibilidade deste tipo de gestação, estipulando algumas restrições ao procedimento.

Destaca-se que em tal procedimento há necessidade de proteção de interesses juridicamente relevantes, que, por sua vez, não encontram ampla proteção e regulamentação na lei positivada, somente algumas normas elaboradas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, que obviamente deverão ser utilizadas como parâmetro, porém, quando surgir qualquer conflito de interesses não amparados pela norma, ou pelo próprio contrato eventualmente realizado, busca-se identificar o critério a ser adotado para ponderar esses interesses e assim verificar quais são considerados mais relevantes, necessitando da devida proteção.

O presente artigo adentra-se as especificidades da reprodução assistida e de uma de suas técnicas, no caso em tela, da cessão de útero, conceituando ambos os institutos e correlacionando com os avanços biotecnológicos presentes na sociedade contemporânea. As transformações sociais resultam em transformações jurídicas, muitas vezes inexistentes no âmbito judicial, já que o direito ainda não apresentou respostas a todos os questionamentos advindos da sociedade, o que coloca certos direitos fundamentais da pessoa em risco, tais como o direito à liberdade, à vida, saúde e planejamento familiar, em razão de lacunas legislativas que não podem ser ignoradas pelo intérprete do direito.

Demonstra a escassez da estrutura da relação jurídica em função das demandas de uma sociedade pós-moderna e, posteriormente, expõem-se o paradigma da situação jurídica, abrangendo sua definição e extensão, de forma a apontá-la como um instituto capaz de resolver a problemática supracitada.

Por fim, a partir do método dedutivo interpretativo de pesquisas bibliográficas, tendo por marco teórico Pietro Perlingieri, Francisco Amaral, Éverton Willian Pona para abordar aspectos da situação jurídica, e Silvio de Salvo Venosa, Jussara Leal de Meirelles e Eduardo de Oliveira Leite para tratar acerca da gestação por substituição, o objetivo do presente trabalho é equiparar a técnica de reprodução assistida por meio da cessão de útero como situação jurídica, uma vez que tal problemática carece de regulamentação e, conseqüentemente, da estrutura da relação jurídica, uma vez que esta, por atribuir direitos e deveres, vincula os sujeitos protegidos pelo próprio ordenamento jurídico.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA POR MEIO DA CESSÃO DE ÚTERO

A infertilidade humana é um problema de saúde que assola a nossa atual sociedade. Em busca de soluções para este grande problema, são encontrados meios alternativos para que seja possível a gestação de um filho por aqueles que, a princípio, não conseguem gerá-los sem a necessidade de intervenção da medicina.

Uma dessas opções é o emprego da gestação de substituição, cujo termo popular no Brasil é “barriga solidária”, contudo, existem outras nomenclaturas para o mesmo procedimento, tais como “útero de substituição”, “doação temporária do útero”, “cessão de útero”. Constitui-se um método empregado por casais que não conseguem gerar um filho no próprio útero da mulher/mãe, seja por alguma doença que impeça a concepção ou contraindique a gravidez, ou porque não possuem mais útero. Nesse sentido, o casal utiliza o útero de outra mulher para gerar um filho seu. Valendo lembrar que também é frequente a gestação por substituição por casais homoafetivos.

Em outros termos, a cessão temporária de útero consiste, para Jussara Leal de Meirelles, na:

[...] gestação de um ser humano, mantida por uma mulher em favor de outra infértil (ou com alguma impossibilidade referente à gravidez) com a finalidade de, logo após o nascimento com vida, ser a criança entregue à interessada, renunciando a gestante, em favor dela, a todos os direitos relativos à maternidade⁴.

⁴ MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade* (“mãe de aluguel”). Curitiba: Gênese, 1998, p. 23.

Antes de adentrar e esclarecer o conceito da cessão de útero, convém trazer alguns conceitos científicos a respeito das técnicas de reprodução, a fim de ilustrar melhor o procedimento adotado nas gestações por substituição e assim delimitar o estudo do presente trabalho. Desta forma, assenta destacar que a reprodução assistida para Camilo Gardin é entendida como o:

[...] conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana⁵.

Nesta perspectiva, a maior eficiência e o menor potencial lesivo são critérios para o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, que são classificadas como homóloga ou heteróloga. Homóloga é o método em que, na formação do embrião, não há interferência do material genético de terceiro, sendo que, de forma antagônica, heteróloga é a técnica em que há doação do material genético de terceiro⁶.

Há duas possibilidades para o aperfeiçoamento da reprodução assistida por meio da cessão temporária de útero, sendo a primeira quando a mulher, por meio de fecundação *in vitro* e com o material genético dos cônjuges proponentes, empresta seu útero, restabelecendo o óvulo fecundado. Já na segunda opção a mulher fértil realiza uma inseminação artificial com o material genético do homem da proponente, concedendo, portanto, não somente seu útero, mas também os óvulos⁷.

Ademais, Daniela Paiano, Geala Geslaine Ferrari e Rita de Cássia Tarifa Espolador relatam que há possibilidade de o empréstimo do útero suceder em três circunstâncias, assim, em suas palavras:

O empréstimo de útero pode ocorrer em três situações, primeiro pela impossibilidade de produção de óvulos e útero saudável; segundo quando há incapacidade de produção de óvulos e ausência de útero ou lesão uterina incompatível com a gestação e por fim quando há a acumulação

⁵ GARDIN, Camilo apud RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 228.

⁶ PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. *A cessão de útero e suas implicações na ordem contratual*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 1º out. 2017, p. 4.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 68.

das duas incapacidades, por exemplo, no caso dos casais homoafetivos masculinos⁸.

Sendo assim, tem-se a cessão de útero, uma das técnicas da reprodução assistida, objeto do presente estudo. A cessão de útero, popularmente, chamada de “barriga de aluguel”, o que não se adéqua aos preceitos éticos da dignidade humana, também pode ser chamada de “maternidade de substituição” e “doação temporária de útero”⁹.

No âmbito do direito comparado destaca-se que o ordenamento jurídico português entende que é nulo o contrato de gestação por substituição, já que ofende a ordem pública e os bons costumes, o que ocorre também na Espanha, em que é nulo o contrato com ou sem o intuito mercantil. Na Inglaterra, por outro lado, não há proibição para o contrato de gestação por substituição, mas é vedada a comercialização e a facilitação destes pactos¹⁰.

O posicionamento doutrinário considera que é proibida a lucratividade neste tipo de relação, isso porque atribuir um caráter econômico ao contrato de gestação por substituição violaria o princípio da dignidade pessoal, uma vez que o objeto do contrato está ligado à personalidade das partes envolvidas e principalmente do nascituro, e, por conta disso, não admite contraprestação e comercialização deste direito de personalidade¹¹.

Ocorre que, no Brasil, não existe uma previsão normativa suficiente e adequada acerca da cessão do útero, e por essa razão são celebrados contratos particulares sem qualquer formalidade, o que gera inquestionável insegurança jurídica e a possibilidade de conflitos futuros entre os contratantes, diante do aparecimento de problemas que não eram esperados pelas partes. Elucidando tal questão, convém destacar o posicionamento de James Eduardo Oliveira¹², que reforça a necessidade de uma maior atenção pelo ordenamento jurídico:

⁸ PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. *A cessão de útero e suas implicações na ordem contratual*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 1º out. 2017, p. 6.

⁹ VENDRAMI, Camila Lopes; BARBOSA, Caio Parente; SANTOS, Juliana Roberto dos et al. *Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente*. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n6/a1515.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017, p. 302.

¹⁰ CHAGAS, Isabela Pessanha. Direitos fundamentais: direitos da personalidade e bioética. In: *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. São Paulo: Atlas, 2015. Direito privado: v. 1. p. 94.

¹¹ LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

¹² OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1435.

Por mais que as aparências neguem, sabe-se que existe a comercialização do sêmen, óvulos e embriões, e que nem sempre a cessão do útero para a fertilização heteróloga é simplesmente altruística. Inúmeras são as legislações no mundo inteiro que proíbem tais expedientes, mas dificilmente tem-se como controlar as relações entre receptores e os doadores.

Em busca de solucionar alguns conflitos e regular este tipo de gestação, o Conselho Federal de Medicina edita Resoluções, sendo que a mais recente e em vigor que trata sobre este aspecto é a Resolução n. 2.121/2015, que tem justamente o propósito de regular as “normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos”¹³.

Especificamente em relação à gestação de substituição, a resolução acima citada traz em seu Capítulo VII “sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero)” diretrizes éticas a serem observadas pelos interessados e que vão participar deste procedimento:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva¹⁴.

Com base nesta norma administrativa, para autorizar o procedimento é necessária a existência de um problema médico ou em caso de casais homoafetivos. A norma vai mais além ao prever que, para a realização do método, são necessários alguns requisitos expressamente previstos e que cabem ser transcritos a título informativo:

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

¹³ Texto extraído do preâmbulo da Resolução CFM n. 2.121/2015, citada nas referências.

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2.013/2013, publicada no *DOU* de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. *Diário Oficial da União*; Poder Executivo, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 – Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável¹⁵.

Imprescindível informar que a atual Resolução n. 2.121/2015 veio substituir a antiga Resolução n. 2.013/2013, na qual não havia previsão acerca de sujeitar os demais casos à autorização do Conselho Regional de Medicina, pelo contrário, previa que em todos os casos dever-se-ia respeitar a idade limite de até cinquenta anos, demonstrando, assim, que a referida prática está sujeita a constantes mudanças normativas no âmbito administrativo.

Outra importante alteração que esta resolução vigente trouxe foi a expressa e esclarecida obrigatoriedade de que nos prontuários médicos já esteja prevista a questão da filiação e garantia do registro civil da criança e a autorização do cônjuge ou companheiro da doadora, se existente.

Por último, relevante observar que a referida resolução expressamente prevê a impossibilidade de ter caráter comercial ou lucrativo na gestação por substituição. Sendo assim, embora envolva uma negociação contratual, evita-se a utilização do termo “barriga de aluguel”, com finalidade de distanciar da ideia de algo comercializável.

Além da obrigatoriedade de certas informações estarem presentes no instrumento do contrato ou no prontuário, conforme determina a Resolução,

¹⁵ Texto extraído do preâmbulo da Resolução CFM n. 2.121/2015, citada nas referências.

destaca-se que ela não tem caráter de norma jurídica, apenas orientadora, e ainda assim, é insuficiente e escassa, não prevendo critérios para solução de conflitos que possam existir.

É importante que as partes regulem seus interesses em um instrumento particular. A doutrina entende ser possível o exercício da autonomia, como bem observa Christine Keler de Lima Mendes, que neste tipo de negócio prioriza-se a vontade interna da gestante no momento da realização do procedimento, a qual deverá ser exteriorizada de forma expressa, espontânea e consciente, no momento ou após ter acesso a todas as informações sobre as consequências éticas, médicas e jurídicas envolvendo a gestação substituta¹⁶. No entanto, não restam dúvidas de que conflitos podem surgir, sem, contudo, serem anteriormente previstos pelas partes.

DA RELAÇÃO JURÍDICA À SITUAÇÃO JURÍDICA

As transformações sociais implicam na seara jurídica, provocando no direito a necessidade de regulá-las, de solucionar conflitos que emergem da contemporaneidade, de minorar ou reparar danos atinentes a convivência social.

O direito contemporâneo atravessa um período de grandes transformações, valorativas, formais e materiais, contribuindo para a crise do direito. “Essa crise é uma crise de paradigmas, que se revela na inadequação dos institutos jurídicos do direito moderno (séc. XIX) para a solução dos problemas da sociedade contemporânea”¹⁷. Assim, a fim de responder aos anseios de uma sociedade gradativamente moderna, busca-se um suporte jurídico capaz de abarcar tais questões, como a biotecnologia.

Deve-se destacar que o direito subjetivo é a “expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei (...)”¹⁸. Entretanto, em nosso contexto atual, não podemos olvidar que constantemente surgem novos interesses juridicamente relevantes, que não possuem, ou é escassa, a regulamentação em nosso ordenamento jurídico, contudo trata-se de interesses que devem ser protegidos e tutelados.

Os novos acontecimentos contemporâneos, marcados especialmente pelo avanço da tecnologia, trouxeram-nos uma infinidade de eventos que acarreta consequências jurídicas relevantes: “mas que, por ausência de direito objetivo –

¹⁶ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2007, p. 43.

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 198.

¹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 239.

de comando emanado da norma – impossibilitam a existência de um direito subjetivo, constituindo-se em fatos desprovidos de normatização jurídica¹⁹.

Essas situações fáticas que não encontram correspondência normativa, como ocorre no biodireito, incluindo a ausência de leis que regulamentam a gestação por substituição, apenas resoluções de órgãos administrativos, podem ser denominadas situações jurídicas, classificando-se em: situação jurídica objetiva, quando decorre da própria lei; e subjetiva, quando decorre da manifestação da vontade do homem.

A doutrina distingue duas espécies de situações jurídicas, quais sejam, as situações jurídicas objetivas e as subjetivas. Com relação às objetivas, pode-se dizer que resultam da própria norma que as determina, por exemplo, a situação do cônjuge, do pai, da qualidade hereditária do filho, entre outras. Por outro lado, as situações jurídicas subjetivas resultam de uma manifestação de vontade particular, adaptadas aos interesses dos agentes, como no caso do comprador e do locatário²⁰.

Essas novas situações fáticas que não estão disciplinadas em nosso ordenamento jurídico precisam de tutela jurisdicional, isso porque estão presentes no mundo jurídico e de fato produzem efeitos jurídicos, não podendo ser ignoradas justamente por emanar interesses juridicamente relevantes.

Diversas relações privadas atuais não se enquadram no conceito tradicional da relação jurídica, qual seja, a presença de sujeitos titulares de direito subjetivo, decorrentes de um direito objetivo, vinculados a uma sujeição de um deles e um objeto. Nessas atuais relações os sujeitos serão titulares de interesses juridicamente relevantes analisados numa esfera existencial, isto é:

Há um novo modelo no qual os sujeitos nela envolvidos não são titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o Direito e seu objeto deixa de ser exclusivamente patrimonial, passando para a seara existencial. Ou seja, a relação jurídica dá lugar a situações jurídicas subjetivas existenciais formadoras de centros de interesses relevantes, que também devem ser tutelados e selecionados, ainda que ausente legislação prévia²¹.

¹⁹ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso: 22 set. 2017, p. 3.

²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 237.

²¹ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso: 22 set. 2017, p. 12.

Dentro desta perspectiva, quando nos deparamos com uma gestação por substituição, estamos diante de uma situação jurídica, especialmente porque envolve interesses juridicamente relevantes, que produzem efeitos e consequências jurídicas, embora por ausência de um direito objetivo, não motivam um direito subjetivo, ou seja, não existe uma efetiva regulamentação no ordenamento jurídico. Nesta ótica, dessas situações jurídicas eventualmente podem surgir conflitos, cujas soluções não estão previstas em lei e podem não ter sido reguladas documentalmente.

Tem-se, por exemplo, um caso de uma gravidez de risco em que a mãe doadora do útero pretende interromper a gestação; por outro lado, a mãe biológica discorda de tal vontade, pois pretende continuar com a gravidez. Nesse caso, certamente não há previsão legal para solucionar o conflito, portanto a controvérsia deverá ser analisada especialmente com base nos direitos fundamentais e princípios e assim ponderar qual seria o interesse juridicamente mais relevante.

Neste aspecto, pode-se observar que o ponto de partida para proteção de uma situação jurídica é centro de interesse tutelado pelo ordenamento jurídico. Quando estamos diante de um interesse não vinculado estritamente ao patrimônio, diz-se que são situações jurídicas subjetivas existenciais, que também podem ser denominadas direitos da personalidade²². Ocorre que nosso ordenamento jurídico prevê um rol exemplificativo da proteção a esses direitos, especificamente nos arts. 11 a 21 do Código Civil²³, sendo assim, a positivação nem sempre é suficiente para abarcar todas as situações jurídicas existentes.

²² PONA, Êverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 195.

²³ Convém ilustrar a redação dos artigos: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

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.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Em tais casos, ainda que não previstos em lei, os direitos e deveres que surgem dessas situações jurídicas contemporâneas certamente devem ser tutelados, e a grande missão do operador do direito é ponderar qual será o critério para analisar os interesses envolvidos e qual seria mais relevante. No presente caso da gestão por substituição, quando existir algum conflito não regulamentado, deverá analisar se priorizará a proteção do interesse da mãe biológica, da mãe doadora ou então da criança que está no ventre, não se olvidando que por vezes há outros interesses a serem tutelados, por exemplo, do genitor.

A CESSÃO DO ÚTERO NO PARADIGMA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

Conforme pode ser observado, para análise de uma situação envolvendo a gestação por substituição, não se mostra mais pertinente a antiga concepção da relação jurídica, estruturada sob o aspecto bilateral de dois sujeitos em torno de um objeto, em decorrência do qual surge para um dos sujeitos o direito subjetivo e para o outro a sujeição a um dever jurídico, isso porque que “em razão da dependência entre o direito subjetivo e a previsão normativa, observam-se, por vezes, novas situações fáticas que não encontram correspondência normativa”²⁴.

Muito embora o Conselho Federal de Medicina constantemente esteja atualizando suas Resoluções, em nosso ordenamento jurídico não há a normatização a respeito da gestação por substituição. Assim sendo, por se tratar de uma prática que envolve a gestação de um ser humano e ao mesmo tempo envolve direitos de ao menos duas pessoas, a mãe doadora e a mãe genética, despertam-se, assim, interesses juridicamente relevantes, que por outro lado não há em nosso ordenamento jurídico normas suficientes, pode-se analisar a partir daí o surgimento de uma situação jurídica que deve ser tutelada.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

²⁴ PONA, Éverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186.

A doutrina nacional demonstra a necessidade de regulamentação, isto porque a ausência de norma, proibitiva ou permissiva, da gestação por substituição, ocasionará, cada vez mais, conflitos, sobretudo jurídicos, como expõe Silvio de Salvo Venosa²⁵:

Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel [...] Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa.

Como dito anteriormente, não há normatização específica a respeito da técnica de cessão temporária de útero pelo ordenamento jurídico brasileiro, pautando-se, assim, em garantias previstas na Constituição Federal de 1988, como do planejamento familiar, através dos princípios da dignidade humana, e também em direitos como a saúde e a procriação.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 2.013/2013, adota normas éticas, não jurídicas, para a utilização das técnicas de reprodução assistida por meio da cessão de útero como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos, quais sejam: a existência de problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética ou em caso de união homoafetiva; as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau, e em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos; a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial; no prontuário deve constar contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do estabelecendo de forma a esclarecer a questão da filiação da criança; a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos); se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Ressalta-se que, mesmo não expondo todos os requisitos elencados pelo Conselho, tais normas respaldam os magistrados na aplicação da justiça no caso em questão.

Dessa forma, vê-se que a ausência de normas jurídicas que regulam determinada problemática provoca insegurança jurídica e, além disso, impacta na estrutura da relação jurídica, pois não alcança os fatos jurídicos²⁶. A incidência

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 272.

²⁶ Constitui fato jurídico, para Pietro Perlingieri (2002, p. 89), “qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica. Em geral a norma prevê a hipótese da verificação do evento (ou seja, do fato) e a possibilidade de que este – humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (um temporal) –, uma vez ocorrido tenha relevância jurídica”. Verifica-se que cabe ao ordenamento jurídico normalizá-lo para que o fato se torne fato jurídico.

de uma norma jurídica é que torna o fato um fato jurídico, só interessando para o direito aquilo que é fato jurídico.

Ademais, as relações jurídicas nascem do fato jurídico, como se vê na definição de Francisco do Amaral: “é o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos”²⁷.

A estrutura da relação jurídica é formada pelos sujeitos, que são pessoas titulares de poderes e deveres, constituindo, então, o elemento subjetivo; pelos bens, isto é, os valores materiais ou imateriais que recaem sobre os poderes da relação jurídica, visto como o elemento objetivo e, pelo vínculo, que consiste no poder exercido do sujeito ativo sobre o sujeito passivo²⁸.

Nota-se que do vínculo da estrutura da relação jurídica sempre emerge um direito subjetivo, que aliado está ao direito objetivo, já que se estabelece uma relação de interdependência entre eles. Ocorre que a escassez de normas jurídicas que abrangem as relações humanas contemporâneas, como a técnica de reprodução assistida por meio da cessão de útero, que não é resguardada pelo direito objetivo²⁹ e que tampouco acarreta o direito subjetivo³⁰. Portanto, são fatos que não possuem regulação jurídica.

Desponta-se, assim, o instituto da situação jurídica, definida por Francisco do Amaral como um “conjunto de direitos ou deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem”³¹. Além disso, o mesmo autor contribui dizendo que “constituem uma categoria geral abrangente, que compreende as diversas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica, como o direito subjetivo, e o dever jurídico [...]”³². Vê-se que o paradigma da situação jurídica não se desvincula da relação jurídica.

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 207.

²⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 219.

²⁹ Francisco Amaral (*Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 2) diz que “essas regras ou normas, expressão jurídica de valores dominantes em nossa sociedade, estão nas leis, nos costumes, na jurisprudência, nos princípios jurídicos, constituindo o chamado direito objetivo, de *ob + jectum*, exterior ao sujeito, e positivo, no sentido de que é posto na sociedade por uma vontade superior”.

³⁰ Para Goffredo Teles Júnior (apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24), direito subjetivo é “a permissão dada por meio da norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter o não ter algo, ou ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio dos processos legais, em caso de prejuízo causa por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”.

³¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 236.

³² AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 236.

Assim, o paradigma da situação jurídica equipara-se a reprodução assistida por meio da cessão de útero, ou seja, por proteger os interesses juridicamente relevantes que não possuem legislação prevista, podendo, portanto, ser englobada mediante valores e princípios fundamentais, previstos em cláusulas gerais, isto é, necessária se faz uma averiguação axiológica do ordenamento, a fim de abarcar as situações decorrentes da sociedade pré-moderna.

Ressalta-se que, em função dos acontecimentos contemporâneos não respaldados pelo direito objetivo é que a doutrina introduziu o conceito de direito subjetivo, cuja finalidade é proteger os interesses de cunho personalíssimo, como o caso em questão.

Nesse sentido é que a reprodução assistida por meio da cessão de útero deve ser aludida não com base na estrutura da relação jurídica, mas sim do paradigma da situação jurídica, para, nesta perspectiva, o intérprete da lei ser capaz de compreender no caso concreto os direitos fundamentais envolvidos, tais como o direito à vida, liberdade, saúde, planejamento familiar, entre outros previstos no ordenamento jurídico, e assim ser possível tutelá-los de forma justa em razão da complexidade das relações interpessoais presentes na sociedade contemporânea.

Destaca-se, portanto, que nos procedimentos de gestação por substituição colocam-se em xeque centros de interesses juridicamente relevantes, estritamente ligados às dimensões da personalidade humana. Portanto, embora não exista uma concreta e efetiva regulamentação normativa, apenas algumas resoluções de órgãos estatais, é incontroverso que a prática continuará sendo realizada sem o amparo legal. Logo, é importante que as partes envolvidas especifiquem e regulem seus próprios interesses previamente em contrato, todavia, considera-se também que cabe ao ordenamento jurídico conceder maior atenção para a tutela dos interesses envolvidos, com o estabelecimento de uma normatização clara e específica, a fim de evitar a insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

A gestação por substituição é uma prática comum em muitos países e que está cada vez mais presente no Brasil, embora não haja leis específicas envolvendo este tipo de prática, apenas uma orientação resolutiva do Conselho Federal de Medicina que não tem caráter de norma jurídica.

Nestes tipos de contrato, que envolvem a gestação de um ser humano, não restam dúvidas de que se fazem presentes interesses juridicamente relevantes, ainda não tutelados de forma plena, mas com necessidade de serem protegidos. Pode-se analisar a partir daí o surgimento de uma situação jurídica que deve ser tutelada.

Destaca-se que a sociedade contemporânea, em função dos avanços tecnológicos e, conseqüentemente, da sua relevância social, demanda a regulamentação de fatos, a fim de que estes se tornem fatos jurídicos. Não é o que ocorre com a problemática elucidada ao longo do presente estudo, ou seja, reprodução assistida por meio de cessão de útero, isto porque esta só possui normatização ética, por meio da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, carecendo, portanto, de regulamentação jurídica, sendo considerada apenas fato.

A relação jurídica é abarcada, em sua estrutura, pelo vínculo de submissão entre os sujeitos titulares de poderes e de deveres, emergindo então um direito objetivo e um subjetivo. Portanto, não havendo direito objetivo, não há o que se falar em fato jurídico, muito menos em relação jurídica.

O direito subjetivo encontra crítica, na medida em que se tornou insuficiente para compreender os inúmeros efeitos jurídicos que surgem da atividade humana, como conflitos que possam surgir acerca da uma gestação por substituição, em que não há disposições legais, fazendo com que esse tipo de situação jurídica tenha hoje especial importância para o direito.

Dessa forma, introduz-se a situação jurídica, visto que esses fatos não normatizados, como a reprodução assistida por meio da cessão de útero, criam os chamados centros de interesse, que merecem proteção jurídica, através de valores e princípios garantidores da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

Enquanto a prática não for regulamentada, os conflitos que eventualmente surgirem deverão ser analisados com parâmetro nas resoluções de órgãos administrativos e, sobretudo, nos princípios constitucionais, especialmente os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, vinculados aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, a fim de que tais situações jurídicas não permaneçam sem amparo judicial. No entanto, uma análise meramente axiológica pode gerar insegurança jurídica ou até desvirtuamento e violação dos próprios princípios.

Conclui-se, portanto, que, nessas relações existenciais, a exemplo da gestação por substituição, que envolvem situações jurídicas relevantes sem a devida regulamentação normativa, é imprescindível que se regule a questão com os parâmetros devidos e caráter legislativo, havendo necessidade de elaboração lei específica acerca do tema, sendo esta a única forma possível de conferir segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2.013/2013, publicada no *DOU* de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. *Diário Oficial da União*; Poder Executivo, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.013, de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 1.957/10. *Diário Oficial da União*; Poder Executivo, 9 maio 2013. Seção 1, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 15 set. 2017.

CHAGAS, Isabela Pessanha. Direitos fundamentais: direitos da personalidade e bioética. In: *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. São Paulo: Atlas, 2015. Direito privado: v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 22 set. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)*. Curitiba: Gênese, 1998.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. *A cessão de útero e suas implicações na ordem contratual*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 1º out. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONA, Éverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

VENDRAMI, Camila Lopes; BARBOSA, Caio Parente; SANTOS, Juliana Roberto dos et al. *Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente*. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n6/a1515.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Data de recebimento: 10/11/2017

Data de aprovação: 07/02/2018

DISCIPLINA JURÍDICA DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

LEGAL DISCIPLINE ON THE EXERCISE OF POLITICAL RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

*Sérgio Tibiriçá Amaral**
*Aléxia Domene Eugenio***

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo primordial analisar os impactos da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, único tratado de Direitos Humanos com *status* constitucional no Brasil, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) no regime jurídico dos direitos políticos das pessoas com deficiência. A privação do exercício dos direitos políticos consiste em privação de aspecto da sua própria dignidade. É tratada, de forma específica, a modificação no sistema de incapacidades, que confere capacidade civil plena às pessoas com deficiência, que têm aptidão a exercer seus direitos políticos, sendo também necessário compreender as medidas e políticas públicas de incentivo à inclusão das pessoas com deficiência na participação política, previstas tanto na Convenção como no Estatuto.

Palavras-chave: Direitos políticos; Pessoa com deficiência; Capacidade civil; Inclusão; Participação.

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/FDPP da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br

** Advogada. Aluna especial no Programa de Mestrado em Direito do Estado da Universidade de São Paulo USP. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli FISIG. Especializanda em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente/FDPP da Associação Educacional Toledo. Professora Assistente na disciplina de Direito Administrativo e Professora Assistente no Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos e Direito Internacional da FDPP. E-mail: alexiadomene@gmail.com

ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the impact of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the only human rights treaty with constitutional status in Brazil, and the Statute of Persons with Disabilities (Law 13.146/2015) on the legal system of political rights of persons with disabilities. The privation of the exercise of political rights consists in depriving one of the aspects of one's own dignity. Specifically, it is addressed the changes in the system of civil incapacities, giving full civil capacity to people with disabilities, who have aptitude to exercise their political rights, being necessary as well to understand the public policies and measures to encourage the inclusion of people with disabilities in political participation, which are provided in the Convention and in the Statute.

Keywords: Political rights; Person with disabilities; Civil Capacity; Inclusion; Participation.

INTRODUÇÃO

Em um sistema democrático, a participação popular é pressuposto para conferir legitimidade à administração do Estado, determinante na formação e no exercício dos Poderes do Estado, especialmente nos dois chamados poderes que são eleitos pelo povo Executivo e Legislativo. Contudo, não foram conferidos a todas as pessoas que constitucionalmente teriam este direito/dever de participar da vida política do Estado os mecanismos que permitem tal escolha democrática entre eles, os direitos políticos das pessoas com deficiência, sobre os quais se busca discorrer neste trabalho.

Algumas pessoas com deficiência encontravam-se no conjunto daqueles inaptos a participar da vida política do Estado, em razão do sistema de incapacidade civil, que era causa de suspensão dos direitos políticos (art. 15, II, da CF), ou mesmo em razão das várias limitações estruturais e físicas de acessibilidade que impediam o exercício de tais direitos.

Diante da dificuldade de participação na vida civil e política de forma autônoma, diversos movimentos impulsionaram normas a favor da igualdade e promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Desse modo, utilizando um viés histórico, expôs-se a consolidação dos direitos desse grupo de pessoas nas leis nacionais e nos tratados até alcançar a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006. Destaca-se que foi o único tratado de direitos humanos no Brasil aprovado com o quórum qualificado, ou seja, de quatro votações de 3/5, duas em cada Casa Legislativa do Congresso, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, conferindo-lhe *status* de emenda constitucional.

Também foi objeto do estudo a Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), norma interna decorrente da Convenção da ONU, que notadamente implicou na modificação do sistema de incapacidades e que traz regras específicas sobre o direito de participação pública e política. Merecem destaque, ao mesmo tempo, outros dispositivos relativos à integração da pessoa com deficiência ao processo democrático em geral, como as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

Tal discussão é de extrema relevância, em razão de a população brasileira ser composta de 45 milhões de pessoas com deficiência, que poderiam estar sendo direta ou indiretamente excluídas do processo democrático, bem como do mercado de trabalho, do acesso à educação e saúde. A privação do exercício de direitos políticos retira de tais pessoas uma expressão da sua própria dignidade, da autonomia e liberdade de participar das escolhas em sociedade.

Desse modo, traz-se à tona, por meio de método dedutivo e dentro do recorte estabelecido, com respaldo doutrinário e legal, a afirmação histórica dos direitos das pessoas com deficiência no mundo, bem como o impacto desse recente conjunto normativo em benefício dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, o que não se exime também de críticas pontuais.

AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O CAMINHO TRILHADO ATÉ A CONVENÇÃO E A LEI N. 13.146/2015

O Brasil é um país com mais de 45 milhões de pessoas com deficiência, segundo o Censo do IBGE de 2010¹, representando, portanto, uma parcela significativa da população brasileira, que merece ter sua dignidade e autonomia reconhecidas, sem discriminação e em condições de igualdade com as demais pessoas sem deficiência.

A internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, assinada em Nova York, no ano de 2006, aqui tratada também como Convenção das Pessoas com Deficiência, é fruto desses tão buscados reconhecimento e afirmação dos direitos das pessoas com deficiência, que se tornam protagonistas de suas próprias vidas.

Assinados em 30 de março de 2007 (tendo recentemente completado 10 anos da assinatura), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo foram ratificados pelo Congresso Nacional em 9 de julho de 2008, por meio do Decreto Legislativo n. 186, após duas votações em cada Casa, por pelo menos 3/5 dos votos, sendo, enfim, promulgada em 25 de agosto de 2009 pelo Decreto n. 6.949.

¹ IBGE. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017. p. 73.

Vale destacar que este foi o primeiro tratado de Direitos Humanos aprovado nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, adquirindo *status* equivalente a emenda constitucional, o que a coloca, inclusive, como parâmetro para controle de constitucionalidade de atos normativos infra-constitucionais.

Também como consequência da internalização do referido tratado, e visando promover o exercício efetivo da cidadania das pessoas com deficiência, conferindo igualdade de oportunidades e possibilidades com as demais pessoas, adveio grande inovação legislativa no ano de 2015. Ao lado de outras normativas relevantes desse mesmo ano, como o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e a Minirreforma Eleitoral (Lei n. 13.165/2015), tivemos a publicação, em 6 de julho de 2015, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), cuja vigência foi determinada para janeiro de 2016, após 180 dias de *vacatio legis*.

Reconhecimento e afirmação da dignidade da pessoa com deficiência

Inegável a construção histórica da dignidade da pessoa com deficiência. Tal ideal da dignidade da pessoa humana é um preceito fundamental conquistado e esculpido na Constituição Federal que assegura as condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas, que atinge o seu fim, e, assim, coloca a dignidade acima de todos os bens e de todas as coisas.

A dignidade da pessoa humana atua como fonte de homogeneidade social, conforme aborda Ingo Wolfgang Sarlet², “uma certa medida de segurança social não serve apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade”. Conclui o autor³:

[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções do Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.

Dessa forma, os direitos fundamentais têm a efetividade das garantias de uma democracia e do Estado Democrático e Social de Direito, com o seu pleno

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

conteúdo alcançado pela justiça material a todas as pessoas em condições de igualdade.

Na visão de Luís Roberto Barroso, a dignidade humana é concebida a partir de um conteúdo mínimo, que, de forma minimalista, abrange o valor intrínseco do ser humano e a autonomia de cada pessoa, sendo permitidas apenas limitações oriundas de restrições legítimas, em nome de valores sociais ou interesses estatais⁴, de forma que foi influenciado pela visão kantiana, o ser humano é um fim em si mesmo, não sendo substituível ou subjugável.

Observamos, portanto, que todos os seres humanos são iguais em dignidade e demandam, por consequência, um tratamento igualitário perante o Estado. Nesse sentido, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁵, “o postulado da dignidade implica o da igualdade”, isto é, a igualdade deriva diretamente da dignidade inerente ao ser humano.

Contudo, nem sempre as pessoas com deficiência tiveram o mesmo tratamento conferido às pessoas sem deficiência, tanto no que diz respeito a direitos em face da lei, bem como na aceitação pela família e sociedade e na forma como eram tratadas. Flávia Piovesan aponta “a diferença era visibilizada para conceber o ‘outro’ como um ser menor em dignidade e direitos, ou em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável”⁶.

Sob um viés histórico, Álvaro Ricardo de Souza Cruz elenca quatro momentos de tratamento das pessoas com deficiência: “o da eliminação; o do assistencialismo; o da integração; e, finalmente, o da inclusão”⁷.

Quanto à eliminação, lembramo-nos de Esparta, onde as famílias tinham o direito de “descartar” os filhos que nascessem com deficiência, já que não serviriam como soldados ou trabalhadores na *polis*, numa clara política de eugenia. Também há exemplos da questão da eliminação na cultura de certas tribos indígenas, onde se pratica homicídio dos nascidos com deficiência, que seriam “amaldiçoados”.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 437.

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 176.

⁶ PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 109.

O assistencialismo teria tido como fonte os ideais de Tomás de Aquino, cuja promoção de caridade cristã substituiu a purificação eugênica⁸. Esta fase tornava a pessoa com deficiência um dependente, um “coitado”, um ser humano miserável e que, sem a ajuda dos demais, não teria nada. Entretanto, o próprio assistencialismo promoveu grande exclusão, já que as pessoas com deficiência eram isoladas, deixadas de lado, ou mesmo confinadas, especialmente nos “hospícios” ou “manicômios”.

Fernandes, Schlesener e Mosquera⁹ bem colocam que foi no século XX que as pessoas com deficiência passaram a ter-lhes conferidos direitos e deveres como os demais, em especial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas destacam que, apesar disso, a abordagem ainda se dava numa perspectiva bastante assistencial.

Por conseguinte, as pessoas com deficiência estavam num patamar inferior às demais pessoas, não possuindo perante elas o valor como ser humano nem a autonomia que faz parte do referido conceito de dignidade.

A fase de integração tentou conceder formas de a pessoa com deficiência se integrar na sociedade, com o desenvolvimento de cadeiras de rodas, bengalas, próteses (com destaque para os veteranos feridos na guerra)¹⁰. A integração também se caracteriza pela popularização da linguagem escrita, o braille.

A fase de inclusão, sem dúvida, teve a universalização dos direitos humanos como origem, em especial a evolução do conceito de igualdade, entre igualdade formal e material¹¹. Toda a impulsão dada pela difusão dos direitos humanos promoveu o reconhecimento das pessoas com deficiência como também possuidores de dignidade, materializando-se em diversos documentos internacionais e nacionais ao redor do mundo.

O conceito de pessoa com deficiência evoluiu em face desse movimento, e se, em um primeiro momento, eram consideradas aquelas definidas apenas por meio de critérios médicos, ao analisar o art. 2º da Lei n. 13.146/2015, vemos que houve um aprofundamento da definição, que traz novos critérios para a caracterização da deficiência.

⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 110.

⁹ FERNANDES, Lorena Barolo; SCHLESENER, Anita; MOSQUERA, Carlos. Breve histórico da deficiência e seus paradigmas. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia*, Curitiba, v. 2, p. 139, 2011.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 111-112.

¹¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 112.

Seu § 1º nos explica que a norma utiliza um caráter *biopsicossocial* para aferição da deficiência, ao dizer, *in verbis*:

Art. 2º 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.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III – a limitação no desempenho de atividades; e

IV – a restrição de participação.

Tal disposição é decorrente do Artigo 1 da Convenção das Pessoas com Deficiência da ONU, de 2006, do qual extraímos que a deficiência não se resume a uma barreira física ou mental, de natureza essencialmente médica; é, na verdade, a essência da condição de pessoa com deficiência o impedimento à sua participação efetiva em sociedade.

O calendário da ONU, como outro exemplo, firmou o ano de 1981 como o Ano Internacional das Pessoas com Deficiência, o qual deixou uma grande marca na consolidação dos seus direitos¹². O aspecto que iremos destacar é justamente a terminologia que passou a ser adotada oficialmente daquele momento em diante, que é de “pessoa com deficiência”, revolucionando décadas de uma nomenclatura considerada depreciativa.

Claro que diariamente ainda nos deparamos com o emprego das expressões “portador de deficiência” ou “portador de necessidades especiais” para designar pessoa com deficiência. Muito embora alguns pensem que estariam tratando com respeito tais pessoas, essa terminologia reforça a exclusão e a segregação.

Explica Valério de Oliveira Mazzuoli sobre o termo “portador”, que frequentemente é empregado¹³:

O que não se deve utilizar é a expressão “portadora de deficiência” (o que se usa é “pessoa com deficiência”), eis que a condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa e esta pessoa não porta sua deficiência

¹² LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. Disponível em: <<http://www.pessoa-comdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/historia-do-movimento-politico-pcd.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2017. p. 48.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014. p. 208.

(ela tem uma deficiência); tanto o verbo “portar”, como o substantivo ou o adjetivo “portadora” não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa.

Além disso, todos nós, sejamos pessoas com deficiência ou não, temos cada um alguma necessidade especial, na nossa medida. Ainda havia termos mais pejorativos, hoje empregados com intenção depreciativa, como “aleijado”, “incapacitado”, “inválido”, “retardado”, e trata-se de uma obrigação social e cultural de modificarmos a forma como vemos tais pessoas, chamando-as de “pessoas” com deficiência termo este que destaca a sua condição humana.

Claro que ainda vemos, até mesmo no texto da Constituição Federal, o emprego da nomenclatura superada, em especial a expressão “portador de deficiência”, por exemplo, nos seguintes dispositivos: Art. 7º, XXXI; Art. 23, II; Art. 24; XIV; Art. 37, VIII; Art. 203, IV e V; Art. 208, III; Art. 227, II; Art. 244, entre outros. Assim, demanda-se a evolução da postura social em face das pessoas com deficiência, bem como a gradual revisão da nomenclatura empregada no texto constitucional, já que irradia influência nas demais normas.

Vemos que, embora a nomenclatura estivesse já desatualizada, promoveu-se na Constituição de 1988 um grande movimento em favor da igualdade e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, influenciado pelos Tratados Internacionais a esse respeito e pela evolução dos Direitos Humanos e seu reconhecimento.

Principais aspectos da proteção internacional dos direitos da pessoa com deficiência

Conforme anteriormente afirmado, a universalização dos Direitos Humanos foi o momento-chave para o reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, sendo possível observar, a partir da segunda metade do século XX, a evolução normativa internacional a respeito das pessoas com deficiência.

Como é característico dos Direitos Humanos, todo o processo de consolidação de direitos tem uma vertente histórica, e assim ocorre com as pessoas com deficiência, ou seja, seus direitos vêm sendo construídos ao longo do tempo, conquistados aos poucos, e sendo vedado o retrocesso.

Antes da Convenção da ONU de 2006, aqui já destacada como parte fundamental do objeto do trabalho, já tivemos, em destaque, a “Convenção Universal dos Direitos do Deficiente Mental (1971)”, a “Declaração dos Direitos do Deficiente (1982)”, ambas da ONU, e há a “Convenção n. 159” da Organização Internacional do Trabalho OIT, que tratou de aspectos de deficiência, reabilitação e inclusão laboral¹⁴.

¹⁴ ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Proteção internacional dos portadores de deficiência: o contexto da globalização e a luta pela dignidade humana. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David;

No âmbito regional, temos a “Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência” (Guatemala, 1999), no âmbito interamericano, compondo as regras do SIDH (Sistema Interamericano de Direitos Humanos), em conjunto com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica).

Foi justamente quanto à violação dos direitos de pessoas com deficiência que o Brasil foi condenado pela primeira vez em um caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão do Sistema Interamericano de Proteção, no “Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil”, de sentença de 4 de julho de 2006¹⁵.

Damião Ximenes Lopes não recebeu assistência médica nem tratamento adequados como paciente com deficiência de natureza mental, e que, por essa condição, era especialmente vulnerável, tendo sido submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes enquanto esteve hospitalizado. Embora internado em uma clínica particular, conveniada com o Sistema Único de Saúde (SUS), faleceu em razão de lesões causadas pelos funcionários, que utilizavam de violência para contê-lo durante sua internação no local.

O Brasil, uma vez condenado internacionalmente e, em razão disso, vem adotando medidas legislativas e políticas públicas mais efetivas para melhorar as condições de atendimento psiquiátrico no Sistema Único de Saúde (SUS).

Além dos Tratados Internacionais e das demais formas de coagir o Estado a melhorar o atendimento às pessoas com deficiência, como pelos Tribunais Internacionais, internamente também se promovem medidas que impõem obrigações ao Estado, sejam políticas públicas ou medidas legislativas destas, especialmente, a mais recente: o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

A referida lei trouxe diversas formas de inclusão laboral em igualdade de condições (arts. 34 a 37), de inclusão social (arts. 42 e ss., a respeito da cultura, lazer, acessibilidade, mobilidade e direito à informação), acesso à justiça (arts. 79 e ss.) e de participação na vida política (arts. 76 e 96), entre outros aspectos da vida dessas pessoas que foram por muito tempo preteridos.

Vemos que são várias medidas que buscam, mediante a força coercitiva da lei, impor atitudes na própria sociedade, no ambiente empresarial e de trabalho, e no sistema legal em si. Destarte, as pessoas com deficiência dependem da concretização da igualdade por meio dessas chamadas “ações afirmativas” também

RAGAZZI, José Luiz (Coord.). *A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania*. Bauru: Edite, 2006. p. 165-166.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C. n. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 15 nov. 2017.

para assegurar o exercício dos seus direitos políticos, já que são necessárias melhorias na estrutura física dos locais de votação, bem como treinamento para os funcionários e convocados da Justiça Eleitoral.

A partir da Convenção, a realidade começa a trazer a busca pelo fim do preconceito e da exclusão, em decorrência da inércia do Estado. Com o Estatuto, há uma transformação do tratamento da pessoa com deficiência, que passa a ser reconhecida como sujeito não apenas titular de direitos, mas também apto a exercê-los, por meio da promoção de políticas públicas que visem, de uma forma rápida e eficiente, assegurar a sua dignidade.

Modificação do sistema de incapacidades do Código Civil em função da Lei n. 13.146/2015

É fato notório que a mudança mais amplamente debatida pela doutrina gira em torno do sistema de incapacidades, drasticamente modificado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterando os principais dispositivos relativos à capacidade civil e ao regime de curatela constantes do Código Civil de 2002. Essa alteração é considerada, pela ampla maioria, uma revolução normativa, causando impacto em diversos institutos jurídicos, e não passa isenta de críticas.

Conferir plena capacidade civil às pessoas com deficiência é fruto do disposto na Convenção da ONU, que, uma vez assinada e internalizada, deve ser aplicada na ordem jurídica nacional, já que se trata de compromisso internacional. Sobre o reconhecimento da capacidade civil das pessoas com deficiência, dispõe a Convenção, em seu art. 12, item 2, expressamente como obrigação dos Estados-parte do tratado:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

[...]

2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Acerca da relação entre a Convenção e o sistema de incapacidade civil brasileiro, a princípio, devemos nos atentar à posição de Paulo Lôbo¹⁶, agasalhada também por Pablo Stolze¹⁷, no sentido de que, com a entrada da Convenção

¹⁶ LÔBO, Paulo. *Com avanço legal pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

¹⁷ STOLZE, Pablo. *Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

das Pessoas com Deficiência no ordenamento brasileiro, devido ao seu *status* de norma constitucional, já teriam sido derogados automaticamente os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, que tratam das incapacidades absoluta e relativa.

Segundo esta doutrina, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tratou de exercer a função de regulamentação do tratado no plano interno, que, entretanto, já vinha produzindo efeitos desde a sua promulgação em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto n. 6.949/09 início da vigência na ordem jurídica interna.

A Convenção da ONU, sendo parâmetro de validade das normas infraconstitucionais (pois possui *status* de norma constitucional em razão de ser aprovada na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal), implica a necessidade de adequação dessas normas.

Neste momento, é indispensável lembrarmos-nos da doutrina de José Afonso da Silva sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais¹⁸:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada [...] Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.

É inegável que a Convenção produz efeitos no ordenamento pátrio desde a sua entrada em vigor, em 2009. Contudo, em razão da própria redação do item 2 do art. 12 da Convenção da ONU, que prevê que os Estados deverão proceder a esse reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência, podemos afirmar que o Estatuto veio, na verdade, regulamentar e dar aplicabilidade às normas internacionais, por meio do seu texto e da expressa modificação do Código Civil de 2002.

Superada esta análise inicial acerca da eficácia da Convenção da ONU, partiremos para alguns breves apontamentos sobre a reestruturação da ordem jurídica no tocante à capacidade civil das pessoas com deficiência pelo Estatuto. Sabe-se que estamos ainda nos primeiros anos de vigência dessas normas, e, como ressalva Flávio Tartuce¹⁹, o sistema vem prestigiar a inclusão das pessoas com

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 81-82.

¹⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 1442.

deficiência na sociedade, “Todavia, ressalte-se que somente o tempo e a prática poderão demonstrar se o melhor caminho é mesmo a *dignidade-liberdade*, em vez da anterior *dignidade-vulnerabilidade*”.

Com o advento, enfim, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o art. 3º do Código Civil passa a prever uma única hipótese de incapacidade absoluta, a idade: apenas os menores de 16 anos possuem uma proibição total para a prática de atos da vida civil e exercício pessoal de direitos²⁰. Excluiu-se a enfermidade ou deficiência mental como causa de incapacidade relativa, em consonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O art. 4º do CC, que trata das causas de incapacidade relativa, mantém como relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, e os pródigos. A mudança mais significativa ficou por conta da revogação do antigo inciso III, que falava em “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. Desde a entrada em vigor da mudança, o novo inciso III do art. 4º passa a dispor: “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”;

Em face da clareza e objetividade do Estatuto, conforme dispõe seu art. 6º, “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, cuja disposição é repetida pelo art. 84 do mesmo diploma, devemos ser categóricos ao analisar este ponto. Utilizando-se do que diz Carlos Roberto Gonçalves: “a consequência direta e imediata dessa alteração legislativa é exatamente essa: o deficiente é agora considerado pessoa plenamente capaz”²¹.

A mudança não passou isenta de críticas na doutrina, conforme coloca Caio Mário da Silva Pereira²²:

A lei jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção [...]. Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas em princípio menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelo status de incapaz.

Na mesma seara, mostra-se contrário à alteração normativa Christiano Cassetari²³, o qual aduz:

²⁰ CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 58.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil I: parte geral, obrigações e contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 435.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 228. v. I.

²³ CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59.

A crítica a se fazer ao Estatuto da Pessoa com Deficiência é que este, no intuito de promover a inclusão social da pessoa com necessidades especiais, acabou retirando dela um manto protetivo que existia na legislação, não para promover uma discriminação, mas para impedir que pudesse ser enganada por que, sem nenhum escrúpulo, desejasse levar sobre ela algum tipo de vantagem.

Os autores afirmam que a equiparação entre todos os tipos de pessoas com deficiência foi uma falha do legislador, visto que “os deficientes mentais não podem ser comparados aos deficientes físicos, por exemplo, na prática de atos da vida civil”, sendo uma “exposição desnecessária” dos que têm dificuldades ou impedimentos de expressar sua vontade, tornando-os muito mais vulneráveis²⁴.

De fato, a incapacidade anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos âmbitos civil e de negócios jurídicos, permitia que se anulassem ou que fossem nulos os negócios celebrados com pessoas com deficiência consideradas pela lei incapazes (absoluta ou relativamente), o que agora não aconteceria da mesma forma, permitindo que pessoas se aproveitem da condição de pessoa com deficiência.

Contudo, afirmamos categoricamente que não houve uma remoção da proteção legal a esse grupo de pessoas, pois vejamos: primeiro, os negócios jurídicos, ainda que não sejam anuláveis ou nulos em razão da condição de incapacidade, ainda podem ser anulados pelas demais causas previstas no Código Civil, como o erro, o dolo (arts. 138 e seguintes do Código Civil), pois o terceiro que dolosamente se aproveitar da condição de pessoa com deficiência não merece proteção legal.

Em segundo lugar, a intenção da Lei n. 13.146/2015 foi de dar menos poder aos que detinham a representação das pessoas com deficiência, tanto que houve várias modificações no instituto da curatela e que serão especificamente abordadas nos tópicos posteriores restringindo o poder dos curadores sobre as decisões da pessoa com deficiência, ou seja, impedindo que deliberadamente ajam no âmbito existencial da pessoa.

Por consequência de ditas modificações legislativas promovidas no Código Civil especificamente na ampla reestruturação do sistema de incapacidades e no ordenamento jurídico em geral por meio de políticas de inclusão da pessoa com deficiência, tivemos importantes consequências no âmbito do Direito Eleitoral, especialmente no que tange à participação na vida pública, no exercício dos direitos políticos na esfera ativa (direito ao voto) e na esfera passiva (direito de ser votado), que é o escopo primordial do estudo.

²⁴ CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 60.

O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Chegamos, enfim, à análise do impacto em face dos direitos políticos da pessoa com deficiência. A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência prevê disposições específicas sobre a participação na vida política e pública da pessoa com deficiência no seu art. 29, que inspirou a redação do art. 76 do Estatuto, que dedicou, a partir dali, um capítulo específico inteiro a esse direito de participação pública e política (Capítulo IV, dentro do Título III), além de incluir outras normas relativas à integração da pessoa com deficiência ao processo democrático em geral.

A referida Convenção e seus Protocolos trazem desde o conceito de pessoa com deficiência até todas as medidas que os Estados devem adotar para incluí-las na sociedade. De acordo com Antônio José Ferreira, à época Secretário Nacional à frente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, na apresentação do texto da Convenção, explica²⁵:

Pessoas com deficiência são, antes de mais nada, PESSOAS. Pessoas como quaisquer outras, com protagonismos, peculiaridades, contradições e singularidades. Pessoas que lutam por seus direitos, que valorizam o respeito pela dignidade, pela autonomia individual, pela plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e pela igualdade de oportunidades, evidenciando, portanto, que a deficiência é apenas mais uma característica da condição humana.

Portanto, como seres humanos, têm direito a uma vida digna, bem como autonomia e direito de participação, além de inclusão em igualdade de condições. Para que se atinja este fim, e que a vida da pessoa com deficiência seja digna, há necessidade de que tome parte efetivamente nos diversos segmentos, como cultura, trabalho, lazer e nas atividades ligadas a cidadania. Nesse sentido, a participação cívica é essencial, e bem coloca Marcelo Roseno²⁶:

[...] as medidas que buscam assegurar o reconhecimento de direitos a pessoas com deficiência, garantindo-lhes a cidadania, a inclusão social e a igualdade de oportunidades com as demais pessoas, além de censurar,

²⁵ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008; decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4. ed., rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/pdfs/convencao-sobre-os-direitos-da-pessoa-com-deficiencia>> Acesso em: 14 nov. 2017. p. 13.

²⁶ ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, out. 2016./jan. 2017, p. 571.

ademais, qualquer espécie de discriminação (art. 4º, do EPD) [...], conferiu-lhes a prerrogativa da participação política como essencial à proteção de sua dignidade, afastando, no limite, que possa a capacidade eleitoral ativa ser afetada em razão de impedimento de natureza mental.

A Convenção foi de extrema importância para criar obrigações concretas a nível internacional. Analisando o texto da Convenção numa perspectiva crescente, importante dar destaque ao propósito do referido Tratado (artigo 1º) e aos princípios adotados por ele (artigo 3º), para enfim analisar a ressonância dessas normas gerais no direito à participação da vida política e pública (artigo 29).

O preâmbulo traz que os Estados Partes firmam o compromisso internacional para cumprir o propósito do Tratado, conforme o artigo 1º da Convenção, de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Dessa maneira, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais devem promover o respeito pela sua dignidade inerente, tendo em vista que as pessoas com deficiência têm, a longo prazo, seja de natureza física ou mental, intelectual ou sensorial, barreiras que as demais condições pessoais não podem interferir na sua participação.

Os princípios adotados pela referida Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU são apresentados em seu artigo 3º e consistem em vetores apresentados aos Estados signatários, como a base da efetivação e interpretação dos direitos das pessoas com deficiência, porque é deles que nasce a oportunidade de englobar as pessoas com deficiência em todo o ordenamento jurídico. Vejamos o que o artigo 3º da Convenção elenca:

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O direito da pessoa com deficiência, precipuamente, é o respeito do prisma da sua dignidade e autonomia, assegurando formas para exercer todos os direitos e liberdades fundamentais, em condições que todas as pessoas possam estar relacionadas e integradas, incluindo o exercício pleno dos direitos políticos.

Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:

- a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas [...];
- b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas [...].

A Convenção, ao subdividir a disposição da participação entre vida “política” e “pública”, nas alíneas “a” e “b”, mostra-nos que há um alcance maior na norma jurídica extraída.

Participar da vida pública seria envolver-se em questões de interesse público, o que não se restringe apenas ao que concerne às pessoas com deficiência, mas também discussões sobre matérias gerais que são de competência do Estado e que atendem à sociedade isto é, a pessoa com deficiência pode se manifestar tanto sobre políticas específicas com relação à deficiência quanto sobre outras prestações do Estado, como nas áreas de educação, segurança pública, saúde, transparência etc.

Devem-se permitir, assim, formas de a pessoa com deficiência realmente integrar a opinião pública sobre os mais diversos temas. Nisso, pode-se apontar, conforme exemplifica Marcelo Labanca Corrêa de Araújo²⁷, a participação em ONGs, organizações do Terceiro Setor ou tomar parte em movimentos populares.

Por sua vez, participar da vida política visa garantir que pessoas com deficiência façam parte do processo democrático inclui não apenas a capacidade eleitoral ativa e passiva (votar e ser votado), mas também todos os institutos do art. 14 da CF, quais sejam, a participação nos referendos e plebiscitos, bem como

²⁷ ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. O direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 203.

serem legitimados a assinar projetos de iniciativa popular, e também terem direito à informação sobre o processo eleitoral, assim como terem à sua disposição tecnologias assistivas e acessíveis que eliminem barreiras de impedimento físico ou sensorial.

Breve análise dos direitos políticos dentro da ordem constitucional

Numa primeira abordagem, essencialmente topográfica, os Direitos Políticos estão contidos no Capítulo IV, “Dos Direitos Políticos”, nos arts. 14 a 16, dentro do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal. Percebe-se que são normas constitucionais protegidas pelo manto supremo das cláusulas pétreas, pois o art. 60, § 4º, IV, impede a simples deliberação de proposta de emenda sobre o voto universal, secreto, periódico, base dos direitos e garantias individuais. Para José Jairo Gomes²⁸, numa abordagem conceitual, são “[...] as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado”.

Indo além, os direitos políticos possuem ligação intrínseca com a própria dignidade humana e o Estado Democrático de Direito, revelando a forma pela qual os indivíduos se integram ao processo democrático e participam das decisões que dizem respeito não apenas a si próprios, mas também a todos como sociedade. Nesse sentido, expõe Antonio Pérez Luño que é “[...] através del ejercicio de estos derechos se posibilita, en el plano objetivo, la garantía de la legitimación democrática del poder, al tiempo que, en el subjetivo, se condicionan y delimitan las experiencias más decisivas en la vida social de los ciudadanos”²⁹.

Partindo da premissa de que os direitos políticos são direitos fundamentais, cláusulas pétreas e a fundação estrutural do regime democrático, poderíamos pensar que toda e qualquer pessoa é capaz de titularizar tais direitos.

Não é essa a realidade: existem requisitos e condições para titularizar e exercer direitos políticos. É em razão disso que Hans Kelsen³⁰ teceu críticas à situação, quando o sistema que se denomina uma democracia, na verdade, não o é:

É característico que a ideologia democrática aceite limitações ulteriores na noção de “povo”, bem mais do que na noção de indivíduos que participam do poder. A exclusão dos escravos e ainda hoje das mulheres dos direitos políticos realmente não impede que uma ordenação estatal seja considerada democracia. [...] a certas categorias de cidadãos são negados, em nome da luta de classes, esses mesmos direitos.

²⁸ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31.

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011. p. 181.

³⁰ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 37-38.

A crítica diz respeito ao fato da exclusão de certas pessoas, que, embora sejam consideradas “povo”, não possuem direitos políticos, logo, não participam da tal “democracia”. Lembramo-nos do voto censitário, ou seja, o direito concedido apenas às pessoas com determinada qualificação social ou econômica.

José Jairo Gomes³¹ faz um interessante apanhado histórico da restrição dos direitos políticos à noção de “povo”: em Atenas, o povo era cerca de 10% da população, sendo apenas os atenienses homens livres; em Roma, a plebe não detinha direitos civis nem políticos; para os revolucionários de 1789 na França, o povo não incluía a nobreza e o clero, era apenas o Terceiro Estado liberais e burgueses; e na visão marxista, o povo era apenas a classe operária.

Ao privar o indivíduo da participação pública e política, qualificando-o como “inapto” a tal, retira dele uma condição essencial de pessoa inserida em sociedade, como nos coloca Celso Lafer: “[...] o ser humano privado de suas qualidades acidentais o seu estatuto político vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é a de ser tratado pelos outros como um semelhante”³².

Felizmente, a evolução jurídica dos direitos humanos e direitos fundamentais ampliou o conceito de participação na sociedade e na formação da vontade estatal, vedando a discriminação injustificada no exercício da cidadania.

Por ser um pressuposto do Estado Democrático de Direito e da legitimidade do exercício dos Poderes Executivo e Legislativo, a participação política deve abranger todas as classes de pessoas, que possam manifestar-se sobre o rumo de suas próprias vidas, sem que tenham rótulos e estigmas que os diminuam como pessoas. É isso que implica a ideia de universalidade do sufrágio, contida no art. 14 da Constituição Federal.

Partiremos, enfim, à análise dos direitos políticos da pessoa com deficiência em face de disposições específicas da Constituição Federal, da Convenção da ONU e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Análise da incapacidade como causa de suspensão de direitos políticos

A Constituição de 1988 veda a cassação de direitos políticos, contudo, em determinados casos, elencados no art. 15, é possível a sua suspensão ou perda³³. Interessa-nos, para o fim primordial deste trabalho, o inciso II: “Art. 15. É

³¹ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31.

³² LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 209.

³³ Gilmar Mendes explica que “perda” refere-se à “definitividade da decisão”, enquanto a suspensão diz respeito à “temporariedade” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 750).

vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] II – incapacidade civil absoluta;”

Temos então que compatibilizar a capacidade civil e a “capacidade política”. Em razão da nova redação dos primeiros artigos do Código Civil, a incapacidade política atinge aqueles que não possuem maturidade para o exercício da cidadania, sendo os menores de 16 anos isto é, a incapacidade civil absoluta –, e não mais aqueles com deficiência, já que o inciso II do artigo 3º foi revogado³⁴.

Já que a suspensão de direitos políticos pressupõe prévio exercício destes, caberia suspensão apenas quanto à antiga segunda hipótese, sobre pessoas com deficiência terem sua incapacidade absoluta declarada, pois os menores de 16 anos nunca chegaram a ter exercido direitos políticos para serem suspensos.

Aqui, surge discussão de extrema relevância.

Com a modificação radical do sistema de incapacidades, e nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência é plenamente capaz, assim, qual o impacto na causa de suspensão dos direitos políticos? Para Marcelo Roseno, esta causa constitucional de suspensão foi esvaziada, já que as pessoas com deficiência não se enquadram na condição de absolutamente incapazes segundo a lei, sendo “reconhecidas como eleitoralmente aptas”³⁵.

Revogado o antigo art. 3º do Código Civil, não há mais as causas de incapacidade absoluta por enfermidade ou deficiência mental, ou incapacidade absoluta daqueles que não puderem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória. As pessoas com deficiência “estão obrigados ao alistamento e ao voto”³⁶. Logo, a pessoa com deficiência maior de 16 anos não poderá ser declarada absolutamente incapaz, pois inexistentes as causas que justificavam tal declaração antes das mudanças legislativas.

Aqueles que tiveram os direitos políticos suspensos com base no art. 15, II, da Constituição, passam a estar aptos ao exercício desses direitos, nas dimensões tanto ativa como passiva, desde que preenchidas as demais condições de elegibilidade e ausentes as inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais.

Outra observação que se faz neste ponto é que o reconhecimento da incapacidade civil absoluta para fins da suspensão do art. 15 da CF se daria mediante o devido processo de interdição, cuja decisão deveria ser informada à Justiça

³⁴ A antiga redação do art. 3º, inciso II, do Código Civil dispunha: “II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

³⁵ ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, out. 2016/jan. 2017. p. 570.

³⁶ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 158.

Eleitoral, de modo a cancelar o alistamento do indivíduo, permanecendo com os direitos políticos suspensos enquanto durar a interdição³⁷.

O Tribunal Superior Eleitoral, no Processo Administrativo 114-71, de 2016, entendeu que a Justiça Eleitoral não mais procederá à anotação de suspensão dos direitos políticos pela causa de incapacidade absoluta se diante de pessoa com deficiência e deverá regularizar o alistamento dos que tiveram sua incapacidade declarada antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, retirando a suspensão³⁸, decisão que irradia para todo o país.

A não ingerência da curatela da pessoa com deficiência no voto

Além da exclusão de todas as causas de incapacidade civil absoluta do ordenamento, com exceção da idade, o próprio instituto da curatela passou por substanciais alterações.

A curatela subsiste no ordenamento jurídico, nos arts. 1.767 e seguintes do Código Civil, cujo procedimento se regulamenta no Código de Processo Civil, nos arts. 747 e seguintes, contudo, com seu alcance tendo sido restrito à luz das normas que conferem autonomia à pessoa com deficiência. Vejamos o que dispõe o Estatuto:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

[...]

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Percebe-se que, como não mais existem causas de incapacidade absoluta decorrentes de deficiência, a curatela será, em regra, parcial, pois recairá sobre atos específicos, nunca os de caráter existencial³⁹, tornando-a medida extraordinária.

³⁷ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 38.

³⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. PA n. 114-71.2016.6.00.0000 Classe 26 Salvador Bahia, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *DJE* n. 080, de 27.04.2016, p. 99-100. Disponível em: <<http://advocaciainclusiva.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-TSE-1.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 234. v. I.

Tanto é verdade que o Estatuto da Pessoa com Deficiência permite a curatela, porém, esta recairá *apenas* sobre atos de natureza patrimonial e negocial, e, de forma *expressa e inequívoca*, veda seu alcance sobre determinados direitos e liberdades, entre eles o direito ao voto (art. 85, § 1º). O jurista Paulo Lôbo⁴⁰ afirma:

[...] não há que se falar [*sic*] mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.

Podemos concluir que a interdição, nesse sentido, não é capaz de suspender os direitos políticos por incompatibilidade, ou seja, ainda que a pessoa com deficiência seja submetida à curatela, esta será parcial e seu direito ao voto não será afetado⁴¹, conservando sua autonomia para decidir, não podendo haver empecilhos para o seu exercício.

Em caso de haver exigência que a pessoa com deficiência esteja acompanhada ou seja impedida de exercer seu direito ao voto em razão da sua deficiência, podemos utilizar no âmbito eleitoral a mesma previsão do art. 83 da Lei n. 13.146/2015, segundo a qual os serviços notariais não podem negar a prestação de seus serviços, pois dessa forma não reconheceriam a capacidade legal plena das pessoas com deficiência, tendo como consequência, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, constituir discriminação em razão de deficiência sujei-to inclusive a sanções penais.

Ações positivas do estado para garantir o exercício dos direitos políticos

Pode-se definir ações positivas do Estado como forma de “discriminação lícita que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada”⁴². Um claro exemplo é a previsão constitucional de que haverá reserva de vagas de

⁴⁰ LÔBO, Paulo. *Com avanço legal pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁴¹ ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, out. 2016/jan. 2017. p. 572.

⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 159.

cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal), visando a sua inclusão profissional.

No tocante à inclusão das pessoas com deficiência na participação política, depende também de atuação do Poder Público, nas suas diversas esferas, promovendo oportunidades concretas para elas e também a conscientização necessária dos demais. Aqui, é fundamental destacar o art. 76 do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I – garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II – incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III – garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;

IV – garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

A Lei n. 13.146/2015 impõe um dever de atuação positiva ao Estado. No inciso I, prevê que os procedimentos, instalações e equipamentos de votação sejam apropriados, isto é, acessíveis, sendo vedadas seções eleitorais exclusivas para pessoas com deficiência. Aqui, vemos as políticas de inclusão a respeito do *sufrágio positivo, o direito de votar*.

Destaca-se que a limitação de caráter mental, intelectual, sensorial ou física do eleitor conforme o conceito biopsicossocial da lei pode impedir o próprio exercício do voto, e o eleitor não pode por isso ser punido. Já há algum tempo, a Justiça Eleitoral contemplou essa possibilidade, na Resolução n. 21.920/2004, em que afirma a obrigatoriedade do voto, mas permite requerer a dispensa de tal obrigação, isentando o eleitor com deficiência de sanções⁴³, conforme o art. 2º,

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.920, de 19 de setembro de 2004. Dispõe sobre o alistamento eleitoral e o voto dos cidadãos portadores de deficiência, cuja natureza e situação impossibilitem ou tornem extremamente oneroso o exercício de suas obrigações

§ 1º, verificando se é oneroso o exercício das obrigações eleitorais, pela “situação socioeconômica e as condições de acesso ao local de votação ou de alistamento desde a sua residência”.

Analisando essa Resolução, vemos como é importante a mudança trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: não pode o Estado simplesmente isentar o eleitor com deficiência por não votar, pois é demasiado oneroso deslocar-se; o Estado deve promover as possibilidades de tais pessoas cumprirem com sua obrigação cívica de votar.

O Estado deve garantir a acessibilidade, e, nos termos da Lei n. 13.146/2015, em seu art. 3º, I, acessibilidade é a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação [...] por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida”;

O Tribunal Superior Eleitoral, através da Resolução n. 23.381/2012⁴⁴, veio criar o “Programa de Acessibilidade na Justiça Eleitoral”, instituindo diversas medidas para garantir o voto das pessoas com deficiência, como a disponibilização de transporte acessível no dia das eleições, eliminação de barreiras, de locais de votação com rampas, elevadores, entre outras formas de promover o acesso a esses locais.

Claro, se, mesmo o Estado cumprindo o dever de proporcionar acessibilidade aos locais de votação, persistir a impossibilidade aos eleitores com deficiência, estes devem continuar sendo isentos de sanções, nos termos da Resolução n. 21.920/2004⁴⁵.

A *vedação a seções exclusivas* de pessoas com deficiência condiz com o objetivo da Convenção e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a busca pela não rotulação destas pessoas, estigmatizadas pelas suas condições pessoais, e que por muito tempo mantinham-se marginalizadas, mas que devem ser integradas à sociedade.

Assim bem aduz Álvaro Ricardo de Souza Cruz⁴⁶:

eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.920-de-19-de-setembro-de-2004-vitoria-2013-es>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.381, de 19 de junho de 2012. Institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233812012.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁴⁵ ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, out. 2016/jan. 2017. p. 576.

⁴⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 112.

A segregação continuava evidente com o surgimento de “Escolas Especiais” e “Oficinas de Trabalho” que, se, por um lado permitiam um progresso notável no tratamento de tais pessoas, por outro, criavam um universo paralelo e ainda distinto do “mundo dos normais”.

Entretanto, tal dispositivo não encontra respaldo absoluto, como vemos na posição de Cristiano Chaves de Faria, Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que diferenciam a vedação de segregação quando esta é voltada à educação daquela que é destinada às seções eleitorais acessíveis, sendo uma medida sem proporcionalidade e podendo causar transtornos, dizendo⁴⁷:

“Parece-nos, assim, muito mais prático que, v.g., no piso térreo de determinada escola sejam instaladas urnas especialmente destinadas a cadeirantes, ao invés de espalhá-las por diversas salas de aula no 2º andar” [...]. Noutra exemplo, não será bem mais fácil alocar um intérprete em Libras, para atendimento do mudo, em uma única sala, ao invés de obrigá-lo a se deslocar pelas diversas salas do prédio, toda vez que necessário seu auxílio ao deficiente?

Compreende-se a posição adotada, mas o escopo primordial da norma foi impedir que houvesse a exclusão das pessoas com deficiência sob o pretexto de lhes dar a acessibilidade adequada à sua deficiência. Assim, claro que é mais razoável que cadeirantes fiquem no primeiro andar de prédios para tornar a colheita de votos mais fácil, contudo não deve existir uma “sala própria de cadeirantes”, e o mesmo se aplica à eventual necessidade de intérprete, não devendo haver “sala exclusiva para surdos”. A norma impõe que pessoas sem e com deficiência possam usufruir dos mesmos espaços, sem segregação em função da condição pessoal.

Além do direito de votar, integradas às demais pessoas, também se promove o exercício do *sufrágio passivo*, isto é, o *direito das pessoas com deficiência de serem votadas e eleitas como representantes*, devendo a candidatura ser incentivada, conforme prevê o inciso II do § 1º do art. 76.

Para atingir esse objetivo, o inciso III dispõe que os pronunciamentos oficiais da Justiça Eleitoral, a propaganda eleitoral e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam os recursos do art. 67, quais sejam: subtítulos, janela com intérprete de Libras (Língua Brasileira de Sinais), e audiodescrição.

Tais recursos representam meios de acesso à informação e comunicação no âmbito eleitoral, permitindo o acesso e igualdade de conteúdo com pessoas sem deficiência.

Felizmente, isso já vinha sendo atendido pela legislação eleitoral específica. No ano de 2009, a Lei n. 12.034 incluiu a exigência de legenda e intérprete de

⁴⁷ FÁRIA, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 206.

Libras na Lei das Eleições (art. 44, § 1º, da Lei n. 9.504/1997)⁴⁸, vindo o Estatuto da Pessoa com Deficiência como um reforço a essa prática indispensável ao acesso à informação das pessoas com deficiência.

Encerrando o estudo do art. 76, o inciso IV do § 1º é outra novidade extremamente interessante: estabeleceu-se a possibilidade de, quando necessário e a pedido da pessoa com deficiência, ter o auxílio de pessoa de sua escolha no momento da votação.

Auxílio na votação a pedido da pessoa com deficiência

Talvez o embaraço criado por esta previsão seja o aparente conflito com o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, que protege com o manto das cláusulas pétreas o voto secreto.

De fato, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no art. 76, IV, ao dispor sobre a possibilidade de a pessoa com deficiência solicitar auxílio, no momento da votação, à pessoa de sua escolha, permite que o voto daquela seja conhecido e até mesmo instrumentalizado pelo acompanhante. Surge a necessidade de ponderar o interesse das normas.

O sigilo do voto se mostra necessário e constitucionalmente protegido, com o fim de evitar invasão na liberdade de escolha do eleitor, assim diz Gilmar Mendes⁴⁹: “O voto secreto é inseparável da ideia do voto livre. A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor”. Por outro lado, a limitação mental, intelectual, sensorial ou física do eleitor pode impedir o próprio exercício do voto.

Desse modo, cabe-nos interpretar o inciso IV segundo a lógica de que apenas quando se verificar indispensável o auxílio de terceiro é que a pessoa com deficiência poderá valer-se da permissão, e não de forma absoluta, que todas as pessoas com deficiência terão auxílio. Além disso, deve a pessoa manifestar-se inequivocamente nesse sentido, desejando ser auxiliada.

Quem apreciará tal pedido será o Presidente da mesa receptora de votos, que é a maior autoridade no local das votações, conforme o art. 127 do Código Eleitoral, que prevê suas atribuições, mas nada impede que a pessoa procure orientação jurídica, visando garantir o auxílio judicialmente, evitando transtornos no local de votação.

O objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência é permitir que a pessoa com deficiência não tenha o exercício de seu direito restringido em função das suas

⁴⁸ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 461.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 718.

limitações físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais e que possa se utilizar de meios razoáveis de exercer o voto, sem comprometê-lo, sendo o auxílio um deles, analisada caso a caso a necessidade e se há influência na liberdade de escolha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe relevantes mudanças ao ordenamento jurídico interno, sendo fruto de um já existente conjunto normativo internacional e de outras políticas internas de promoção da dignidade das pessoas com deficiência, em especial observando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006, de *status* de emenda constitucional e também a Constituição Federal de 1988.

O rótulo de inferioridade e dependência da pessoa com deficiência, caracterizado pelo preconceito e terminologia depreciativa, foi historicamente superado, conferindo a essas pessoas autonomia e valor perante as demais.

Vemos que, atualmente, foram reforçadas ações afirmativas no mercado de trabalho, surgiram modificações no sistema de incapacidade civil, bem como foi garantido o exercício dos direitos políticos às pessoas com deficiência que deixaram de ser consideradas incapazes, sendo todos estes aspectos da dignidade humana.

Em decorrência da alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil, a pessoa com deficiência de natureza mental ou intelectual não é absolutamente incapaz, mas, sim, relativamente, o que impede a suspensão de direitos políticos, já que o art. 15, II, da Constituição apenas dispõe sobre a causa de incapacidade absoluta. Além disso, o novo sistema da curatela implica sempre em curatela parcial, estando expressamente vedado pelo art. 85, § 1º, do Estatuto que influencie o voto.

Por fim, destacam-se as ações positivas de inclusão e acessibilidade à propaganda eleitoral, ao transporte e aos locais de votação, ao manejo das urnas eletrônicas, bem como a possibilidade do auxílio durante o voto. Além disso, procura-se estimular tanto o sufrágio ativo como o passivo, ou seja, de as pessoas com deficiência serem votadas e terem representatividade em cargos eletivos.

Observando todas as alterações promovidas pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, podemos afirmar que se trata de marco regulatório da promoção e proteção dos seus direitos, com caráter tanto principiológico (como se observa no artigo 3º) como programático, pois dispõe sobre prestações positivas (indicando as medidas a serem adotadas pelos Estados signatários, a exemplo do artigo 29, sobre participação política).

Homenageando, assim, o princípio da igualdade, corolário da promoção dos direitos das pessoas com deficiência, por meio da Convenção aqui destacada e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vemos um avanço normativo, voltado a tornar a sociedade brasileira mais inclusiva.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Pietro de Jesús Lora. Proteção internacional dos portadores de deficiência: o contexto da globalização e a luta pela dignidade humana. In: ARAÚJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (Coord.). *A proteção da pessoa portadora de deficiência: um instrumento de cidadania*. Bauru: Edite, 2006. p. 123-178.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. O direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192-209.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 413-464.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação-Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

_____. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.381, de 19 de junho de 2012. Institui o Programa de Acessibilidade da Justiça Eleitoral e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233812012.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 21.920, de 19 de setembro de 2004. Dispõe sobre o alistamento eleitoral e o voto dos cidadãos portadores de deficiência, cuja

natureza e situação impossibilitem ou tornem extremamente oneroso o exercício de suas obrigações eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.920-de-19-de-setembro-de-2004-vitoria-2013-es>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. PA n. 114-71.2016.6.00.0000 Classe 26 Salvador Bahia, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *DJE* n. 080, de 27.04.2016, p. 99-100. Disponível em: <<http://advocaciainclusiva.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-TSE-1.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

CASSETARI, Christiano. *Elementos de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008: decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. 4. ed., rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/pdfs/convencao-sobre-os-direitos-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). Série C. N. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FARIA, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNANDES, Lorena Barolo; SCHLESENER, Anita; MOSQUERA, Carlos. Breve Histórico da Deficiência e seus Paradigmas. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia*, Curitiba, v. 2, 2011.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1: parte geral, obrigações e contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONZAGA, Eugênia Augusta. *Direitos das Pessoas com Deficiência*. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2012.

IBGE. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/pt/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=794>>. Acesso em 11 nov. 2017.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. Disponível em:

- <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/historia-do-movimento-politico-pcd.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2017.
- LÔBO, Paulo. *Com avanço legal pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 13 nov. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10. ed. Madri: Tecnos, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coords.). *Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-51.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- REBEC, Benjamin Constant. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In: *Escritos Políticos* (Estúdio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sanchez Mejía): Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ROSENO, Marcelo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e exercício de direitos políticos: elementos para uma abordagem garantista. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, p. 559-582, out. 2016./jan. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel et al (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.). *Minorias e grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva*. Birigui/SP: Boreal, 2013.
- STOLZE, Pablo. *Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>>. Acesso em 13 nov. 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Data de recebimento: 20/11/2017

Data de aprovação: 18/04/2018

INTERNET, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E O CASO DAS ECHO CHAMBERS IDEOLÓGICAS

INTERNET, FREEDOM OF INFORMATION AND THE CASE OF IDEOLOGICAL ECHO CHAMBERS

*Thami Covatti Piaia**
*Letícia Mousquer Ritter***
*Rafael Martins Sangoi****

“La masa es siempre algo así como una fortaleza sitiada, pero sitiada de manera doble: tiene al enemigo extramuros y tiene al enemigo en el sótano.”

Elias Canetti

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a internet, ambiente que serve à população como nova ágora mundial; um espaço público para a liberdade de informação, ímpar na história da humanidade. Nesse intuito, será investigado o monopólio de indexação de páginas da internet, controlado pelo Google, e o das redes sociais, controlado pelo Facebook. Em específico, abordará como a singularização da provisão destes serviços, hoje em dia ao mesmo tempo hegemônicos no mercado e essenciais, pode trazer más consequências para os seus usuários quando da adoção de políticas

-
- * Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. *Visiting Scholar* na Universidade de Illinois – Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo – RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa Novas Formas de Proteção dos Direitos Culturais e do Patrimônio Cultural: aproximação entre direito, inovação e política. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: thamicovatti@hotmail.com.
- ** Doutora em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora no curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Advogada. E-mail: leticiaritter@san.uri.br.
- *** Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo – RS. E-mail: rsangoi@gmail.com.

irresponsáveis, e se, com isso, estaria proporcionando o surgimento das *Echo Chambers* ideológicas, fenômeno que era creditado a um simples defeito intelectual do meio, produto de algoritmos de publicidade, que, no entanto, ganhou projeção internacional, por ter se tornado objeto de investigação criminal nos Estados Unidos da América após o resultado da eleição presidencial de 2016. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, com suporte em revisão de literatura e análise descritiva dos fenômenos pesquisados. Em conclusão, aponta-se para a necessidade da existência de equilíbrio entre direito, internet e sociedade, respeitando-se os princípios do Direito Digital Internacional.

Palavras-chave: Internet; Liberdade de informação; *Echo Chambers* ideológicas.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the internet, an environment that serves the population as a new worldwide *agora*; a public space for the informational freedom, unparalleled in human history. In this regard, it will be investigated the monopoly of internet pages indexation by Google and social networks by Facebook. Particularly the singularization of the provision of these services, which are nowadays at the same time hegemonic and essential to the market, which can bring harmful consequences for its users if irresponsible policies are adopted, we investigate also if by doing so, it could result in the emerging of the ideological *Echo Chambers*. A phenomenon that was known as a simple intellectual defect of the communication means, product of publicity algorithms, which, has gained an international projection through the criminal investigations, in US after the results of the 2016's presidential election. For the acquisition of the results aimed by the research, the approach method to be followed will be the empiric-dialectic, with the aid of literary review and descriptive analysis of the researched phenomena. In conclusion, it is appointed the need of the existence of an equilibrium between law, internet and society, respecting the principles of the International Digital Law.

Keywords: Internet; Freedom of information; Ideological Echo Chambers.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A internet já não é mais a mesma de quando criada, nem semelhante àque-la rede de 10 ou 20 anos atrás. Nesse contexto, para a estudarmos hoje, não podemos mais adotar um ponto de vista estrangeiro ao meio, não apenas por estarmos todos imersos nela de certa forma, mas sim, por se tratar de um ambiente que a cada dia torna-se mais inovador e complexo.

Da mesma forma que aconteceram as grandes quebras de paradigmas, a internet deixou de ser um instrumento de remota manutenção técnica militar¹ para se tornar civil. Após a grande quebra da chamada *Web* 1.0, no final dos anos 1990, até a contemporânea *Web* 3.0, o modelo de mercado e exposição de conteúdo passou a adequar-se ao próprio meio² (MORRIS, 2008). Assim, a *web* de hoje é inteligência e tecnologia à disposição dos usuários e, também, uma forma mais organizada de semântica, com a utilização de ferramentas que permitem descrever o perfil *on-line* de cada indivíduo e estabelecer e proporcionar a informação personalizada.

A evolução da disseminação de informações em alta velocidade, a interação entre os meios de comunicação e a portabilização da informática perante os computadores pessoais são características da ruptura deste paradigma. O advento de aparelhos portáteis com acesso à internet revolucionou, além da maneira de acessar a internet e do aumento à inclusão digital, o modelo de produção de conteúdo (*blogs* já dão espaço aos poucos caracteres do Twitter, *fotologs* foram centralizados nos domínios do Instagram e Snapchat) e, principalmente, temos a consolidação de grandes oligopólios do setor da informática.

Diante de uma realidade cada vez mais estruturada no midiático, onde a comunicação prefere a esfera de manifestações mais instantâneas do que o texto, como imagens e vídeos, concluímos que essas transformações nas comunicações nos levaram a consequentes mudanças sociais de vida, como bem ponderou McLuhan, transformando e desafiando a comunidade humana de modo global.

Assim, no geral, a pesquisa visa explorar o monopólio de indexação de páginas da internet, controlado pelo Google, e o das redes sociais, em especial a hegemonia do Facebook. Em específico, abordará como a singularização da provisão destes serviços, hoje em dia ao mesmo tempo hegemônicos no mercado

¹ Sobre uma das primeiras propostas do grupo RAND para o uso de redes de troca de pacotes em 1964, 2 anos após as primeiras concepções de rede: “At the conference where he presented the paper, there was also a paper on a packet network concept from the UK by Donald Davies and Roger Scantlebury of NPL. Scantlebury told Roberts about the NPL work as well as that of Paul Baran and others at RAND. The RAND group had written a paper on packet switching networks for secure voice in the military in 1964. E sobre a divisão de comunidades de desenvolvimento tecnológico nos anos subsequentes à trabalhosa adoção do protocolo TCP/IP: TCP/IP was adopted as a defense standard three years earlier in 1980. This enabled defense to begin sharing in the DARPA internet technology base and led directly to the eventual partitioning of the military and non-military communities” (LEINER, Barry et al. *A brief history of the internet*. Disponível em: <<https://no-shoveling.com/wp-content/uploads/2014/03/Mandatory-Reading-A-Brief-History-of-the-Internet.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017).

² Artigo em que o autor faz uma análise detalhada sobre a bolha da informática dos anos 2000, ou, como, entre outros tantos termos, ficou conhecida, *dot-com bubble*. MORRIS, John J. *Analysis of the Dot-com Bubble of the 1990s*. Estados Unidos: SSRN, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152412>. Acesso em: 15 dez. 2017.

e essenciais, pode trazer más consequências para os seus usuários quando da adoção de políticas irresponsáveis.

É da adoção de uma política controversa que surge o foco central da pesquisa deste artigo: as *Echo Chambers* ideológicas³. Ao usar a pesquisa de indexação de páginas do Google, por exemplo, os dados da busca de um aparelho pessoal diferem completamente de outro, por informações pessoais já coletadas em prévios serviços da marca terem sido interpretadas junto aos termos digitados na barra de pesquisa. Esta prática é hoje hegemônica na internet, por de certa forma incentivar os anunciantes de produtos a escolherem o meio devido a pré-adequação do público-alvo de propagandas e também pelo suposto conforto do usuário.

Em decorrência disso, a partir do ano de 2015, iniciou-se uma discussão sobre algoritmos, ou seja, o que seriam essas sequências finitas de regras, raciocínios ou operações que, aplicados a um número finito de dados, permitem solucionar um problema, por trás da seleção de conteúdo a que cada usuário é submetido no uso de serviços virtuais. O algoritmo de busca do Google é um algoritmo fechado, comumente chamado de opaco, não havendo possibilidade de sabermos como esse algoritmo é programado ou orientado, considerado hoje o segredo de negócio mais valioso do mundo.

No mesmo ano, a Revista *Science* publicou um artigo que mostrava o quão desentrelaçados eram os meios de acesso a notícias no Facebook americano, que também é composto por algoritmos fechados, exibindo que veículos de notícias republicanos quase nunca apareceriam na dieta de notícias de um democrata, e vice-versa. No fim do ano de 2016, tal fator pode ter sido determinante no resultado das eleições norte-americanas, e, na atualidade, está sendo investigado por um conselho especial liderado pelo ex-diretor do FBI Robert Mueller. Esses bolsões ideológicos virtuais podem ter sido alvos de ataques virtuais externos (russos) que teriam manipulado o conteúdo exibido a certas *Echo Chambers*, tendo sido, talvez, o primeiro caso documentado de um extensivo ataque cibernético a um processo democrático na história.

³ Nas palavras de Coleonni, dentro de seu estudo sobre a ocorrência das “*Echo Chambers no Twitter*”, as *Echo Chambers* são fenômenos que atestam a homofilia política em certo ambiente. Uma *Echo Chamber* é um lugar onde são reforçadas perspectivas e convicções estabelecidas, desafiando a concepção da internet como uma esfera pública de discussão democrática e reforçando pontos políticos de vista preconcebidos através da exposição seletiva à conteúdo político, neste caso, a internet funciona como uma câmara de eco, onde orientação política é reafirmada. Tal efeito, segundo Coleonni, tem origem na tendência dos indivíduos a criar grupos homogêneos e se afiliar com indivíduos que compartilhem sua visão política. COLEONNI, Elanor; ROZZA, Alessandro; ARVIDSSON, Adam. *Echo Chamber or Public Sphere? Predicting political orientation and measuring political homophily in Twitter using big data. Journal of Communication*. Disponível em: <http://www.academia.edu/5693875/Draft_version_Echo_Chamber_or_Public_Sphere_Predicting_political_orientation_and_measuring_political_homophily_in_Twitter_using_big_data>. Acesso em: 15 dez. 2017.

Dessa forma, a relevância do estudo se justifica pelos perigos da massificação intelectual dos semelhantes, forçada por grandes corporações, que ameaçam o potencial gigantesco que a liberdade de informação virtual nos proporciona; bem como a proteção da liberdade de expressão publicada do cidadão contra a atividade vil de empresas e nações que visem a desestabilização do processo democrático para vitórias no campo da influência econômica e política, afinal, como bem vem ressaltando Stefano Rodotà, nós, usuários de internet, somos as nossas próprias informações⁴.

CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: A RÁPIDA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

Para melhor abordarmos a exponencialidade do avanço da tecnologia digital, usaremos de um conto indiano, com os primeiros registros dos idos de 1256, de um historiador árabe chamado Ibn Khaldun⁵. O conto seria parte da etiologia indiana do jogo do xadrez, que teve origem na região. Nele, um sábio, o próprio criador do jogo, ganha um desejo do rei, grato pela solução de uma mazela do seu reinado. Ao escolher a recompensa, o protagonista não opta por terras, ou ouro, mas sim, pede ao rei que lhe pague uma quantidade de grãos de trigo proporcional às casas do tabuleiro do xadrez: no primeiro dia 1 grão, no segundo 2, no terceiro 3, e assim por diante até que se completassem as 64 casas do jogo. O rei, até então impressionado pelo desapego material do sábio, aceita o seu pedido, o qual, em pouco mais de um mês, levaria o reino (ou talvez o sábio) à falência.

Este conto ilustra muito bem o poder do crescimento exponencial, tendo em vista que, ao fim do décimo quinto dia, os grãos somariam 2 kg de trigo, enquanto que, ao fim do sexagésimo quarto dia, a quantidade de grãos necessária para o pagamento da dívida real seria de 18 bilhões de toneladas de trigo, ou seja, 18 seguido de 18 zeros. Essa história reflete a realidade de que o conhecimento do poder da progressão exponencial nos acompanha desde tais épocas e se mostra no comportamento de várias tendências, inclusive no campo da informática.

⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵ A obra de Ibn Khaldun foi escrita entre 1374 e 1378 e é dividida em: Autobiografia de Ibn Khaldun e seus Prolegômenos – Muqaddimah. De acordo com Richard Max de Araújo, Ibn Khaldun, no ano de 1382 na cidade de Túnis, fez uma revisão da sua Muqaddimah e deixou um manuscrito da obra ao sultão hafsida da região, Abu'l-Abbas. Logo depois, quando Ibn Khaldun estava no Cairo, enviou outra cópia do manuscrito para o sultão Marinida de Fez, Abu Faris. Em 1397 dedicou uma terceira cópia do manuscrito ao sultão mameluco Malik al-Zahir Barquq. As revisões feitas por Khaldun se realizaram até 1402 (manuscrito n. 1936 de Atif Efendi de Istambul). ARAÚJO, Richard Max de. *Ibn Haldun: o estudo de seu método à luz da ideia de decadência nos Estados do Ocidente muçulmano medieval*. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas, 2004. p. 32-34.

Nesse diapasão, na década de setenta do século XX, o químico norte-americano e cofundador da Intel Corporation, Gordon Moore, publicou um artigo na *Electronics Magazine* em resposta a um pedido de previsão da evolução da indústria de componentes semicondutores nos dez anos seguintes. Nele, apontou Moore:

A complexidade para componentes com custo mínimo tem crescido a uma taxa próxima a do fator de dois por ano. Certamente sobre um curto prazo esta taxa tem a expectativa de continuar, senão crescer. Sobre longo prazo, a taxa de crescimento é mais incerta, porém não há razão para acreditar-se que não permanecerá quase constante por pelo menos 10 anos⁶.

Conhecida a partir da publicação do artigo como Lei de Moore, tal regra ditou a evolução tecnológica que cresceu a uma taxa tão grande quanto a dívida do rei no conto indiano, pois, segundo as previsões de Moore, o número de transistores em um processador dobraria, em média, a cada dois anos, mantendo o mesmo (ou menor) custo e o mesmo espaço. Posteriormente, a lei foi revisada pelo próprio autor, que redefiniu o período de dois anos para 18 meses. E a previsão tem se mostrado certa não só pelos previstos 10 anos subsequentes, mas nos próximos 42 anos, e em previsões recentes que apontam até o ano de 2021⁷, respaldadas nas inovações em pesquisas de nanotubos de carbono⁸ e computação quântica. Como exemplo, os computadores que tornaram possível a aterrissagem do homem na Lua em 1969 possuíam a capacidade de 2 kb de Memória Ram, enquanto em 2017 o padrão da indústria de computadores pessoais era 4 gb, onde *gigabyte* é unidade de medida que indica 1 milhão de *kilobytes*, assim, relógios de pulso atuais possuem capacidade de processamento de dados maior que 2 kb.

A velocidade galopante da evolução tecnológica serve então para fazermos algumas indagações: como acompanhar socialmente o que a tecnologia nos

⁶ MOORE, Gordon. *Cramming more components onto integrated circuits*. Estados Unidos: Electronics, 1975. p. 2, tradução livre.

⁷ ANTHONY, Sebastian. *Matéria sobre a Lei de Moore e sua previsão de término até o ano 2021*. Disponível em: <<https://arstechnica.com/gadgets/2016/07/itrs-roadmap-2021-moores-law/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁸ IBM. *Carta à imprensa da empresa IBM*. Disponível em: <<https://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/47767>>. Acesso em: 29 set. 2017. Nanotubos de carbono são folhas de grafeno enroladas de maneira a formar uma peça cilíndrica com diâmetro próximo de 1 nm. Dependendo de como a folha de grafeno é enrolada, os nanotubos podem apresentar propriedades metálicas ou semicondutoras. Em linhas gerais, os nanotubos apresentam alta resistência mecânica, alta flexibilidade, características elétricas e térmicas e servem para a construção de transistores para circuitos eletrônicos, produtos esportivos, fabricação de telas coloridas dobráveis, biotecnologia, roupas inteligentes e resistentes, dentre outros. BRASIL. Fundacentro. *Nanotubos de carbono*. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/nanotecnologia/nanotubos-de-carbono>>. Acesso em: 29 set. 2017.

proporciona atualmente? Estariam preparadas as instituições para assegurar aos cidadãos suas garantias em um ambiente dinâmico como o da internet? Estariam as grandes empresas, responsáveis por parcelas cada vez maiores da rede, preparadas para o provimento de um serviço não danoso aos seus usuários, tendo de se adaptar constantemente a um mercado volátil como o da internet? Por fim, questionamos se o contexto atual da internet estaria contribuindo para a existência das *Echo Chambers* ideológicas, ocasionando distorções no princípio da liberdade de informação dos envolvidos?

CONTEXTUALIZAÇÃO ATUAL: ESTUDO PRINCIPOLÓGICO DO DIREITO DIGITAL

No afã de responder às questões acima propostas, preliminarmente se torna necessário fazermos uma breve abordagem sobre o estudo principiológico do Direito Digital⁹, com a finalidade de atestar o quão destoante é o contexto atual daquele esperado pelos criadores e idealizadores da internet. Assim, inicialmente é de se referir a importância da aplicação de princípios no nosso direito. Segundo Dworkin, os princípios constituem-se em um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”¹⁰.

Nessa mesma trilha, Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento¹¹. Igualmente para Virgílio Afonso da Silva, para quem as regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*:

[...] os princípios expressam deveres *prima facie*. Na aplicação concreta deles, contudo, o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados. Aquele dever definitivo terá, sim, que ser realizado “no todo”, mas isso não significa

⁹ O Direito Digital ou Direito Informático é o conjunto de normas e instituições jurídicas que pretende regular aquele uso dos sistemas de computador – como meio e como fim – que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do *software*; o comércio eletrônico e as relações humanas estabelecidas via internet. PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Primeiras linhas em direito eletrônico*. Novembro, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3575/primeiras-linhas-em-direito-eletronico>>. Acesso em: 25 set. 2017.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36-39.

¹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 450.

que a distinção entre regras e princípios seja afetada, pois não é “o conteúdo de dever-ser” dos princípios que estará sendo realizado “no todo”, mas somente o “conteúdo de dever-ser” de uma regra que terá surgido como produto do sopesamento entre os princípios colidentes e que, frise-se, valerá somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas. O dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*, a ser realizado na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto¹².

Comentando por um ângulo mais técnico-positivista, é oportuna a observação de Sarlet sobre a aplicação de princípios no direito: “[...] a relevância dos princípios para o desenvolvimento da jurisprudência e, portanto, do próprio direito, reside tanto no fato de que se está a viabilizar a expansão da tutela da pessoa humana e dos direitos que lhe são correspondentes, quanto no fato de que se passou a consagrar a noção de que os princípios são, portanto, razões que fundamentam a existência de outros princípios e regras e também de posições fundamentais (ou direitos, se preferirmos) não expressamente consagrados”¹³.

O caráter basilar dos princípios jurídicos se mostra em diversas facetas do direito. Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Igualdade, por exemplo, são estruturas fundantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, enquanto que o princípio da Legalidade, por exemplo, vê-se respaldado em cada constituição nacional, assim como os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório são as guias do Direito Penal em países democráticos.

Tal padrão não poderia ser diferente no Direito Digital. Desde a concepção de um direito para esse espaço *on-line*, já houve vários autores que trabalharam sobre o assunto. É interessante o compilado de princípios do Direito Digital Internacional feita por Robert Wittzack, que elenca como princípios da internet: da liberdade da internet; da jurisdição territorial; da cooperação interestados e da cooperação multiacionária, como os principais para o seu estudo¹⁴. Dentre estes, daremos ênfase ao princípio da liberdade da internet, alvo do estudo *Freedom of connection, freedom of expression*¹⁵, uma publicação da UNESCO, que também possui como alvo delimitar as garantias que devem ser respeitadas no uso da internet.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, 2003, p. 622.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 82.

¹⁴ WITZACK, Robert Uerpmann. Principles of internet Law. *German Journal of Law*, v. 11, n. 11, 2010, p. 1245, tradução livre.

¹⁵ Em tradução livre: “Liberdade de conexão, liberdade de expressão”.

Dentro do mencionado documento, é dedicado um trecho para a defesa da liberdade de informação. Segundo Wittzack, a liberdade de informação foi reconhecida pelas Nações Unidas em 1946, com a Resolução número 59¹⁶, a qual diz que: “freedom of information is a fundamental human right and (...) the touchstone of all the freedoms to which the UN is consecrated”¹⁷.

Nesse sentido, contribui o civilista italiano Stefano Rodotà, que em diversas ocasiões mencionou que, além do princípio da dignidade humana, aplicam-se à tecnologia, mais especificamente aos dados pessoais coletados e armazenados na internet, os princípios da finalidade, da pertinência, da proporcionalidade, da simplificação, da harmonização e da necessidade. O autor compreende que o direito não deve render-se à razão tecnológica, e que o equilíbrio e a ponderação deveriam estar constantemente presentes nas relações entre direito, tecnologia e sociedade¹⁸.

Segundo Rodotà, nas sociedades da informação pode-se inferir que nós, usuários, somos as nossas informações, na medida em que elas nos definem, nos classificam, nos rotulam. Assim, quando se fala em privacidade na internet deve se ter presente que, atualmente, a questão chave a ser pensada reside no controle da circulação das informações ali coletadas. Segundo o autor, quando se tratar da coleta de dados sensíveis¹⁹, que sejam aptos a gerar situações de discriminação e desigualdade, as pesquisas devem ser objetivas e limitadas, e a coleta de dados somente pode ser considerada legítima se individualizada, não sendo admissíveis, portanto, testagens de massa, sob pena de atribuir valor absoluto a qualquer amostra. Ainda, defende o autor que as amostras legitimamente recolhidas devem ser conservadas por tempo determinado e não podem servir para compor um

¹⁶ WITZACK, Robert Uerpmann. Principles of internet law. *German Journal of Law*, v. 11, n. 11, 2010, p. 1245, tradução livre.

¹⁷ Em tradução livre: “A liberdade de informação é um direito humano fundamental e (...) a pedra de toque para todas as outras liberdades que a ONU consagra”.

¹⁸ RODOTÀ, Stefano. *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*: il nuovo codice sulla privacy. Disponível em: <<http://www.litis.it>>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁹ Dados sensíveis são dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação do seu titular, por se referirem, por exemplo, à opção sexual, convicções religiosas, filosóficas ou morais, ou opiniões políticas. Tal gama de dados difere dos dados pessoais, que são aqueles relacionados à pessoa natural identificada ou identificável a partir de números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos. Os dados sensíveis, pelo potencial discriminatório que apresentam, devem ser protegidos de forma mais rígida. Tal proposta está, atualmente, em discussão através do Projeto de Lei n. 5.276/2016, cujo conteúdo segue assim proposto: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] III – dados sensíveis: dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos” (BRASIL, 2016).

banco de dados que fique à disposição das autoridades para realizar qualquer outra finalidade²⁰.

A teoria do jurista italiano assume relevante importância ao direcionarmos a pesquisa para a discussão das recentes *Echo Chambers* ideológicas, onde a liberdade de informação será o principal princípio a ser observado, uma vez que o efeito colateral do uso de algoritmos para filtrar o acesso ao conteúdo virtual indexado, combinado com a concentração de volume de acesso em poucos conglomerados empresariais, acabou por limitar o potencial de pesquisa que a internet oferece, levando à desinformação e ao possível aproveitamento das vulneráveis *Echo Chambers* para ataques cibernéticos ideológicos.

Modernamente, em decorrência de todos os avanços tecnológicos, econômicos e sociais, a liberdade de informação adquiriu um papel coletivo, no sentido de que toda a sociedade requer o acesso à informação, ou seja, “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer”²¹.

Atualmente, como sabido, compete ao Estado assegurar a livre circulação da informação, em decorrência do direito dos indivíduos de serem informados, e a liberdade de acesso à informação, fundamento do Estado Democrático de Direito, como assevera Avancini, constitui o direito que as pessoas têm de opinar, de expressar suas ideias, receber, dar e procurar informações em todos os meios disponíveis, independentemente de fronteiras. A Sociedade da Informação tem por regra esse princípio, pois através do incentivo e do desenvolvimento tecnológico é que ela busca um fim maior, qual seja, o de propiciar a difusão da educação e da cultura a todos²².

Entretanto, quando estudada a liberdade de informação na internet, é fácil percebermos que os maiores desrespeitos a esse princípio normalmente são cometidos por governos hipervigilantes, como maior *standard*, talvez se destaque a *Great Firewall* do governo chinês²³, que restringe o acesso da própria população

²⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 34-58.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 289.

²² AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e informática*. São Paulo: Manole, 2004. p. 379.

²³ Na China, existe um grande bloqueio interno imposto pelo governo chamado popularmente de “*Great Firewall*”, em referência à Muralha da China. Tal bloqueio impede que a população acesse normalmente uma série de páginas consideradas perigosas ou ilegais, normalmente de outros continentes. Desde 2007, o Estado chinês controla todo o conteúdo *on-line* em circulação no país, barrando o que for considerado impróprio, direcionando automaticamente as pesquisas para *sites* equivalentes. Além disso, todos os provedores de internet precisam passar por aprovação do governo, sendo que tudo que é acessado pelos usuários deve ser canalizado

chinesa, proibindo, por exemplo, a procura de certos vocábulos na busca do Google ou, mais recentemente, bloqueando o acesso ao aplicativo WhatsApp²⁴.

Nessa perspectiva, contundente a observação de Dutton e Dopatka, quando aduzem que, na teoria, liberdade de informação e liberdade de expressão são apenas limitadas por leis nacionais, especialmente aquelas relacionadas à privacidade²⁵. Mas, na prática, elas também são afetadas por uma ecologia técnica muito maior, legal e regulatória ligada aos contextos culturais, políticos e econômicos dos Estados.

A liberdade de informação também é afetada por uma ecologia ligada aos contextos culturais, políticos e econômicos dos Estados, e estes contextos possuem novos caracteres no mundo pós-globalização²⁶, pois, segundo Bedin, “entre os novos atores internacionais, destacam-se especialmente as organizações internacionais, as organizações não governamentais e as empresas transnacionais”²⁷. Levando em conta esta ecologia, não é estranho que possa haver transgressões à liberdade de informação por parte de empresas transnacionais, as quais são verdadeiros protagonistas do comércio virtual, onde cada vez mais parcelas do mercado são controladas por poucos e grandes conglomerados empresariais transnacionais. Neste contexto, oportuna a lição de Tarcísio Teixeira, quando aduz que, notadamente quanto ao envio de mensagens eletrônicas, se, por um lado, isso não pode deixar de ser considerada manifestação da liberdade de expressão por parte do remetente; por outro, é uma invasão da privacidade do destinatário. Nasce disso um confronto de direitos que, eventualmente, poderia ser objeto de uma norma, a fim de equilibrá-los no campo da internet²⁸.

Como exemplo de empresas transnacionais atuando como verdadeiros protagonistas do âmbito digital, podemos citar o Google, que atualmente atende

para portas de entrada, as chamadas *gateways*, onde ocorre uma fiscalização do teor do tráfego. Atualmente, o governo está ampliando ainda mais o alcance dessa restrição, eliminando até redes particulares virtuais, bloqueando a conexão inteira das pessoas, deixando-as ainda mais isoladas do mundo digital. EXAME. *China não quer interferência dos EUA no uso da internet*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/china-nao-quer-interferencia-dos-eua-no-uso-da-internet/#/>>. Acesso em: 24 out. 2017.

²⁴ MYERS, Steven Lee; CHENG, Amy. *Notícia da proibição do uso do aplicativo WhatsApp em território chinês*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/24/world/asia/china-internet-censorship.html>>. Acesso em: 29 set. 2017.

²⁵ DUTTON, William; DOPATKA, Anna et al. *Freedom of connection, freedom of expression*, 2011. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001915/191594e.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁶ DUTTON, William; DOPATKA, Anna et al. *Freedom of connection, freedom of expression*, 2011. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001915/191594e.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁷ BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001. p. 1.

²⁸ TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 322.

mais de 4,5 bilhões de pessoas em 160 países do mundo todo, que falam 123 idiomas, e conta com grandes produtos que revolucionaram a tecnologia e facilitaram nossa vida, entre os quais se destacam Android, Gmail, Google Maps, Google Plus, YouTube, e seu popular tradutor²⁹. Dessa forma, o fenômeno das *Echo Chambers* hoje não só se reserva ao Facebook. A uníssona ferramenta de pesquisa virtual, Google, faz uso de algoritmos semelhantes aos estudados, bem como quase todo o tráfego de propagandas (também controlado pelo Google), e assim como outros *sites* de busca *on-line*, faz uso do *Default Power*: o poder de modificar a vida *on-line* de milhões de usuários apenas modificando uns poucos parâmetros³⁰, ou seja:

Tudo é público, tudo se pode fazer com pouco esforço: fechar as contas dos que gostam de gatos, ter baixo controle das fotos dos que dizem ser sentimentalmente livres. No próximo *login*, nosso perfil *on line* poderia ser muito diferente daquele do que conhecemos: como se, retornando à casa, descobrissemos que se há trocado a mobília, que as coisas já não estão no lugar³¹.

Esta é a premissa que sempre deveríamos levar em consideração quando falamos de redes de massas: ninguém entre nós quer ser parte da massa, mas quando utilizamos estas redes *on-line*, somos a massa, não nos permitem escolhas. E na compreensão de Gaston Berger, entram em cena, hoje, massas que estavam estacionadas³², devido ao alcance da internet, com seu apelo popular, e ao número de conectados. E essas massas, como bem destaca o Ippolita, estão sujeitas ao *Default Power*³³.

Urge, portanto, refletir sobre o que a doutrina denomina “paradoxo decorrente da utilização de dados maciços”:

[...] gera-se um paradoxo que se relaciona ao caminho empresarial que vem sendo trilhado em ambiente de internet, decorrente da forma de utilização dos dados maciços produzidos a cada segundo e da possibilidade de sua captação, sua verificação, classificação e utilização, sem que se afete estes direitos assegurados ao cidadão. O paradoxo refere-se

²⁹ LÓPEZ, Alberto. *Aniversário do Google: 19 anos cheios de surpresas*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/27/tecnologia/1506463291_995816.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

³⁰ IPPOLITA. *En el acuario de Facebook: el resistible ascenso del anarco-capitalismo*. Madrid: Enclave de Libros, 2012. p. 13, tradução livre.

³¹ IPPOLITA. *En el acuario de Facebook: el resistible ascenso del anarco-capitalismo*. Madrid: Enclave de Libros, 2012. p. 13-14, tradução livre.

³² BERGER, Gaston. *Phénoménologie du temps et prospective*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 249, tradução livre.

³³ IPPOLITA. *En el acuario de Facebook: el resistible ascenso del anarco-capitalismo*. Madrid: Enclave de Libros, 2012. p. 13-14, tradução livre.

exatamente ao contexto da privacidade. Por um lado, a lei determina sua estrita proteção. A outro, os agentes que operam a internet conseguem, a partir da análise dos dados maciços colhidos, obter o mais fiel retrato da pessoa, suas atividades, gostos, tendências, idade, formação, nível socioeconômico, esportes de preferencia, lazer, etc.³⁴.

A necessidade de serem debatidos tais temas nasce da evolução tecnológica exponencial contemplada pela humanidade, cuja necessidade de adequação jurídica e social é da responsabilidade dos pesquisadores e operadores do direito e de outras áreas de estudos sociais, como forma de acompanhar este rápido espírito do tempo. Por mais distante que ele se torne, faz-se necessária a adequação institucional. Vale lembrar que a Lei de Moore, como qualquer outra observação factual científica comprovada, é fria e sem remorsos, e não esperará pela adequação legal para a próxima evolução tecnológica. A sociedade de hoje é ímpar na história da humanidade.

ECHO CHAMBERS IDEOLÓGICAS: CONCEITO, FORMAÇÃO E APORIAS

Para melhor ilustrarmos o que seria uma *Echo Chamber* ideológica, oportuno destacarmos o artigo publicado na Revista *Science*, em 5 de junho de 2015, por pesquisadores da Escola de Informação da Universidade de Michigan. Nesta publicação, os autores fizeram uma pesquisa político-científica sobre a exposição de notícias e opiniões ideologicamente diversas no Facebook.

A pesquisa relata que foram examinados, através de dados não identificados, aproximadamente 10,1 milhões de usuários norte-americanos autorreportados ideologicamente do Facebook, que interagiam com notícias compartilhadas socialmente. Foi feita uma análise de 7 milhões de *links* distintos compartilhados em um período de 6 meses; as histórias compartilhadas foram classificadas entre pesadas (conteúdo político) e leves (esportes, viagens e entretenimento em geral), dentre as quais 15% se encontravam no primeiro grupo. Estas histórias foram separadas de acordo com um alinhamento de filiação ideológica com um espectro liberal, neutro e conservador.

A quantidade de conteúdo cruzado que indivíduos encontram depende de quem são seus amigos e qual informação estes amigos compartilham. Se indivíduos adquirissem informação de outros meios randômicos, aproximadamente 45% do conteúdo pesado de liberais seria exposto, seria cruzado, comparado com 40% para conservadores. É óbvio que indivíduos não encontram informação randomicamente em ambientes

³⁴ DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito e internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II: Marco Civil da internet (Lei n. 12.695/14), p. 321.

off lines nem na internet. [...] das notícias com histórias “pesadas” compartilhadas por amigos liberais, 24% são cruzadas, enquanto 35% para os conservadores³⁵.

Porém, ao analisarem o caso específico do Facebook, os dados encontrados pelos pesquisadores são muito mais radicais, remetendo-nos ao fenômeno da *Surveillance*, ou seja, uma espécie de vigilância oculta atuante na internet, mas dotada de potencial eficiência. Atualmente, como destacam Bolzan e Jacob Neto, “um dos objetivos primordiais da *Surveillance* é a previsão de comportamentos futuros, seja por parte do poder público – prever atitudes terroristas, por exemplo –, seja pela iniciativa privada – para prever quais as melhores formas de ganhar dinheiro com anúncio, exemplificativamente”³⁶.

A mídia que indivíduos consomem no *Facebook* não depende apenas do que os seus amigos compartilham, mas também em como o algoritmo do *feed* do *ranking* de notícias separa os artigos e que indivíduos escolhem para serem leitores. A ordem em que cada usuário vê histórias no *feed* de notícias depende de muitos fatores, incluindo o quão frequentemente ele visita o *Facebook*, o quanto ele interage com certos amigos, e quão frequentemente usuários clicaram em *links* para certos *websites* no *feed* de notícias no passado. Nós encontramos que, depois do *ranking*, há uma ligeira diminuição de conteúdos cruzados: a taxa de risco da probabilidade de se ver conteúdo cruzado em relação ao conteúdo consistente é de 5% para conservadores e 8% para liberais³⁷.

Em face destes dados, cabe trazer à tona o conceito de *Echo Chambers* de Sunstein³⁸. Para o pesquisador norte-americano, as *Echo Chambers* seriam “comunidades muito fechadas, e não interagíveis, centradas em diferentes narrativas”, ou seja, seriam ambientes semelhantes a câmaras de eco acústicas, em que informações, ideias ou crenças seriam amplificadas pela comunicação, sendo repetidas dentro de um sistema definido para aquele propósito. Dentro da câmara de eco, as fontes oficiais muitas vezes são inquestionáveis, e opiniões diferentes ou concorrentes são censuradas ou desautorizadas.

³⁵ BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook. *Science Magazine*, United States of America, 2015. p. 1130, tradução livre.

³⁶ BOLZAN DE MORAES, José Luis; JACOB NETO, Elias. A insuficiência do Marco Civil da internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da *surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 417-439. p. 425.

³⁷ BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada. *Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook*. *Science Magazine*, United States of America, 2015. p. 1130-1131, tradução livre.

³⁸ SUNSTEIN, Cass et. al. *Echo Chambers on Facebook*. United States of America: Harvard Law School, 2016, Discussion Paper n. 877. p. 15.

Assim, interessante demonstrarmos este cenário descrito, usando da visão do sociólogo Axel Honneth, como uma “patologia social”. Conforme o autor da obra *El Derecho de la Libertad*, no contexto da teoria social podemos falar de “patologia social” sempre que nos deparemos com acontecimentos sociais que levem a uma deterioração das capacidades racionais dos membros da sociedade de participar de formas decisivas da cooperação social³⁹.

Este é o ambiente descrito pelos autores do artigo sobre o Facebook. Reforçadas pelo agente invisível do algoritmo do *site*, tais bolhas ideológicas ganharam força e consigo trouxeram uma diversidade de efeitos colaterais nefastos ao país americano, desde a controversa eleição do presidente norte-americano Donald Trump⁴⁰, que está sendo investigado por conluio com o governo russo para a vitória nas eleições do final de 2016, investigação esta que está coletando informações da rede social referentes a compras russas de propagandas de conteúdo pró-campanha, as quais, levando em conta o artigo da Revista *Science*, seriam escolhidas pelo algoritmo do *Page Ranking*⁴¹ para a exibição quase exclusiva em páginas conservadoras, até o acirramento ideológico culminado no desastre de Charlottesville em 2017⁴².

³⁹ HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*. Argentina: Katz, 2014. p. 119.

⁴⁰ As duas principais agências de segurança dos Estados Unidos, o FBI (Agência Federal de Investigações) e a CIA (Agência Central de Inteligência), teriam descoberto intervenções da Rússia nas eleições presidenciais americanas de 2016, além de especulações sobre ligações de Moscou com a campanha do então candidato republicano Donald Trump. De acordo com a investigação, indivíduos ligados ao governo russo teriam publicado milhares de *e-mails* hackeados da campanha do Partido Democrata da então candidata Hillary Clinton, com o objetivo final de respaldar o caminho de Donald Trump à Casa Branca e prejudicar sua rival política, Hillary Clinton. Recentemente o chefe da Casa Branca demitiu o diretor do FBI, James Comey, que conduzia as investigações. A decisão de Trump prejudica a credibilidade das instituições políticas em Washington. A reputação da classe política deve alcançar níveis baixos novamente, e o descontentamento político deve aumentar. O presidente supostamente quer um recomeço para o FBI. Trump usa como justificativa para a demissão de Comey o comportamento do diretor no caso envolvendo *e-mails* de Hillary. BBC BRASIL. *Para CIA e FBI, “Rússia teria agido em eleições nos EUA para promover vitória de Trump”*. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38275572>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁴¹ *Page Rank* (PR) é uma métrica criada por Larry Page e utilizada pelo Google dentro do seu algoritmo para entender a importância que um *site*, ou página, tem para ele (Google) perante a internet. Ele foi desenvolvido em 1995 na Universidade de Stanford por Larry Page, daí vem o nome *Page Rank*.

⁴² Em agosto de 2017, a cidade de *Charlottesville*, nos Estados Unidos, teve seu primeiro grande episódio de violência racial, deixando mortos, feridos e um número indeterminado de pessoas presas. Segundo o *site* O Globo, “a violência foi decorrente de manifestações de negros revoltados com a morte de jovens por policiais brancos. Um carro bateu em outros dois e avançou sobre manifestantes, e o motorista foi preso. [...] Grupos de nacionalistas brancos, neonazistas e membros da *Ku Klux Klan* (KKK) se reuniram na cidade, a 190 km de Washington, para protestar contra a retirada de uma estátua do general confederado Robert E. Lee, que lutou pela independência dos estados do Sul para evitar a abolição da escravidão nos EUA. Na noite de sexta, véspera da manifestação ‘Unir a Direita’, o grupo desfilou pelo *campus* da Univer-

Diante desse cenário, no atual momento, os EUA estão passando por um teste em suas instituições democráticas. Caso esta investigação resulte na condenação do presidente, isto deixará um ímpar sem precedentes na história do Direito Digital Internacional, onde um país (Rússia) conduziu um ataque cibernético de larga escala com o intuito de abalar as estruturas democráticas de sua vítima (Estados Unidos, mais especificamente a campanha da candidata democrata derrotada, Hillary Clinton), podendo prejudicar milhões de pessoas não somente nos Estados Unidos, mas em vários países, devido às consequências nefastas e imprevisíveis da eleição do republicano Donald Trump à presidência dos Estados Unidos.

Nesse contexto, percebemos que a informação é um direito que atinge ampla valoração social, na medida em que é através dela que se tem procurado ampliar a autonomia individual nos processos de formação de preferências e opiniões. Para tanto, faz-se necessário reforçar a posição dos cidadãos em face dos meios de comunicação social. Além disso, é necessário ainda haver uma séria discussão com esses gigantes da tecnologia, em que deve ser de alguma forma desencorajada a feroz algoritmização do controle de tráfego, ou, pelo menos, uma tentativa de maior exibição de conteúdo “cruzado”. Não trabalhar para isso seria um apoio à alienação e ao acirramento ideológico de bolsões de eco virtuais, pois, atualmente, a informação pode ser traduzida em poder, no poder de influenciar, mudar o comportamento e as reações da sociedade, por isso não pode ser tomada pela simples liberdade individual de informação, constituindo-se em um verdadeiro direito coletivo à informação. “[...] quanto mais circular a informação, mais rapidamente as decisões são avaliadas, mais é desenvolvida a capacidade de iniciativa, inovação e reorganização acelerada, e mais competitivos são as empresas, os exércitos, as regiões, os países, as zonas geopolíticas.”⁴³

Se a liberdade de expressão e de informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação,

sidade da Virgínia com palavras de ódio contra negros, judeus, imigrantes e gays. Com isso, grupos antirracismo e antifascismo marcaram uma contramanifestação nos mesmos local e horário no sábado, quando houve o confronto, com porretes, escudos, tochas, *spray* de pimenta e briga corporal”. BATISTA, Henrique Gomes. *EUA: carro avança contra protesto antirracismo e deixa um morto*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/eua-carro-avanca-contra-protesto-antirracismo-deixa-um-morto-1-21699532>>. Acesso em: 24 de out. 2017. Neste cenário revelou-se que *softwares* de previsão de crimes avaliavam pessoas negras como mais propensas a cometer atos criminosos.

⁴³ LÉVY, Pierre. *Inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Loyola, 2015. p. 83.

especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribuem para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública⁴⁴.

Na compreensão de Lévy, nessa sociedade digital, com todas essas possibilidades de emancipação oferecidas pela internet, poderíamos passar do ideal da simples democracia ao da demodinâmica (força, potência). [...] a demodinâmica não se refere a um povo soberano, reificado, fetichizado, plantado em um território, identificado pelo solo ou pelo sangue, mas a um povo em potência, perpetuamente em vias de se conhecer e de se fazer, em gestação, um povo do futuro. “[...] hoje, o problema político já não é tomar o poder, mas aumentar as potências do povo ou de quaisquer grupos humanos”⁴⁵. O poder faz ganhar ou perder.

Porém, se não nos adequarmos à grande velocidade das mudanças sociais advindas da revolução tecnológica, o problema principal não será resolvido, e os princípios do Direito Digital Internacional não serão respeitados, pois em um mundo onde empresas têm o poder de formação de opinião e de manipulação tão acentuado precisa haver responsabilidades atreladas ao poder a serem arcaadas pelo seu serviço, principalmente na observação dos princípios que servem de fundação para o ambiente em que operam, caso contrário, todos sairemos perdendo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do objeto principal da pesquisa, as *Echo Chambers* ideológicas, buscamos debater a forma como acompanhar socialmente o que a tecnologia hoje nos proporciona. Também analisamos se estariam preparadas as instituições para assegurar aos cidadãos suas garantias em um ambiente como o da internet, abordando o fato de que, embora serviços hegemônicos e essenciais, Google e Facebook trazem consigo más consequências para os seus usuários quando da adoção de políticas irresponsáveis.

Tendo por base o conceito de *Echo Chamber*, auferimos que a indexação de pesquisas em páginas do Google, por exemplo, diferem completamente relacionando-se aos usuários, em razão de informações pessoais já coletadas em prévios

⁴⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 166-167.

⁴⁵ LÉVY, Pierre. *Inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Loyola, 2015. p. 84.

serviços oferecidos pelos *sites*. Esta prática é hegemônica na internet e incentiva os anunciantes de produtos a escolherem o meio, devido a pré-adequação do público-alvo de propagandas e também pelo suposto conforto do usuário.

Entretanto, a partir do ano de 2015, urgiu o debate acerca dos algoritmos por trás da seleção de conteúdo a que cada usuário era submetido no uso de serviços virtuais. Desde então, passamos a repensar a evolução tecnológica exponencial contemplada pela humanidade e a necessidade de adequação social a esses meios. Reforçadas pelo agente invisível do algoritmo fechado de *sites* como Google e Facebook, tais bolhas ideológicas ganharam força e consigo trouxe uma diversidade de externalidades negativas.

Portanto, é da responsabilidade dos pesquisadores e operadores do direito e de outras áreas de estudo social acompanhar este rápido espírito do tempo. Por mais distante que ele se torne, é necessária a adequação institucional. Entretanto, caso a codificação não acompanhe a grande velocidade das mudanças sociais advindas da revolução tecnológica, o problema principal deverá ser resolvido através da aplicação dos princípios do Direito Digital Internacional, que devem ser respeitados.

Ao direcionarmos a pesquisa para a discussão das recentes *Echo Chambers* ideológicas, concluímos que o essencial princípio a ser observado é o da liberdade de informação, massificado no direito que as pessoas têm de oferecer e procurar informações em todos os meios disponíveis, independentemente de fronteiras. A Sociedade da Informação, calcada na pesquisa por meio de sítios da internet, deve ter por regra esse princípio, pois através do incentivo e do desenvolvimento tecnológico é que se busca um fim maior, qual seja, o de propiciar a difusão da informação, da educação e da cultura a todos.

Em se tratando de *Echo Chambers*, imperioso ressaltar que o efeito colateral do uso de algoritmos para filtrar o acesso ao conteúdo virtual indexado, combinado com a concentração de volume de acesso em poucos gigantes conglomerados empresariais, acabou por limitar o potencial de pesquisa que a internet oferece, levando à desinformação e ao possível aproveitamento das vulneráveis *Echo Chambers* ideológicas para ataques cibernéticos, o que não pode ser tolerado pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ANTHONY, Sebastian. *Matéria sobre a Lei de Moore e sua previsão de término até o ano 2021*. Disponível em: <<https://arstechnica.com/gadgets/2016/07/itrs-roadmap-2021-moores-law/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

ANTHONY, Sebastian. *Previsão para 2021 da Lei de Moore pelo ITRS*. Disponível em: <<https://arstechnica.com/gadgets/2016/07/itrs-roadmap-2021-moores-law/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

ARAÚJO, Richard Max de. *Ibn Haldun: o estudo de seu método à luz da ideia de decadência nos Estados do Ocidente muçulmano medieval*. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2004.

AVANCINI, Helenara Braga. O paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e informática*. São Paulo: Manole, 2004.

BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook. *Science Magazine*, United States of America, 2015.

BATISTA, Henrique Gomes. *EUA: carro avança contra protesto antirracismo e deixa um morto*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/eua-carro-avanca-contra-protesto-antirracismo-deixa-um-morto-1-21699532>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BBC BRASIL. *Para CIA e FBI, "Rússia teria agido em eleições nos EUA para promover vitória de Trump"*. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38275572>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

BOLZAN DE MORAES, José Luis; JACOB NETO, Elias. A insuficiência do Marco Civil da internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da *surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Fundacentro. *Nanotubos de carbono*. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/nanotecnologia/nanotubos-de-carbono>>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei 5.276/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

COLEONNI, Elanor; ROZZA, Alessandro; ARVIDSSON, Adam. Echo Chamber or public sphere? Predicting political orientation and measuring political homophily in Twitter using big data. *Journal of Communication*. 2014. <http://www.academia.edu/5693875/Draft_version_Echo_Chamber_or_Public_Sphere_Predicting_political_orientation_and_measuring_political_homophily_in_Twitter_using_big_data>. Acesso em: 15 dez. 2017.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito e internet III*. t. II: Marco Civil da internet (Lei n. 12.695/14). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DUTTON, William; DOPATKA, Anna et al. *Freedom of connection, freedom of expression*, 2011. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001915/191594e.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EXAME. *China não quer interferência dos EUA no uso da internet*. 2011. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/china-nao-quer-interferencia-dos-eua-no-uso-da-internet/#/>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FOLHA DE S.PAULO. *Não dá mais para disfarçar danos causados por Google e Facebook*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/04/1878274-nao-da-mais-para-disfarcar-danos-causados-por-google-e-facebook.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BERGER, Gaston. *Phénoménologie du temps et prospective*. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*. Argentina: Katz, 2014.

IBM. *Carta à imprensa da empresa IBM*. Disponível em: <<https://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/47767>>. Acesso em: 29 set. 2017.

IPPOLITA. *En el acuario de Facebook: el resistible ascenso del anarco-capitalismo*. Madrid: Enclave de Libros, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEINER, Barry et al. *A brief history of the internet*. 2009. Disponível em: <<https://no-shoveling.com/wp-content/uploads/2014/03/Mandatory-Reading-A-Brief-History-of-the-internet.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2017.

LÉVY, Pierre. *Inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Tradução Luiz Paulo Rouanet. 10. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

LÓPEZ, Alberto. *Aniversário do Google: 19 anos cheios de surpresas*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/27/tecnologia/1506463291_995816.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MOORE, Gordon. *Cramming more components onto integrated circuits*. Estados Unidos: Electronics, 1975.

MORRIS, John. *Analysis of the Dot-com Bubble of the 1990s*. Estados Unidos: SSRN, 2008.

MYERS, Steven Lee; CHENG, Amy. *Notícia da proibição do uso do aplicativo WhatsApp em território chinês*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/24/world/asia/china-internet-censorship.html>>. Acesso em: 29 set. 2017.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Primeiras linhas em direito eletrônico*. Novembro, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3575/primeiras-linhas-em-direito-eletronico>>. Acesso em: 25 set. 2017.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*. Disponível em: <<http://www.litis.it>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* n. 1, 2003.

SUNSTEIN, Cass et al. *Echo Chambers on Facebook*. United States of America: Harvard Law School, 2016, Discussion Paper n. 877.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WITZACK, Robert Uerpmann. Principles of internet law. *German Journal of Law*, v. 11, n. 11, 2010.

O ATUAL PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DO ESTADO: ENTRAVES CONTEMPORÂNEOS À SOBERANIA DO POVO

THE CURRENT CHALLENGE OF THE LEGITIMACY OF THE STATE: CONTEMPORARY DIFFICULTIES ABOUT PEOPLE'S SOVEREIGNTY

*Pedro Henrique Demercian**

*Tiago Caruso Torres***

RESUMO

Embora exista um Estado Social e Democrático constitucionalmente posto, a pergunta quanto a sua efetiva legitimidade ainda não foi bem respondida. A dificuldade de oferecer essa resposta ganha ainda maiores contornos quando se percebe que o mero voto não expressa os fins democráticos que, necessariamente, devem ser buscados pelo Estado. O presente artigo busca, portanto, revisitar o conceito de democracia a fim de nela encontrar a resposta para a permanência da legitimidade estatal, estendendo-a para sua forma deliberativa, tendo como base uma verdadeira e efetiva educação política.

Palavras-chave: Teoria do Estado; Teoria geral do direito; Soberania; Democracia.

ABSTRACT

Although the Social and Democratic State is assured by the Federal Constitution, the question about the actual legitimacy of this State has not been answered yet. The difficulty of offering this answer is even more contentious because, nowadays, the mere voting does not express the democratic ends that necessarily must be sought by the State. The present article therefore aims to revisit the concept of democracy in order to find the answer of State legitimacy, extending it to its deliberative form and based on a effective political education.

Keywords: Theory of the State; General theory of law; Sovereignty; Democracy.

* Professor Assistente-Doutor nos cursos de Graduação e de Pós-graduação da PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Procurador de Justiça Criminal. E-mail: pedrodemercian@gmail.com.

** Mestrando do Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Penal da PUC-SP. Pós-graduado em Compliance pela GVLaw/FGV. Advogado. E-mail: carusotorres@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente, e breve, estudo visa debater uma iminente contradição dos tempos atuais: a necessidade de um pensar ativo e crítico da realidade social em uma sociedade globalizada interessada no acúmulo do capital.

Se por um lado a era da informação permite que o sujeito tenha acesso a todo tipo de conteúdo em tempo real e, com isso, passiva ou ativamente, coloque-se perante o mundo, por outro, essa mesma dinâmica contemporânea massificada e voraz retira, por vezes, desse sujeito as condições efetivas para que ele possa tomar suas decisões políticas de maneira racional e consciente.

Isso acaba colocando em xeque a própria legitimidade do Estado. Um Soberano que não encontra eco de suas ações na vontade do povo para o qual governa não tem razão de permanecer no controle de um Estado, que, mesmo adotando uma óptica liberal conduzida pela livre-iniciativa, não é outra coisa senão a expressão dessa vontade.

A saída para esse problema parece estar, então, na própria democracia. Não na democracia representativa comum posta hoje, mas em outro modelo que pressuponha maior participação do cidadão. É a revisão desse conceito numa sociedade pós-moderna e já efetivamente globalizada que o presente estudo pretende se voltar a (re)esclarecer.

Para tanto, recorrer-se-á à seguinte estrutura lógico-formal: a primeira parte deste trabalho revisitará a origem da legitimidade do Estado, chegando à soberania do povo como fonte de legitimação. Em seguida, aprofundar-se-á na soberania do povo para entendê-la como um processo. Posteriormente, o autor buscará reanalisar o conceito de democracia para verificar sua extensão e pertinência na atualidade, fazendo o necessário contraponto com o liberalismo econômico, que consolidou a estrutura capitalista na sociedade contemporânea. Por fim, o autor será levado a concluir, a partir das reflexões aqui feitas, que a saída para a permanência da legitimidade estatal reside em estender a democracia para sua forma deliberativa, tendo como base uma verdadeira e efetiva educação política.

A ORIGEM DA LEGITIMIDADE DO ESTADO

O problema da legitimidade pela legalidade e as dificuldades para compreender a autonomia do indivíduo em Hobbes, Rousseau e Kant

Ao pensar o Estado Pós-Moderno, já não é novidade reconhecer que existe um paradoxo em entender a legitimidade a partir da legalidade¹, ou seja, de onde

¹ O paradoxo aqui é o trazido pela teoria de Carl Schmitt. Para mais, SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. 11 (Coleção Del Rey Internacional).

o Direito retiraria a sua legitimidade a partir dos direitos subjetivos privados. Da mesma forma, há uma grande confusão entre a autonomia privada e a autonomia pública do cidadão.

Todavia, esses problemas não são atuais. A bem da verdade, são decorrentes de algumas lacunas existentes nas teorias contratualistas, que, até então, fundamentam o Estado².

Thomas Hobbes, por exemplo, não esclarece como o homem natural seria esclarecido o suficiente para consentir com o contrato e compreender o conceito de reciprocidade. Hobbes não explica como aquele homem natural se transformou em social a ponto de conseguir avaliar se a coerção empregada para limitar o arbítrio do outro é do interesse e da vontade de todos os participantes do contrato. Há uma contradição com a prova que ele quer fazer para justificar o contrato e o Soberano – a saber, fundamentar a vida em sociedade a partir do interesse autoesclarecido de todos. Ora, fossem autoesclarecidos, por qual motivo legitimar um terceiro com poder de coerção? E mais. Fosse autoesclarecidos, não precisariam de um contrato, uma vez que transpassariam racionalmente do estado natural para o estado da cooperação protegida coercitivamente. Do contrário, entendê-los como despossuídos e descamisados ataca qualquer ranço de legitimidade³.

Essas dificuldades também aparecem na teoria contratualista de Jean-Jacques Rousseau. Nela, não se sabe ao certo o verdadeiro fundamento do contrato social. É idealizado um genuíno contrato burguês, que, na essência, tem natureza privada, o qual, paradoxalmente ao mesmo tempo, é um fim em si mesmo⁴.

Immanuel Kant, por sua vez, ao tentar fundamentar o Estado no seu conceito de Direito, acaba não distinguindo claramente o princípio republicano – aqui entendido como democracia – do princípio do direito e do princípio da moral.

² Nesse sentido, v. SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: UNESP, 2010.

³ Para o pensamento do autor: HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974 (Coleção Os Pensadores, v. XIV); HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Críticas ao pensamento dele: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II; SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁴ Kant assinala que o contrato social não pode ter uma finalidade apenas egocêntrica; ele deve pressupor uma finalidade para além de si. Para o pensamento do autor: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Críticas em MARQUES, João Oscar de Almeida. Forçar-nos a ser livres? O paradoxo da liberdade no contrato social de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*. São Paulo: USP, 2010, v. 16; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

Os princípios da moral e da democracia são postos como interligados entre si e encobertos pelo princípio do direito. Todavia, parece mais acertado entender que o princípio do direito seria apenas o verso da medalha do princípio da democracia⁵.

Esse problema entre a autonomia pública e a autonomia privada nunca foi, então, bem compreendido. Em Hobbes, a legitimidade desaparece com a constituição do Estado, pois, numa óptica absolutista, todos os participantes colocariam seu fim de preservação da vida nas mãos do próprio Soberano, o qual, aliás, não foi escolhido a partir de um processo democrático. Também há uma falta de clareza tanto em Kant quanto em Rousseau, uma vez que Kant se apoia na ideia de legislação pública democrática oriunda de um contrato proposto por Rousseau. No entanto, não é possível compreender a relação de concorrência entre os direitos humanos, fundamentados moralmente, e o princípio da soberania do povo⁶.

Os contratualistas, portanto, parecem não ter esclarecido, ao menos explicitamente, de onde o direito positivo obtém sua legitimidade. Isso porque o positivismo jurídico não preserva o conteúdo moral independente dos direitos subjetivos e não protege integralmente a liberdade individual, limitando-a em prol de uma dominação política que estaria legitimada apenas e tão somente pela legalidade (e não por uma legitimidade na *essência*, outorgada por esses sujeitos futuramente jurisdicionados).

A soberania do povo como fonte para a legitimidade do Estado

A saída para superar esses obstáculos acima expostos parece estar, então, na democracia enquanto meio de participação popular na esfera pública. Ela apresenta-se ser a única que confere o maior valor à vontade de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade, e essa representação da vontade é o que confere, de forma efetiva, legitimidade⁷. Em outras palavras, ela permite que a soberania do povo seja uma realidade.

⁵ Habermas enxerga uma relação intrínseca entre os direitos do homem, aqueles naturais, e a autonomia política do cidadão: esta não seria outra coisa senão a representação social e ordenada daqueles direitos. Eles seriam, portanto, cooriginários. Para o pensamento do autor: KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Críticas em: SOUZA, Hélio José dos Santos. *O problema da motivação moral em Kant*. São Paulo: UNESP, 2009; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

⁷ Para mais, Kant esclarece que as leis públicas somente são legítimas enquanto representam verdadeiro ato da vontade pública de todos os cidadãos autônomos e unidos. No limite, isso levaria à legitimidade do legislador oriundo de um processo democrático. Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1997.

Para tanto, é necessário rememorar a construção antropológica e histórica do ser humano enquanto ser social, carregado de cultura e de estruturas de personalidade que, no tempo, ganharam valores éticos e morais. Essa evolução da própria racionalidade humana é acompanhada, justamente, pela comunicação. Desse modo, o fundamento legítimo do Estado, inclusive Pós-Moderno, parece estar, então, na ação comunicativa e na democracia⁸.

Assim, o Estado não é outra coisa senão o reflexo dos direitos que os cidadãos atribuíram uns aos outros para regularem legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. Isso faz com que a própria sociedade seja a legitimadora da ordem: ao mesmo tempo que a Teoria do Discurso retira a coerção das decisões, a democracia assegura que a vontade do povo prevaleça. A reunião desses dois mecanismos é o fundamento da legitimidade do Estado⁹.

A SOBERANIA DO POVO ENTENDIDA COMO PROCESSO E OS ENTRAVES POSTOS PELA CULTURA DE MASSA E PELA FLUIDEZ DAS DECISÕES

A soberania do povo é tão originária quanto os direitos humanos. Todavia, ao contrário destes, ela é, na verdade, um processo. A soberania não é algo dado, mas sim um desencadear de fatores que, no fim, ao se entrelaçarem, formam-na, no todo.

O ponto de partida para que se entenda esse processo é a Revolução Francesa. A partir dela, o conceito de nação passou a ser compreendido com base nos ideais liberais e socialistas.

Esse marco permitiu a ascensão da burguesia, consagrando as bases de um sistema econômico capitalista; permitiu o surgimento de um aparelho estatal burocratizado para evitar abusos; trouxe a ideia do Estado Nacional, pautado na identidade cultural de pertencimento; e resultou na consolidação do Estado Democrático de Direito. Em que pese todas as demais heranças desse movimento estarem hoje sofrendo deturpações, este último é o único elemento que permite afirmar a atualidade dessa Revolução.

Aliás, na França, os indivíduos tinham a efetiva consciência de que estavam fazendo uma revolução. Esse fato é absolutamente importante, pois ilumina para eles sua autodeterminação e autorrealização política de transformação e

⁸ Democracia vem do grego *demo* (povo) + *kratos* (governo) e, portanto, significa um regime de governo que permite a participação da vontade popular no poder político. Nas democracias, é o povo quem detém o poder soberano sobre o poder legislativo e o executivo. Habermas entende a democracia como a “consideração simétrica do interesse de todos”. Para mais, *vide* HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

participação sociais, o que acaba resultando na legitimidade desse movimento e, por via de consequência, na legitimidade do próprio Estado dele decorrente.

Todavia, essa consciência havida durante a Revolução Francesa hoje não é mais percebida nos cidadãos. A ideia revolucionária de que todos os indivíduos emancipados devem ser os autores dos seus destinos perdeu força pela institucionalização jurídica de que todos são iguais perante a lei, com participação igualitária na formação da vontade política. O ideal de que todo o poder emana do povo não vinga mais hodiernamente, pois a despersonalização e o processo de massificação desse povo acabam não mais formando um sujeito com consciência e vontade. Essa grande massa chamada simplesmente *povo* distancia o próprio indivíduo despersonalizado da sua participação política, pois, enquanto *povo*, não é capaz de agir nem de decidir como um todo. Por esses motivos, a democracia hoje não esbarra mais em obstáculos políticos, mas sim em obstáculos sistêmicos¹⁰.

Além disso, as sociedades modernas não são homogêneas. Isso dificulta operacionalizar a ideia de socialização proposta por Rousseau (na qual o homem natural transfigura-se em cidadão orientado pelo bem comum e depois se transforma no ente coletivo voltado para a prática da legislação). As *virtudes* republicanas postuladas por Rousseau só são realidade para uma comunidade com consenso normativo e mesmo *ethos*.

Esse problema também é encontrado na ideia de autolegislação inicialmente proposta por Rousseau. A modernidade hoje leva a entender que a soberania do povo precisa estar compatibilizada com a vontade da maioria através da discussão e do consenso, visando, nesse processo, formar a opinião e a vontade de todos e dela, então, extrair, ao final, a lei.

Nesse diapasão, a ideia inicial de leis gerais e abstratas não mais subsiste. Atualmente, essas leis devem ser o resultado das deliberações por meio do discurso e da comunicação racional, mantendo-se o conceito de autonomia, pois o homem é não só o autor, mas também o destinatário da norma.

Esse sistema somente é possível desde que o Soberano deixe de ser a incorporação do monopólio legal do poder e passe a ser o *medium* entre a vontade efetiva do povo e a atividade legiferante da esfera pública. Para tanto, seriam necessários canais efetivos de comunicação entre o povo e o aparato estatal.

Esse é o motivo fundamental para que a soberania seja entendida como um processo: por meio dos canais de comunicação que formam constantemente a vontade política, não apenas se mantém a legitimidade do Estado, mas também se garante uma revisão perene da própria estrutura do Estado¹¹.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

Entretanto, exsurge aqui o questionamento: de que modo é possível legitimar a soberania do povo para a formação da vontade política?

Habermas alerta que é preciso abandonar a famigerada ideia de que o povo não tem condições de governar. O povo elege seus representantes com base em suas próprias virtudes. Do contrário, entrariamos em uma contradição entre a soberania do povo e o pressuposto de racionalidade individual, pois um povo irracional também faria escolhas (eleições) de representantes irracionais¹².

Dessa forma, deve-se deixar de considerar que a opinião popular é facilmente manipulável. O indivíduo é um ser racional em sua essência, capaz de se comunicar e de expressar sua vontade. Essa vontade pode, sim, sofrer influências externas, que a manipulam, mas fatalmente o sujeito fará um mínimo juízo¹³ acerca dessa influência. Ao final, sua vontade poderá ou não ser atendida, o que vai depender da deliberação.

Portanto, a lei entendida como um resultado racional deliberativo da vontade do povo se funda no jogo que se estabelece entre a formação política dessa vontade, constituída institucionalmente na esfera pública, e os fluxos de comunicação desse povo com essa esfera¹⁴.

Nessa medida, os procedimentos democráticos, introduzidos no Estado de Direito, produziriam resultados racionais, pois a formação da opinião entre as corporações parlamentares continuaria sensível aos resultados de um consenso informal da opinião resultante das deliberações dos sujeitos que compõem esse Estado.

O PODER DO POVO E OS FILTROS NECESSÁRIOS AO PODER SOCIAL

É sabido que Maquiavel rompeu com o paradigma de que o poder do Soberano era algo mítico e sagrado dado ao homem e passou a considerar que esse poder é um instrumento passível de ser calculado e manejado para os fins que seu detentor almeja¹⁵. Portanto, como instrumento, o poder é plenamente dominável por aquele que o possui.

¹² HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

¹³ Juízo aqui é utilizado no sentido kantiano, enquanto capacidade de julgar. Conforme Kant, o juízo “pode ser considerado, seja como mera faculdade de refletir, segundo um certo princípio, sobre uma representação dada, [...], ou como uma faculdade de determinar um conceito”. KANT, Immanuel. Primeira introdução à crítica do Juízo. In: KANT, Immanuel. *Dois introduções à crítica do Juízo*. São Paulo: Iluminuras, 1995.

¹⁴ Neste ponto, Habermas alerta que soberania popular procedimentalizada para deliberar e tomar decisões não pode operar sem a cobertura de uma cultura política. Sobre cultura política, vide o item *Os atuais entraves à soberania do povo na sociedade contemporânea* deste artigo.

¹⁵ Em *O Príncipe*, Nicolau Maquiavel delineia um verdadeiro manual de como conquistar o poder e se manter nele. Para Maquiavel, o Príncipe deve governar pela força e pela *virtú*, o que

Assim, da mesma forma que o *poder natural* do Soberano levaria a arbitrariedades que não coadunam, em princípio, com o Direito, inviabilizando a formação da vontade coletiva, o poder do povo, de per si, também não escapa a essa regra. Mesmo o poder do povo, grande trunfo do Estado Democrático de Direito, pode, no limite, levar à legitimação de uma situação de violência e dominação, chegando a cancelar Estados totalitários em que as próprias garantias fundamentais restariam relativizadas. Bastaria que a *ralé*¹⁶ encontrasse eco em alguma voz *retórica*¹⁷ de liderança para que esta tivesse pleno apoio popular¹⁸.

Desse modo, para que esse poder seja conduzido para o verdadeiro bem-estar social de todos – e não apenas funcione como instrumento de dominação para alguns – é necessário que existam filtros que retirem ao máximo as ideologias particulares, de modo que a vontade social, posteriormente expressa nas leis, seja, de fato, reflexo da soma do interesse de todos os indivíduos¹⁹.

O poder político deve, então, refletir a autonomia da vontade coletiva. É nisso que se funda o Estado de Direito: ligar o poder político ao Direito, afastando-o do poder social, ou seja, da implantação tática e influenciadora de interesses privilegiados.

Aí, portanto, a importância da Teoria do Discurso. Por ela é possível colocar o necessário *filtro* no poder social, eis que somente pela deliberação é que se alcançam resultados racionalmente motivados e justificados. Nessa esteira, essa teoria se opera tanto pelo seu sentido cognitivo, pautado em argumentos e aceitabilidade racional, quanto pelo seu sentido prático, ao promover entendimentos isentos de violência e coerção.

demonstra que o poder é um instrumento que serve à vontade daquele que o detém. Para mais, MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*: comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

¹⁶ O conceito usado aqui é o postulado por Hannah Arendt, para quem “a *ralé* é fundamentalmente um grupo no qual são representados resíduos de todas as classes. É isso que torna tão fácil confundir a *ralé* com o povo, o qual também compreende todas as camadas sociais. Enquanto o povo, em todas as grandes revoluções, luta por um sistema realmente representativo, a *ralé* brada sempre pelo ‘homem forte’, pelo ‘grande líder’. Porque a *ralé* odeia a sociedade da qual é excluída, e odeia o Parlamento onde não é representada”. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

¹⁷ Retórica deve ser aqui entendida como a lógica dos julgamentos de valor, uma vez que “o campo da argumentação é o do verossímil, do plausível e do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo”. Para mais, PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁸ Sobre as consequências do chamado *erro comum dos nossos tempos*, a saber, não dar o verdadeiro valor ao poder da propaganda para a persuasão do homem e a existência concomitante de um líder para seguir essa voz com esperteza, v. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

¹⁹ Sobre a distinção entre a vontade geral e a vontade de todos com base nos interesses, v. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

Habermas, então, defende que a formação da vontade política racional deve se dar a partir da deliberação e do autoentendimento de cada um dos indivíduos. A vontade coletiva se formaria, assim, por argumentos pragmáticos, filtrados por modais de compromissos sociais e discursos éticos, clarificados por preceitos morais e, por fim, chegando ao controle jurídico da norma que será produzida²⁰.

Essa dinâmica faz com que a Constituição deixe de ser estática, pois, mesmo que o teor da norma permaneça o mesmo, sua interpretação muda a partir desses fluxos deliberativos. Além disso, o Estado Democrático de Direito transforma-se num projeto (no caso brasileiro, basta verificar que os objetivos fundamentais da nossa República Federativa, insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal, revelam as diretrizes desse projeto²¹).

Logo, parece acertado concluir que a lei que prevalece é aquela cujo discurso apresentou o melhor argumento (relembre-se do aspecto pragmático do convencimento, que está isento de coerção). Seria assim, portanto, como se daria a formação da vontade política: pelo nexos entre os direitos humanos e a soberania do povo cujo conteúdo normativo reside em um modo de exercício da autonomia política, o qual é assegurado pelo discurso da opinião e da vontade, e não por leis gerais e abstratas²².

Entretanto, é importante perceber que a eficácia do poder comunicativo não é universal, mas indireta. Isso porque ele limita o Poder Administrativo, ou seja, o poder exercido de fato. Para evitar o assédio, a opinião pública deve seguir o caminho da deliberação responsável e democraticamente organizada (do

²⁰ Para entender esse raciocínio é necessário compreender a premissa que o fundamenta: a socialização é um processo horizontal e não vertical, e, por isso, a coerção não é legítima. A saída para esse problema é entender que o processo de socialização se deu a partir do convencimento (Teoria do Discurso), tendo em vista ser inegável que o homem é um ser comunicativo. Depois dessa primeira socialização horizontal, o *homem social* passou a se organizar em instituições verticalmente estruturadas (Estado). Para mais, HABERMAS, Jürgen. *A soberania do povo como processo*. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

²¹ “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.”

²² Neste ponto, recorremos novamente a Habermas, que faz um alerta para o desacerto de que o Direito surgiria apenas de leis gerais e abstratas. Para ele – e nos parece com razão –, o direito humano da igualdade, que legitima todo o Direito, não pode surgir nessa lei geral e abstrata, pois ela nada diz sobre sua validade e, além disso, ela não verifica se todos estão efetivamente de acordo com ela. Para mais, HABERMAS, Jürgen. *A soberania do povo como processo*. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

contrário, como já esclarecido, legitimar-se-ia, no limite, pelo discurso convincente, por regimes totalitários ou pela prática de tortura para obtenção de prova). É justamente a efetiva democracia, com a participação racional de todos de forma ativa e difusora, que funcionará, no mais das vezes, como um sistema próprio de freios e contrapesos da mera opinião pública.

Nesse contexto, a cultura política ganha novamente o importante papel de romper com a cultura de massa, inteiramente igualitária e ao mesmo tempo vazia, que não permite a reflexão e opera sempre em favor da não emancipação a partir de um discurso demagógico e não democrático²³.

De todo modo, somente o discurso da linguagem, que aproxima razão e vontade para o bem comum, é o que legitimaria o *pacto social*. Pela Teoria do Discurso, é, inclusive, possível justificar a autolegislação através do tempo e legitimá-la num contexto já afastado do famigerado estado de natureza do homem. Disso se extrai a relação intrínseca e direta entre os direitos humanos e a soberania do povo: os direitos humanos representam a condição de possibilidade da soberania do povo, sendo indispensáveis para a prática da vontade política discursiva²⁴.

Esse raciocínio conduz à conclusão de que o Direito é mero instrumento para o exercício da vontade política e não a fonte legitimadora dessa vontade. Mas não é só. Enquanto mero instrumento, o Direito rompe com o postulado de Carl Schmitt²⁵ de justificar a legitimidade a partir da legalidade. A legalidade passa, então – e com razão –, a ser encarada como muito posterior à legitimidade. A legitimidade advém do discurso racional e da vontade oriunda do estado natural. Já a legalidade é o resultado do sistema positivo posto, depois do processo civilizatório, no momento da autolegislação.

Dessa forma, entender a legitimidade a partir da legalidade somente deixa de ser paradoxal se for dado um passo atrás e for compreendido que a autonomia e a participação política do indivíduo se pressupõem mutuamente. Assim, sendo o homem, ao mesmo tempo, autor e destinatário da norma que reflete a sua vontade, torna a lei legítima, pois legal. Enquanto permanecer o entendimento de que o sistema jurídico legitima a si mesmo, permanecerá esse paradoxo.

²³ Para Aristóteles, as formas de governo, quando exercidas de forma a privilegiar conveniências particulares, sofrem um processo de degeneração. Assim, a monarquia degenera em tirania, a aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia. Para mais, ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Edipro, 2008.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (Coleção Del Rey Internacional, v. 11).

Portanto, a lei deve ser observada como a regra resultante de um processo caracterizado pela discussão e publicidade²⁶.

Eis o motivo fundamental para que o Estado Democrático de Direito seja o único modelo genuinamente legítimo. Pela Teoria do Discurso, os direitos políticos, os direitos subjetivos privados, a soberania do povo e a autonomia pública e privada são todos tidos como cooriginários se pressupondo mutuamente.

OS ATUAIS ENTRAVES À SOBERANIA DO POVO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A democracia representativa nos atuais tempos: o esvaziamento da soberania do povo em face da globalização econômica

No Estado Democrático de Direito – único que se tem mostrado como legítimo para a sociedade para a qual governa –, os regimes democráticos das complexas sociedades pós-modernas têm se expressado eminentemente por meio do voto²⁷.

O direito ao voto caracteriza o sufrágio. Assim, ao logo da história, fruto da consolidação desse modelo de Estado, o sufrágio passou por um processo de alargamento, abrangendo cada vez mais pessoas que passaram a ser concebidas como cidadãos²⁸.

²⁶ Habermas vai então dizer que esse paradoxo inicialmente posto por Carl Schmitt é apenas aparente se mudarmos a perspectiva. HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

²⁷ Não é novidade que o agigantamento demográfico impossibilitou a continuidade do modelo grego de democracia direta. Além disso, a ascensão da burguesia ao poder e sua ânsia pela desestruturação da sociedade estamental feudal, a consolidação do Estado de Direito depois da chamada Era das Revoluções (Industrial Inglesa, Francesa e Americana) foram fatores que fizeram surgir a ideia de representatividade política. Para mais, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸ “Durante muito tempo a ideia de cidadania esteve ligada aos privilégios, pois os direitos dos cidadãos eram restritos a determinadas classes e grupos de pessoas. Ao longo da história, o conceito de cidadania foi se aprimorando e na Idade Moderna uniu os direitos universais com o conceito de nação, introduzindo os princípios de liberdade e igualdade perante a lei e contra os privilégios. Mas ainda era uma cidadania restrita às elites, porque dependia dos direitos políticos, vetados para a maioria. [...] Atualmente o conceito de cidadania foi ampliado, constitui um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e pode ser traduzido por um conjunto de liberdades e obrigações políticas, sociais e econômicas. Ser cidadão hoje implica em exercer seu direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, à cobrança de ética por parte dos governantes.” Para mais, D’URSO, Luiz Flávio. *A construção da cidadania*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente>. Acesso em: 14 de dezembro de 2017.

Nesse contexto, a vontade da maioria desses cidadãos nas sociedades atuais, que acaba se transformando na vontade do povo, não tem mais sofrido dúvidas quanto a sua legitimidade, ao menos quanto a seus aspectos formais²⁹.

O que é preciso perceber é a mudança de paradigma: enquanto na antiguidade a participação no processo democrático era limitada a alguns membros da sociedade, na democracia representativa o sufrágio universal conseguiu *quantitativamente* garantir a participação da grande maioria das pessoas que compõem o povo³⁰. Todavia, essa mesma sociedade pós-moderna limitou *qualitativamente* os mecanismos de atuação e de participação dos atores desse jogo democrático.

Isso porque a democracia representativa torna estrutural e permanente uma separação entre dirigentes e dirigidos. No entanto, a participação política não deve ser reduzida ao mero momento do voto, sob pena de se fazer dessa separação uma verdadeira delegação da autonomia política do indivíduo. Nesse sentido, o modelo da *Lista Partecipata* italiana ilustra bem esse alerta³¹.

O que se percebe, portanto, é que assistimos ao aparecimento de uma nova categoria política e de novas formas de exercício do poder. O poder é cada vez mais exercido por uma oligarquia planetária sem rosto visível, legitimada por uma modalidade de delegação que não é fundamentada na livre escolha racional e consciente dos cidadãos, mas num saber técnico inacessível a estes³².

Tal enredo combina com a história da democracia nos últimos séculos. Ora a democracia tem como seu sustentáculo o mercado autorregulado, ora o mercado regulamentado pelo Estado; ora o Estado é a garantia dos direitos individuais e coletivos contra o arbítrio e a força, ora deixa de ser o guardião da liberdade para ser o Estado-tutor, que obstaculiza o desenvolvimento da cidadania como autodeterminação; ou, ainda, numa situação ainda mais extrema, ora se transforma em um Estado autoritário, que *suspende* a democracia em prol de um intocável bem comum.

²⁹ Habermas já bem esclareceu que a vontade da maioria é legítima porque a) ela é uma decisão reversível; toda decisão é, em si, falível; b) devem ser respeitados os direitos fundamentais da minoria; e c) a formação da vontade política não se limita ao Parlamento, mas se estende para as deliberações nos espaços comuns da sociedade. Para mais, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

³⁰ Povo aqui é entendido como elemento essencial do Estado. Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³¹ “Il controllo del governo nelle mani dei cittadini (e non solo al momento delle elezioni)” – “O controle do governo nas mãos do Povo (e não somente no dia das eleições)” (tradução livre). Para mais, disponível em: <<http://www.listapartecipata.it/>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

³² Nesse sentido e para mais, v. COUTINHO, George. *Modelos de democracia na era das transições*. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005.

Numa sociedade em que foi o modelo capitalista de mercado que resistiu e fez com que os Estados se delineassem sob a égide do pensamento liberal, a luta contra a ameaça de um Estado que, sucumbente aos interesses econômicos, não assegura a liberdade individual de forma plena esbarra também na relativização da própria cidadania, a qual agora se vê reduzida ao maior ou menor potencial de barganha pelo e para o indivíduo-consumidor³³.

É o que esclarece Flávia Piovesan, ao ressaltar que

[...] a força dos conglomerados transnacionais, o surgimento de esferas de decisão política e econômica em torno das diversas pessoas jurídicas de direito internacional público, grupos de Estados ligados por interesses comuns e consórcios regionais, além da hegemonia do pensamento econômico liberal, vêm esvaziando as democracias e consequentemente retirando o poder de seus cidadãos³⁴.

Como bem assevera Habermas, “hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais”³⁵. Isso quer dizer que a soberania do Estado é ameaçada no cenário globalizado atual. Nesse cenário, há um novo sistema de poder, provocado pelo fenômeno da globalização com a maximização do acúmulo de capital e um desenvolvimento intensivo das forças produtivas na escala global³⁶.

Dessa maneira, os Estados não mais conseguem configurar, positivamente, os padrões de cidadania apropriados aos princípios norteadores do paradigma constitucional e democrático, já que estão cada dia mais vinculados a lógicas externas, marcadas por um pensamento pragmático e individualista totalmente sujeito aos interesses econômicos, o que não só afeta a capacidade desse Estado

³³ É importante perceber o nexo direto e imediato dos reflexos da globalização na questão democrática. A globalização foi, e ainda é, econômica – não cultural ou social. Da mesma forma, o indivíduo deixa de ser encarado como um ser político para servir apenas como produtor e consumidor do capital.

³⁴ PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

³⁶ Nesse sentido esclarece José Eduardo Faria que “uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático, o que é revelado pelo modo como se posiciona no confronto entre os distintos setores econômicos [...] Utilizando os meios de persuasão, barganha, confronto e veto de que dispõem e situados em posições-chave no sistema produtivo, tendo por isso mesmo, poder substantivo de influência na formulação, implementação e execução de políticas públicas, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional e em condições de atuar na ‘economia-mundo’ pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de ‘competitividade sistêmica’”. FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

de gerir sua própria economia de forma efetiva e independente como também dificulta a gestão do seu sistema político e jurídico³⁷.

Os reflexos dessa mudança de paradigma, em que há uma evidente subordinação ao interesse do capital, são, ainda, extremamente mais perversos para os Estados menos desenvolvidos: o aparato jurídico dessas nações não consegue mais responder aos desafios impostos pela extrema complexidade das relações socioinstitucionais no pós-globalização econômica. O discurso político se esvazia, dando azo somente a questões de ordem econômica³⁸.

O grande problema disso é que o mero desenvolvimento econômico, que acaba colocando a democracia como subserviente às regras desse mercado global, não compreende, de per si, a garantia de direitos, nem civis e políticos, nem econômicos e sociais³⁹.

Ao fato de não ser o crescimento econômico requisito único e suficiente para a conquista e efetivação de direitos acrescenta-se que, em um país que se inseriu tardiamente no capitalismo industrial, que está na periferia da economia mundial e é dependente de recursos externos, essa *Era Global* é ainda mais trágica, pois, além de provocar um agravamento do alarmante desequilíbrio social encontrado nas suas estruturas sociais, reduz sensivelmente o campo de participação efetiva do cidadão. Dessa forma, o discurso em defesa da democracia representativa liberal é um componente importante da globalização neoliberal e um dos seus mais imponentes escudos de resistência à contra-hegemonia.

Nesse contexto, os principais elementos da concepção hegemônica de democracia são

[...] a contradição entre mobilização e institucionalização; a valorização da apatia política; a concentração do debate democrático no período meramente eleitoral; a abordagem do pluralismo simplesmente como a diferenciação partidária ou da disputa de projetos em uma eleição; e a restrição do entendimento de participação política⁴⁰.

Todos elementos que, como visto, apenas retiram do indivíduo a possibilidade de decidir racionalmente sobre os rumos políticos da sociedade à qual pertence.

³⁷ SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países*. São Paulo: EDUSP, 1979.

³⁸ SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países*. São Paulo: EDUSP, 1979.

³⁹ PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁴⁰ SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países*. São Paulo: EDUSP, 1979.

A tese de que o único meio viável de viver a democracia na atualidade é no período eleitoral por meio do voto, com a supressão da ação coletiva em conformidade com uma apatia generalizada, é a tradução atual e neoliberal de uma tese muito bem expressada por Benjamin Constant.

Segundo Constant, enquanto para os gregos a liberdade estava em se ver livre das atividades domésticas e privadas para participar plenamente da vida pública e política, para os modernos, “quanto mais o exercício de nossos direitos políticos nos deixar tempo para nossos interesses privados, mais a liberdade nos será preciosa”⁴¹. Daí viria a necessidade do sistema representativo, “uma organização com a ajuda da qual uma nação confia a alguns indivíduos o que ela não pode ou não quer fazer”⁴².

Por esse motivo é que se torna mister repensar em que medida hoje o Estado permanece legítimo. Reduzir a soberania do povo ao mero voto no momento eleitoral não revigora o debate político e afasta do centro das decisões a efetiva vontade do indivíduo que compõe esse Estado.

A sobreposição dessa categoria de interesses econômicos tem reduzido o espaço de comunicação dos cidadãos, pois tem desvalorizado os microespaços de debates e discussões. Todavia, só haverá cidadania plena quando as pessoas puderem, consciente e livremente, participar das decisões que afetarão seus próprios destinos, o que exige a criação de *canais de informação* para a prática de deliberações políticas *locais*, pois a valorização desses espaços é um pressuposto para uma cidadania plena e *global*.

É preciso estender a cidadania para *além* do voto e entender a democracia como um projeto que sempre necessita ser revisitado. É isso o que garante a legitimidade do Estado. Do contrário, como esperar que uma pessoa que nem localmente possui gerência política e poder de decisão possa ser inserida de maneira democrática, igualitária e não excludente em um cenário internacionalizado?

O grande perigo de uma democracia representativa subserviente aos interesses econômicos é esta transmutar-se em uma terceirização de responsabilidade que esvazia o poder de decisão política do indivíduo, retirando-lhe a sua autonomia, que é um direito subjetivo originário⁴³.

⁴¹ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, 1819, apud RABELO, Ana Maria Prestes. *A participação política em tempos de globalização: o Fórum Social Mundial inaugura o movimento social global*. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

⁴² CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, 1819, apud RABELO, Ana Maria Prestes. *A participação política em tempos de globalização: o Fórum Social Mundial inaugura o movimento social global*. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

Mas, infelizmente, o problema não para por aqui. Esse esvaziamento coloca em crise muito além do modelo de Estado Social e Democrático de Direito. Ele coloca em xeque a própria concepção moderna de Estado, pois, de um lado, o Estado Social não consegue arrecadação suficiente para efetivar os direitos fundamentais assegurados a todos e, de outro, no âmbito do Estado Democrático, sequer há preocupação com isso. No final, poucas são as pessoas com acesso efetivo a direitos básicos e as demais sobrevivem como cidadãos de *segunda ou terceira categoria*⁴⁴.

Uma saída possível: a educação política e a criação de espaços comunicativos de deliberação

Do quanto exposto até aqui, o que se percebe é que a democracia representativa comum apresenta dois problemas: legitimar materialmente a decisão da maioria, eis que na sociedade moderna ela nunca representa a vontade efetiva de todos; e garantir o interesse e a liberdade individual, sem que esta reste sufocada pelo manto abstrato de um ideal de bem comum.

Nesse cenário, uma saída possível e faticamente viável é a criação de uma rede de canais de comunicação entre todos os grupos sociais, que, mediante deliberação, cheguem, ao final, a um consenso. Esse consenso seria levado aos canais públicos oficiais (Congresso, Tribunais e partidos políticos), onde ocorreria, então, uma nova deliberação na esfera pública.

Essa proposta parte de duas premissas. A primeira é considerar o indivíduo civilizado um ser racional no seu sentido kantiano⁴⁵. A segunda consiste em ter em mente que a dinâmica das sociedades modernas exige que, para ser possível a participação de todos, se parta de pequenos núcleos de deliberação local para, posteriormente, os debates se estenderem em escala geral, permitindo, assim, que, ao final, seja produzida a lei como resultado direto da vontade dessa sociedade.

Essa proposta foi intitulada por Habermas como *democracia deliberativa*⁴⁶. Ela surge para além do modelo liberal de democracia (em que são prestigiados os interesses particulares e as liberdades individuais) e do modelo republicano

⁴⁴ IORIO, Ubiratan. A falência do *Welfare State*. *Direito administrativo em debate*, jun. 2010.

⁴⁵ Em apertada síntese, Kant defende ser possível uma racionalidade prática autônoma, isto é, um agir racional não instrumentalizado, o qual seria expresso pela experiência moral. Para ele, “em uma lei prática, a razão determina imediatamente a vontade, não mediante um sentimento de prazer e desprazer”. KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Lisboa: Editora 70, 1997, p. 35-36, apud CALORI, François. Racionalidade prática e sensibilidade em Kant. *CADERNOS DE FILOSOFIA ALEMÃ*, n. 20, p. 13-54.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

de democracia (com destaque para a vontade geral e a soberania popular), porque esses dois sistemas apresentam falhas. Enquanto no ideal liberal não é preciso justificar racionalmente a decisão, eis que basta que ela seja eficiente e satisfaça os interesses privilegiados dos grupos majoritários, sendo o voto a excelência de todo o sistema, no modelo republicano, por serem principalmente eleitos valores éticos, a deliberação racional resta inviabilizada, eis que subsistem, sem solução, as diferenças culturais⁴⁷.

A política deliberativa surge, então, como institucionalização das condições de comunicação e dos procedimentos comunicativos capazes de, simultaneamente, formar e legitimar a opinião e a vontade política dos cidadãos, legitimando as regras do jogo democrático⁴⁸.

Habermas delinea a democracia deliberativa a partir de um sistema de *centro e periferias*. Nesse sistema, o centro é composto pelo Poder Administrativo (Executivo, Judiciário, Legislativo, Partidos políticos etc.) e em torno dele estão as periferias, onde se espalham os diversos grupos sociais que compõem a sociedade (associações, clubes, sindicatos, igrejas, intelectuais etc.)⁴⁹.

Assim, os grupos da periferia estariam ligados por uma malha comunicativa em que, após as deliberações locais, prevalecerá sempre o melhor argumento. Essa periferia, por sua vez, estaria ligada ao centro por canais de comunicação racionais institucionalizados, visando alimentar o legislador com o resultado dessas deliberações, de modo que ele expresse a efetiva vontade do povo na lei.

⁴⁷ Como boa parte das propostas alemãs, essa ideia de Habermas visa desobstruir o acesso à esfera pública institucionalizada e resolver um problema concreto: a sociedade moderna complexa e superpovoada distanciou o indivíduo do poder político, que é um direito subjetivo originário.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II. É importante que se mantenha em mente que essa proposta tem fundamento, justamente, na Teoria da Ação Comunicativa, que, como já alinhavado, não está diretamente compromissada com os valores éticos, mas sim com a argumentação racional, desde que moralmente adequada. Mais uma vez, a moral aqui também é trazida como um instituto kantiano, enquanto imperativo categórico. Para mais, KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret: 2004.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II. Habermas ainda esclarece as bases desse modelo: a) a deliberação de forma argumentativa, pautada no convencimento; b) deliberações inclusivas e públicas; c) deliberações livres de qualquer coerção externa (os participantes são soberanos nas suas vontades); d) deliberações livres de qualquer coerção interna (todos devem poder participar e expor sua opinião e vontade); e) deliberações que objetivem atingir um consenso racional; f) deliberações que atinjam todos os assuntos da vida pública, pautadas na igualdade de interesse de todos; e g) deliberações políticas que se estendam para atender a necessidades atuais, indo além das tradições e formas de vida comuns.

Essa proposta parece mesmo ser capaz de conferir a efetiva – e necessária – legitimidade ao Estado, porque resgata a soberania do povo, retoma a esfera pública por meio da vontade do cidadão e impõe travas às estruturas de poder. Mas não é só. Ela também permite a circulação do poder político, oxigenando-o⁵⁰.

Dessa forma, para que uma vontade ganhe forma de poder político, é necessário que ela percorra todos os filtros periféricos pela persuasão e consiga, pela racionalidade, chegar ao nível central de decisão. Uma vez no centro, é necessário que essa vontade seja capaz de convencer os membros autorizados do Estado, determinando mudanças nos seus comportamentos de modo a formar a vontade política⁵¹.

Por outro lado, simplesmente implementar a democracia deliberativa parece não ser suficiente numa sociedade já bastante abatida pelo afastamento do cidadão ao exercício do poder político. Não se espera efetividade de qualquer novo sistema sem que exista, prévia e simultaneamente, uma mudança de mentalidade, a qual deve, necessariamente, partir do Estado, mas não só dele.

É preciso reavivar em cada indivíduo sua *consciência política*, de modo a reativar sua soberania de forma plena dentro do Estado do qual participa. O conceito de cidadania precisa ser revisitado e reajustado à realidade atual.

Em seu surgimento, cidadania confundia-se com nacionalidade e significava tão somente a participação em determinada cidade ligada ao nascimento em seu território. Com os avanços do processo civilizatório, esse conceito evoluiu para açambarcar a participação política, sendo cidadãos aqueles detentores de direitos civis e políticos legalmente garantidos. É a cidadania que garante a capacidade de autodeterminação política do indivíduo.

Todavia, como a efetividade dos direitos assegurados por um país aos seus cidadãos ainda é restrita, o próximo passo nessa evolução do conceito de cidadania parece residir na emancipação⁵² política. Essa emancipação é alcançada

⁵⁰ É importante, aqui, perceber que esse modelo de circulação do poder político também é o que vai caracterizar o modelo republicano de governo, com periodicidade do exercício do poder político institucionalizado.

⁵¹ Essa proposta, inclusive, neutraliza a violência e a dominação do poder, no sentido demonstrado por Hannah Arendt. Resgatando a tradição greco-romana, o conceito de poder está no assentimento, pois tanto o conceito ateniense de isonomia como o conceito de *civitas* na Roma Antiga lidam com uma ideia de poder cuja base não se relaciona à obediência e não o identifica com dominação. Além disso, a legitimidade do poder, enquanto fenômeno da ação humana e acontecimento da ação coletiva, estaria relacionada ao momento da sua fundação. Assim, esse “poder emerge onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto, mas sua legitimidade deriva mais do estar junto inicial do que de qualquer ação que então possa seguir-se”; “é o apoio do povo que confere poder às instituições de um país, e este apoio não é mais do que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência”. Para mais, ARENDT, Hannah. *Poder e violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

⁵² O conceito de emancipação é o trazido por Theodor Adorno em ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

por meio da educação política, como verdadeira luta contra qualquer tipo de abuso ou violência⁵³, inclusive, aquele que esvazie a capacidade do indivíduo de refletir e decidir racionalmente sobre os rumos políticos da sociedade à qual pertence.

A educação política, enquanto emancipadora, apresenta-se, então, como meio capaz de devolver a consciência racional ao sujeito, eis que, ao provocar uma reflexão-crítica, garante a permanente autonomia do indivíduo. Todavia, essa educação não deve ser privilégio das Universidades. Ela deve ter início na primeira infância, onde também ocorre a chamada socialização primária do indivíduo⁵⁴.

É na educação básica que os primeiros conceitos políticos precisam ser, aos poucos, transmitidos, dando a cada um a consciência de que são seres sociais e que desta sociedade precisam participar ativamente. Depois dessa educação durante a primeira infância, é necessário outro foco, voltado ao processo de esclarecimento da população, um processo abrangente e geral que sirva como obstáculo contra a alienação⁵⁵.

Daí a importância de uma educação emancipadora. Há uma ligação indissolúvel entre emancipação e barbárie: promover a emancipação significa combater a barbárie, isto é, são duas faces da mesma moeda. Assim, a educação também deve servir como processo para o efetivo de esclarecimento.

Nesse sentido, explica Adorno o seu conceito de educação como processo de emancipação e seu reflexo político:

A seguir, e assumindo o risco, gostaria de apresentar minha concepção inicial de educação. Evidentemente não a assim chamada modelagem de pessoas, porque não temos o direito de modelar as pessoas a partir

⁵³ Ou, para usarmos as palavras de Adorno, a luta contra a *barbárie*.

⁵⁴ Nesse sentido, “é preciso reconhecer os mecanismos que tornam as pessoas capazes de cometer tais atos, é preciso revelar tais mecanismos a eles próprios, procurando impedir que se tornem novamente capazes de tais atos, na medida em que se desperta uma consciência geral acerca destes mecanismos. Os culpados são unicamente os que, desprovidos de consciência, voltaram contra aqueles o seu ódio e sua fúria agressiva. É necessário contrapor-se a uma tal ausência de consciência, é preciso evitar que as pessoas golpeiem para os lados sem refletir a respeito de si próprias. A educação tem sentido unicamente como educação dirigida a uma autorreflexão crítica. Contudo, na medida em que, conforme os ensinamentos da psicologia profunda, todo caráter, inclusive daqueles que mais tarde praticam crimes, forma-se na primeira infância, a educação que tem por objetivo evitar a repetição precisa se concentrar na primeira infância”. ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

⁵⁵ Adorno também evidencia que a falta de uma educação emancipadora conduz à identificação cega com o coletivo, permitindo a manipulação dessa massa, eis que essa ausência geraria uma *consciência coisificada*. Para mais, ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

do seu exterior; mas também não a mera transmissão de conhecimentos, cuja característica de coisa morta já foi mais do que destacada, mas a produção de uma consciência verdadeira. Isto seria inclusive da maior importância política; sua *eiaideia* [de H. Becker – NV], se é permitido dizer assim, é uma exigência política. Isto é: *uma democracia com o dever de não apenas funcionar; mas operar conforme seu conceito, demanda pessoas emancipadas. Uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado*⁵⁶.

Por isso, a emancipação, enquanto garantidora da autonomia⁵⁷, aqui entendida como a “exigência de que os homens tenham que se libertar de sua autoinculpável minoridade”⁵⁸, está ligada à conscientização e racionalidade, que contém, no entanto, um momento de adaptação à realidade, momento este que a educação não deve evitar o reconhecimento, pois isso a tornaria impotente e ideológica.

Como o homem supera a sua minoridade através da experiência e reflexão, não basta a mera introjeção de valores. Enquanto a experiência remete ao empirismo, ao contato com o objeto, a reflexão remete ao processo formativo, por meio do acúmulo dessas experiências⁵⁹.

A emancipação, então, não se refere apenas ao indivíduo como entidade isolada, mas fundamentalmente como um ser social. Ela é pressuposto da democracia⁶⁰ e se funda na formação da vontade particular de cada um, tal como ocorre nas instituições representativas. Todavia, a delegação parlamentar da vontade popular torna essa democracia muitas vezes uma questão difícil nos modernos Estados de sociedade de massa. Por esse motivo a necessidade da confluência da democracia deliberativa. É preciso que ambas caminhem juntas.

CONCLUSÃO

A ordem econômica vigente, somada ao modelo liberal de Estado, que tem prevalecido, obrigam a maioria das pessoas a dependerem de circunstâncias sobre as quais, ao mesmo tempo, não têm controle algum e que são impotentes para transformar. Por outro lado, o Estado providência, tão desejado em tempos passados, não encontra mais viabilidade por uma questão prática que, até o

⁵⁶ ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

⁵⁷ Adorno compreende a visão kantiana, segundo a qual a emancipação se refere ao “homem autônomo, emancipado”.

⁵⁸ ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

⁵⁹ MAAR, W. L. À guisa de introdução: Adorno e a experiência formativa. In: ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995. Apud VIANA, Nildo. Adorno: educação e emancipação. *Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação*, n. 4, UnB, 2005.

⁶⁰ “Na linguagem da filosofia poderíamos dizer que na estranheza do povo em relação à democracia se reflete a alienação da sociedade em relação a si mesma.” ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

momento, tem sido insuperável: a falta de orçamento suficiente que permita suprir toda a demanda social e efetivar, por completo, todos os direitos dos jurisdicionados.

Paralelamente a isso, há um esvaziamento do poder de decisão política dos cidadãos, que fica subserviente aos interesses do capital e restrito aos períodos eleitorais. É como se o povo abrisse mão da sua autonomia, o que reflete imediata e negativamente no ideal democrático.

Esse afastamento do indivíduo da vida política é o que tem tornado questionável a atual legitimidade do Estado. Ora, não parece ser possível existir um Estado Social e Democrático de Direito em que os direitos sociais são muito pouco efetivados e a participação política é quase inexistente. Ou há um novo modelo de Estado – e aqui remanesce a assombração de qualquer avanço totalitário – ou o modelo vigente não tem sido observado ao se investigar a realidade.

É justamente em razão de essa realidade não cumprir a promessa de assegurar a permanente autonomia que tem tornado as pessoas indiferentes à democracia.

Ocorre que a política é necessária para a vida humana em sociedade, pois possibilita ao indivíduo buscar seus objetivos em paz e tranquilidade e, dessa forma, garante um mínimo de felicidade⁶¹. O que se percebe, portanto, é que a atual forma de organização política é inadequada para a realidade social e econômica. O mero voto, por si só, não é suficiente.

Por outro lado, o futuro e a efetividade da democracia deliberativa dependem de dois aspectos: um teórico e um prático. Teoricamente, é preciso ter em mente que a democracia deliberativa é sensível a mudanças, eis que as deliberações serão sempre provisórias (isto é o que, inclusive, legitima a decisão da maioria). Na prática, é necessário criar efetivos espaços de deliberação, e estender as deliberações a instituições às quais ela nunca chegou (por exemplo, estabelecer debates internacionais para problemas de escala mundial como a pobreza, a fome, a Aids, o terrorismo, o desenvolvimento econômico e social etc.).

Da mesma forma, a democracia sempre vai pressupor a aptidão de cada um para servir ao seu próprio entendimento, sob pena de um resultado decisivo irracional. Para garantir esse esclarecimento do indivíduo, a emancipação deve ser diuturnamente promovida pela educação, enquanto oriunda de um processo dialético. Não sem outra razão afirma Adorno que “uma democracia não deve apenas funcionar, mas sobretudo trabalhar o seu conceito, e para isso exige pessoas emancipadas. Só é possível imaginar a verdadeira democracia como uma sociedade de emancipados”⁶².

⁶¹ ARENDT, Hannah. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

⁶² ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

A democracia precisa ser, finalmente, *levada a sério*. E isso parece ser viável mediante uma educação política emancipadora que permita a deliberação. É necessário que os canais de comunicação locais expressem efetivos consensos racionais, de modo que a soberania do povo possa ser (re)observada no Estado.

A chave da transformação decisiva reside na educação. É somente a emancipação das pessoas das fronteiras e dos limites que os interesses econômicos globalizados lhes impõem que torna possível uma verdadeira democracia. Do contrário, a legitimidade do Estado sempre estará em xeque.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- ARENDT, Hannah. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Edipro, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo. Malheiros, 1999.
- CALORI, François. Racionalidade prática e sensibilidade em Kant. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 20, p. 13-54.
- CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria geral do estado e ciência política*. São Paulo: RT, 2008.
- COUTINHO, George. *Modelos de democracia na era das transições*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- D'URSO, Luiz Flávio. *A construção da cidadania*. Disponível em: <www.oabsp.org.br/palavra_presidente>. Acesso em: 14 de dezembro de 2017.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria política do direito: a expansão política do Direito*. São Paulo: RT, 2013.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- IORIO, Ubiratan. A falência do *Welfare State*. *Direito Administrativo em Debate*, jun. 2010.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974, v. XIV (Coleção Os Pensadores).

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARQUES, João Oscar de Almeida. Forçar-nos a ser livres? O paradoxo da liberdade no contrato social de Jean-Jacques Rousseau. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, v. 16, São Paulo: USP, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RABELO, Ana Maria Prestes. *A participação política em tempos de globalização: o Fórum Social Mundial inaugura o movimento social global*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SANTOS, Milton. *O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países*. São Paulo: EDUSP, 1979.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. 11 (*Coleção Del Rey Internacional*).

SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Unesp, 2010.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA, Hélio José dos Santos. *O problema da motivação moral em Kant*. São Paulo: UNESP, 2009.

VIANA, Nildo. Adorno: educação e emancipação. *Revista Sul-Americana de Filosofia e Educação*, n. 4, UnB, 2005.

Data de recebimento: 26/01/2018

Data de aprovação: 20/03/2018

O CASO DAS DINAMARQUESAS: LUZES SOBRE O REFÚGIO PARA MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO BRASIL

THE DANISH CASE: LIGHTS ON THE REFUGE FOR WOMEN IN THE SITUATION OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE IN BRAZIL

*Luanna Tomaz de Souza**

*Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith***

RESUMO

Analisamos o refúgio para mulheres em situação de violência a partir das notícias veiculadas no Brasil acerca dos pedidos feitos por dinamarquesas ao país. Estudamos o instituto do refúgio, considerando a normativa e a bibliografia especializada. Destacamos a dimensão de gênero no refúgio, atualmente discutida em face da ampliação do número de mulheres que pedem proteção em diversos países. Utilizamos a pesquisa bibliográfica, normativa e o estudo de caso para realização da pesquisa. Concluímos que a violência doméstica e familiar cometida contra a mulher é uma grave violação aos direitos humanos e deve justificar a concessão do refúgio pelo Brasil quando se verificar que ela tem ocorrido de forma generalizada, independentemente da condição econômica do país de origem.

Palavras-chave: Refúgio; Violência doméstica e familiar; Direitos Humanos das Mulheres.

ABSTRACT

In the present work, we analyzed the refuge for women in situation of violence in the country from the requests made by Danish women who are in Brazil and that were reported in the national press. We carried out a study

* Doutora em Direito (Universidade de Coimbra). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Pará. Email: luannatomaz@gmail.com.

** Doutora em Direito (Universidade Federal do Pará). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Pará. Email: andrezapantoja@gmail.com.

of the refuge institute, considering the national and international regulations and the specialized national bibliography. We have also analyzed the gender dimension in the refuge, which has begun to be discussed in the world with a view to increasing the number of women seeking protection in various countries. To do so, we used bibliographical and normative research, as well as the case study to carry out the research. In the end, we conclude that domestic and family violence committed against women is a serious violation of human rights and should be considered as such by Brazil, being possible the refuge when it is verified that it has occurred in a generalized way regardless of the economic condition of the country of origin.

Keywords: Refuge; Domestic and family violence; Human Rights of Women.

INTRODUÇÃO

No trabalho, analisamos a possibilidade jurídica de refúgio para mulheres em situação de violência doméstica e familiar no Brasil. O refúgio é um instituto antigo concedido como forma de proteção às pessoas que sofreram violações aos direitos humanos em seus países de origem. Historicamente, tem sido concedido prioritariamente em casos de guerras e violações de direitos civis e políticos perpetrados em países subdesenvolvidos.

Para tanto, utilizamos a definição de refúgio adotada pela Organização das Nações Unidas a partir do Protocolo de revisão (1967) à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), a qual considera refugiada a pessoa que se encontra sob o temor de sofrer perseguição em razão da

(...) raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (Art. 1, 2)

Partimos do método dedutivo para analisar de que forma no Brasil tem sido aplicada a legislação internacional. Para tanto, realizamos pesquisa bibliográfica, documental e das normativas internacionais e locais sobre o tema, além de estudo do caso relacionado aos pedidos de refúgio de duas mulheres dinamarquesas que estiveram no Pará e que o solicitaram por relatarem ter sofrido, junto com seus filhos, violência doméstica em seu país de origem. Para análise dos pedidos de refúgio, consideramos as reportagens sobre os casos em virtude do sigilo que resguarda os processos de refúgio.

A escolha desses casos decorre da grande repercussão que obtiveram a partir da divulgação na mídia nacional e pelo ineditismo da questão, tendo em

vista o Brasil ainda não ter concedido refúgio nessas circunstâncias. Em que pese serem dois casos particulares, podem representar um problema que é mundial. Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em 49 países faltam leis de proteção para as mulheres em situação de violência doméstica, e em 37 países estupradores estão livres de processo se forem casados com a vítima ou se se casarem com ela depois da prática do crime¹. Essa situação pode provocar processos de mobilidade que não devem ser ignorados.

No presente artigo observamos, no primeiro momento, a forma com que se desenvolveu o instituto do refúgio, depois, avaliamos como esse instituto foi incorporado no Brasil, e, por fim, analisamos a dimensão de gênero na questão e como tem se delineado a proteção para mulheres em situação de violência, a partir do pedido de refúgio das duas mulheres dinamarquesas.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO REFUGIADO

O deslocamento humano é um fenômeno antigo, cujas motivações são diversas e complexas. Ainda hoje são registrados movimentos migratórios intensos entre os diversos países, o que, em alguns casos, é acentuado por situações como guerras, perseguições étnicas e políticas, ou fenômenos ambientais de grandes proporções².

É no contexto das guerras travadas no século XX que surge o instituto do refúgio no cenário internacional. Primeiramente, em 1917, institui-se no âmbito da Liga das Nações o Alto Comissariado sobre Refugiados, a fim de atender aos “(...) grandes deslocamentos de pessoas provocados pela divisão de alguns Estados europeus como consequência do Tratado de Versalhes e pela guerra civil produzida na extinta União Soviética (...)”³.

Segundo Post⁴, o instituto do refúgio surgiu nos anos 1920, no âmbito da Liga das Nações, diante das pessoas que fugiam da recém-criada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

No entanto, os acontecimentos relativos à Segunda Guerra Mundial geraram o deslocamento de milhares de pessoas, o que levou os Estados a criarem, no

¹ ONU-BR. *Mais de 200 milhões de mulheres no mundo não têm acesso à saúde sexual e reprodutiva, alerta UNFPA*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-200-milhoes-de-mulheres-no-mundo-nao-tem-acesso-a-saude-sexual-e-reprodutiva-alerta-unfpa/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

² GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³ GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

⁴ POST, Betina Carine. *Violência de gênero e concessão e refúgio no contexto internacional e brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/betina_post_2016_2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

âmbito da Organização das Nações Unidas, em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR⁵. Nos termos do Estatuto do ACNUR, sua função é:

(...) proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que reúnam as condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, ajudando os Governos e, sujeito à aprovação dos Governos interessados, as organizações privadas, a fim de facilitar o repatriamento voluntário de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais⁶.

Após a criação do ACNUR, vislumbrou-se a necessidade de consolidar no Direito Internacional o tratamento da questão. Depois de um período de discussão marcado por dificuldades, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados em 1951⁷, mantendo o *status* legal de refugiado surgido anteriormente e estabelecendo a devida proteção internacional.

Assim, o refúgio constitui ato humanitário, de proteção aos direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano. Considera-se o refúgio uma espécie de proteção dada por países para pessoas que se deslocaram por se sentirem de algum modo ameaçadas em seu país de origem.

Para Annoni e Valdes⁸, são três as causas principais para os movimentos de refugiados: violação de direitos humanos, conflitos armados e perseguição. Trata-se, então, de um instituto que garante a preservação dos direitos humanos, em especial o direito à vida, à paz, à segurança, à liberdade de opinião e expressão.

De acordo com o relatório Tendências Globais do ACNUR⁹, são mais de 65,3 milhões de refugiados em todo o mundo. Esta é considerada a maior crise migratória desde a Segunda Guerra Mundial. Desses, 3,2 milhões se encontravam em países industrializados aguardando solicitações de refúgio e cerca de

⁵ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁶ ALTO COMISSARIADO DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Estatuto do alto comissariado das nações unidas para os refugiados*, 1950, § 1º. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/a-estat.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*, 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁸ ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. *O direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Juruá, 2013.

⁹ AGÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Global Trends: forced displacement in 2016*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34#_ga=2.24282616.396392616.1500476184-1427092493.1498508099>. Acesso em: 12 abr. 2018.

40,8 milhões foram forçados a fugir de suas casas, mas continuam dentro das fronteiras de seus próprios países.

Normas internacionais acerca do refúgio

Há muitos anos se discute a necessidade de proteção aos perseguidos em razão de raça, nacionalidade, opinião política, religião ou grupo social. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, assegurou o direito ao asilo, em seu art. 14, com a seguinte redação: “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”¹⁰.

Segundo Jubilut¹¹, o instituto do asilo é mais antigo e mais abrangente, tendo servido de grande guarda-chuva para a proteção aos refugiados até o surgimento das normativas específicas.

Observamos, portanto, que o refúgio somente foi regulado, em nível internacional, pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e revisado pelo Protocolo de 1967, que reconhece como refugiado qualquer pessoa:

- 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preenchem as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção;
- 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão “do país de sua nacionalidade” se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹¹ JUBILUT, Líliliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

Insta salientar que o *status* de refugiado, significando uma condição da pessoa, visa à proteção de sua vida e existência para garantia mínima da dignidade, estabelecendo deveres para o Estado, tais como a proteção mais favorável que permita o acesso à documentação civil e trabalho, por exemplo¹².

É válido destacar os princípios sobre os quais passou a se assentar a proteção aos refugiados. Nas lições de Pereira¹³, são eles:

- Proteção Internacional da Pessoa Humana: segundo o qual todo ser humano tem direito a ser protegido;
- Cooperação e Solidariedade Internacional: pelo qual a atenção aos refugiados deve ser consequência de ações multilaterais dos Estados que formam a sociedade internacional;
- Não Devolução ou *non-refoulement*: determina que os Estados signatários da Convenção de 1951 estão impedidos de obrigar refugiados a voltarem para o país do qual estão fugindo;
- Boa-fé: impedimento aos Estados signatários da Convenção de 1951 de agirem de modo arbitrário no tratamento a refugiados.
- Supremacia do Direito de Refúgio: o reconhecimento do *status* de refugiado não pode ser entendido pelo Estado de origem como ofensa ou perturbação das relações diplomáticas.

Em que pesem os avanços proporcionados pela Convenção de 1951, ela impôs alguns limites ao reconhecimento da condição de refugiado, como o delimitador geográfico (apenas pessoas provenientes de entraves ocorridos na Europa) e um delimitador temporal (só incluía acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951)¹⁴.

Além disso, a Convenção preocupou-se somente em proteger pessoas que estavam sob fundado temor de perseguição decorrente da raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opinião política. As limitações por ela impostas impediram a proteção a muitos outros grupos.

Diante disso, foi adotado, em 1967, um Protocolo de revisão, o qual encerrou as limitações geográfica e temporal, permitindo a proteção a um número maior de pessoas, além de incluir as pessoas deslocadas forçadamente dentro do seu próprio território. Nas lições de Raiol:

¹² JUBILUT, Lílilana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

¹³ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹⁴ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

(...) por meio do Protocolo de 1967, efetuou-se a retirada de expressões do texto da Convenção de 51 que limitavam o reconhecimento de refugiado apenas a alguns casos específicos (...). Entretanto, permaneceram as restrições ligadas a características civis e políticas, (...) exigindo, (...) diante de novas necessidades ligadas ao direito humanitário, uma ampliação do conceito para inclusão de outras categorias de pessoas na proteção internacional¹⁵.

É assim que vemos ocorrer a chamada ampliação dos motivos de concessão de refúgio. Se as razões clássicas para a concessão do *status* de refugiado estavam atreladas à questão da raça, nacionalidade, opinião política, religião e filiação a certo grupo social, com a adoção do Protocolo de Revisão em 1967, abriu-se a oportunidade para que outras razões ensejassem o mesmo tratamento.

Nesse diapasão, novos documentos internacionais inauguraram, na seara internacional, razões como violação de direitos humanos, violência externa e problemas em uma região do Estado, sendo observada a adoção de diversos tratados nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, com entendimento alargado acerca do refúgio em face das primeiras normativas instituídas no sistema global.

Em 1969, a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos, adotada pela Organização da Unidade Africana¹⁶ (OUA), deu início a discussão acerca da ampliação do conceito de refugiado.

Assim, a grave e generalizada violação de direitos humanos constitui critério flexível e visa atender situações mais aproximadas às abrangidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, ensejando a proteção de alguém quando observada a violência a qualquer direito humano, especialmente em Estados caracterizados por sistemáticas violações à dignidade humana. Mas cabe chamar atenção de que estes critérios são limitados geograficamente (diante da sua adoção por instrumentos regionais) e politicamente (depende da vontade de cada Estado)¹⁷.

Chamamos atenção para os critérios adotados pelo Sistema Africano a fim de ampliar e aprofundar o presente estudo. O primeiro deles é a situação de violência externa, que permite a possibilidade de reconhecimento do *status* de refugiado a pessoas que foram forçadas a abandonar sua região em razão de agressão, ocupação e dominação estrangeira, conforme disposto no artigo I (2)

¹⁵ RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*, 2010, p. 101.

¹⁶ Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2couaapr.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹⁷ JUBILUT, Líliliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

da Convenção relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos (1969) abaixo:

O termo refugiado também deve ser aplicado a toda pessoa que, devido a agressão externa, ocupação, e dominação estrangeira ou eventos que perturbem seriamente a ordem pública, tanto na totalidade do Estado de nacionalidade como em uma dada região, é compelida a deixar seu local de residência habitual a fim de buscar refúgio e outro local fora de seu Estado de origem.

O outro critério diz respeito aos problemas de uma região do Estado, que se caracteriza quando forem identificadas “pessoas que sofrem perseguições em uma parte de seu Estado, o qual não está totalmente atingido pelas violações de direitos humanos que ensejam o refúgio”¹⁸.

No âmbito da América Latina, em 1984, um Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários, na Universidade de Cartagena, na Colômbia, discutiu os mecanismos de proteção aos refugiados, tendo como resultado a Declaração de Cartagena, que ampliou as hipóteses de refúgio para toda e qualquer grave e generalizada violação de direitos humanos, conforme abaixo citado:

(...) face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1, parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública¹⁹.

A declaração acima passou a inspirar a produção de normas internas em diversos países, que incluíram a violação maciça de direitos humanos como

¹⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007, p. 136.

¹⁹ DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. Adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 12 abr. 2018.

constituente do *status* de refúgio, a exemplo do Brasil, com a adoção da Lei 9.474, de 1997, que será abordada abaixo.

Registramos, ainda, o entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca do refúgio, o que se tornou possível, ante a falta de previsão normativa específica, com a sentença do caso Pacheco Tineo *v.* Bolívia²⁰, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2013, a qual fixou a compreensão de que é no marco normativo do direito internacional de refugiados que deve ser interpretada a Convenção Interamericana de Direitos Humanos no que tange ao conceito de asilo, para entender que o refúgio é um contorno do asilo, e que refugiado é toda pessoa que esteja fora de seu país e não possa ou não queira a ele retornar em face de fundado temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opinião política.

Na senda do debate sobre a ampliação do entendimento do refúgio, considerando as experiências regionais, cabe registrar o entendimento de Pereira²¹ de que é necessário, mesmo diante da ausência normativa expressa, proteger os designados “refugiados ambientais”, aqueles que se veem forçados a migrar em face de questões de natureza exclusivamente ambiental.

É possível notar, diante de todo o exposto, que a proteção ao refugiado tem se expandido e conquistado traços especializados diante dos diferentes contextos em que pessoas são forçadas a se deslocar. Porém, importa avaliar de que modo tais previsões normativas estão sendo incorporadas nacionalmente, o que se faz abaixo.

O REFÚGIO NO BRASIL

O Brasil se comprometeu internacionalmente a cumprir as disposições de proteção a refugiados desde os primórdios da discussão do tema internacionalmente, pois é parte da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. Porém, apenas no final da década de 1970 é que se observa a estipulação de política nacional de acolhimento a refugiados, quando o ACNUR se instalou no país em virtude da preocupação com os regimes antidemocráticos na América do Sul que provocaram deslocamentos de pessoas para o Brasil²².

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso família Pacheco Tineo *vs.* Estado plurinacional de Bolívia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

²¹ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

²² JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

Quanto à previsão do instituto do refúgio no ordenamento jurídico brasileiro, é possível encontrar suas bases no texto constitucional a partir de uma leitura sistemática, pois estão dispostos princípios sobre o relacionamento internacional do país, o tratamento digno a todas as pessoas sem exceção, bem como a concessão do asilo político, o que vincula a questão do refúgio para autores que acreditam ser esta modalidade daquele.

Mas, diante da necessidade de tratamento específico da questão, em 1997 o Brasil adotou a Lei 9.474, a qual define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Destacamos a definição de refugiados estipulada na referida lei:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Nota-se que a Lei 9.474/97 ampliou o conceito de refugiado contido na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, reconhecendo também como refugiados aqueles que não têm seus direitos humanos respeitados pelo seu país de origem. Assim, inferimos que a lei brasileira trouxe uma maior aproximação entre a temática dos refugiados e os direitos humanos.

A partir dessa ampliação, a violação de quaisquer dos direitos humanos pode ensejar a proteção do indivíduo na condição de refugiado, e não somente a violação de direitos civis e políticos.

A referida lei também suspende qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem, garantindo que o refugiado tenha um *status* de proteção provisório. Nessa condição, o refugiado pode retirar alguns documentos de identificação nacionais e trabalhar. A Lei 9.474/97 também inovou ao criar o Conselho Nacional para os Refugiados – Conare como órgão responsável pela concessão dos pedidos de refúgio.

Em face de seus dispositivos, é possível afirmarmos que a legislação brasileira sobre refúgio está na vanguarda da proteção das pessoas que se encontrem em tal situação, visto que permite abarcar dimensões recentes dos

deslocamentos humanos, tais como a violência generalizada e o desemprego no país de origem²³.

Segundo dados do Ministério da Justiça, até dezembro de 2017 foram reconhecidos 10.145 refugiados de diferentes países, porém apenas 5.134 permanecem em território nacional, sendo a grande maioria de sírios (35%). Destaca-se o aumento dos pedidos de refúgio da Venezuela, mais da metade de todo o ano passado, chegando a 17.865²⁴.

Diante dessa gama de possibilidades de concessão de *status* de refugiado a pessoas que, por diferentes motivos, veem-se forçadas a sair de seus locais de origem, temos identificado, cada vez mais, um grupo específico chegando ao país: mulheres.

Elas chegam por razões diversas e complexas, sozinhas e/ou acompanhadas de filhos e demais membros da parentela. As motivações que apresentam são, principalmente, as informações internacionais de que no Brasil encontrarão legislação mais benéfica e uma grande quantidade de organizações governamentais e não governamentais atuando. É sobre a concessão de refúgio a este público que passamos a discorrer abaixo.

A DIMENSÃO DE GÊNERO DO REFÚGIO

Cerca de 49% das pessoas refugiadas no mundo são mulheres. No Brasil, esse número chega a cerca de 30%²⁵. A maioria dessas mulheres vive em países que registram violência generalizada e/ou perseguições políticas e religiosas, como é o caso do Congo, que vive conflitos graves com centenas de pessoas mortas e mutiladas, inclusive bebês²⁶.

Percebe-se que a grande maioria das pessoas que se desloca são os homens, ficando as mulheres muitas vezes com a responsabilidade de preservar os filhos e a casa no país de origem. Porém, nem sempre isto é uma possibilidade, pelo que

²³ KOCH-CASTRO, Cristian. *La legislación brasilera en materia de refugiados dentro del contexto actual de la protección internacional*. 2005. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_christian.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Refúgio em números*. Disponível em: <http://justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados- apenas-5-1-mil-continua-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

²⁵ POST, Betina Carine. *Violência de gênero e concessão e refúgio no contexto internacional e brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/betina_post_2016_2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁶ O GLOBO. *Milícia mutila bebês e queima aldeias no centro do Congo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/milicia-mutila-bebes-queima-aldeias-no-centro-do-congo-21497820>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

muitas das mulheres que têm solicitado o refúgio se deslocaram acompanhadas de sua família.

Quando as mulheres se deslocam, a situação de violência é tão extrema no local de origem que muitas questões acabam sendo ignoradas, como a violência doméstica e sexual. Algumas delas vivenciam essas violências invisíveis também nos países que as abrigaram sem a devida proteção. Para a ONU, a discriminação contra mulheres e meninas é causa e consequência do deslocamento forçado e da “apatridia” (condição da pessoa não considerada nacional por nenhum Estado)²⁷, o que se confirma com o dado de que uma em cada cinco refugiadas teria sofrido uma violência de gênero²⁸. Outra informação chama atenção, conforme aponta o ACNUR²⁹: as mulheres que estão desacompanhadas ou estão grávidas ou são idosas, pelo que estão ainda mais vulneráveis.

De acordo com Schwinn e Costa³⁰, têm acontecido mudanças nos fluxos migratórios. As regiões menos desenvolvidas têm testemunhado uma queda na proporção de mulheres entre todos os migrantes, principalmente pelo aumento no número de migrantes do sexo masculino na Ásia impulsionado pela demanda por trabalho. Em contraste, destinos de migrantes mais tradicionais, como Europa, América Latina e Caribe e na América do Norte, tendem a sediar maiores proporções de mulheres, em parte devido ao envelhecimento da população local, a existência de programas de reunificação familiar e a presença dos trabalhadores domésticos. Tem acontecido a chamada “feminização das migrações”, resultado, sobretudo, do processo de feminização da pobreza, já que, segundo as Nações Unidas, 70% dos pobres do mundo são mulheres.

Elas têm migrado em busca de melhores condições de vida para si e seus familiares. Os estudos sobre migrações, contudo, ainda têm ignorado as mulheres, colocando-as em posição de dependência dos homens, tornando-as invisíveis. As pesquisas tendem a considerar causa para a migração somente a ordem econômica ou política, ignorando situações como os contextos de violência de gênero.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre o estatuto dos apátridas*, de 28 de setembro de 1954. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁸ UOL. *Uma em cada cinco refugiadas sofreu violência de gênero, diz ONU*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/06/25/uma-em-cada-cinco-refugiadas-sofreu-violencia-de-genero-diz-onu.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁹ ALTO COMISSARIADO DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Estatuto do alto comissariado das nações unidas para os refugiados*, 1950, § 1º. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/a-estat.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁰ SCHWINN, Simone Andrea; COSTA, Marli Marlene Moraes da. As violências de gênero subjacentes à realidade social das mulheres refugiadas: desafios às políticas públicas. *Anais do IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB “Desafios e perspectivas da democracia na América Latina”*. João Pessoa/PB, 6 a 9 de dezembro de 2016.

É importante ressaltar também que muitas dessas mulheres que fogem de uma situação de violência em seu país de origem possuem inúmeros traumas e passam a viver no lugar de destino novas dificuldades, como o diferente idioma, os desafios para se estabelecerem economicamente e de sobreviver, em regra, sozinhas com seus filhos. Além disso, também conviverão com ardorosas batalhas jurídicas e administrativas para obter a regularização da situação migratória. É necessário pensar, assim, questões que vão além da concessão do refúgio, mas que envolvem políticas de acolhimento e assistência.

Levando em conta as complexidades existentes nas situações migratórias das mulheres, passamos a realizar estudo de um caso específico, a vinda de duas dinamarquesas para o Brasil em busca de refúgio por terem sido vítimas de violência doméstica, junto com seus filhos, no seu país de origem.

O CASO DAS DINAMARQUESAS: REFÚGIO PARA MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA

Em 2017, chamou atenção da mídia nacional a situação de duas dinamarquesas que fugiram para o Brasil e pleitearam o refúgio, alegando terem sofrido violência doméstica por parte dos maridos sem que as autoridades competentes do seu país de origem tomassem providência de protegê-las, isto com base na lei local³¹.

O caso ganhou destaque no Brasil porque a Dinamarca é um país considerado desenvolvido, com excelentes indicadores de qualidade de vida. Diferentemente da situação das pessoas em países assolados pela pobreza e violações de direitos generalizadas, as dinamarquesas pleitearam o reconhecimento do refúgio porque avaliaram que no país de origem sofreram graves e generalizadas violações de direitos humanos, hipótese elencada na Lei 9.474/84, pois a estrutura do sistema de justiça dinamarquês silencia em relação a casos considerados de violência doméstica.

Ressalte-se que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”, afirma que: “a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”³².

³¹ PORTAL G1. *Confirma entrevista exclusiva com mães dinamarquesas que fugiram para o Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/confirma-entrevista-exclusiva-com-maes-dinamarquesas-que-fugiram-para-o-brasil.ghtml>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

É válido recordar que, durante muito tempo, a violência cometida contra a mulher foi compreendida no terreno individual. Porém, com o advento das convenções internacionais e a incorporação da linguagem dos direitos humanos pelos movimentos sociais, esta noção foi ampliada³³.

No Brasil, isso ficou muito claro com o advento da Lei Maria da Penha, a Lei 11.340/2006, que afirma expressamente no art. 6º que: “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. A referida lei foi a primeira no ordenamento jurídico brasileiro a tratar com profundidade o assunto da violência doméstica e familiar, incorporando os aspectos assistencial, preventivo e punitivo, expressando também o avançar internacional da questão. A Lei foi resultado do julgamento do caso “Maria da Penha” perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que o Brasil recebeu inúmeras recomendações, inclusive a criação de uma lei específica para o tema³⁴.

A Lei Maria da Penha contribuiu para introduzir no país uma política de enfrentamento da violência doméstica e familiar cometida contra a mulher mais ampla e complexa e se tornou uma referência internacional, sendo considerada, pela ONU, a terceira melhor lei no mundo de proteção às mulheres³⁵. Mesmo diante do relevante papel da Lei, ainda há muitos desafios a serem superados em diversas questões, como a proteção das mulheres estrangeiras.

Note-se que, em alguns países, como os Estados Unidos da América, já há decisões que consideram as mulheres em situação de violência asiladas³⁶. É possível, nos EUA, a concessão de asilo político por pertencer a um grupo social particular, e as mulheres em situação de violência têm sido assim consideradas se essa condição se relaciona a costumes e tradições do país de origem³⁷. Seria interessante que isso também ocorresse no Brasil e ele reconhecesse a violência de gênero generalizada como motivo suficiente para a condição de refúgio.

Ademais, não se pode considerar apenas o Estado agente violador, pois há um grande número de mulheres que está em situação de agressões e perseguições perpetradas pelos pais, maridos e ex-companheiros. Ao dissertar sobre a perse-

³³ SOUZA, Luanna. Direitos humanos das mulheres e controle da atividade estatal: o caso Maria da Penha. *Revista Gênero na Amazônia*, Belém, n. 5, 2014.

³⁴ SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Progresso das Mulheres no Mundo*. 2011/2012. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/en/2015/#collapseThree>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁶ ACHEIUSA. *Mulheres vítimas de violência doméstica podem pedir asilo nos EUA*. Disponível em: <<https://www.acheiusa.com/Noticia/mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-podem-pedir-asilo-nos-eua-12765/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁷ POLITICAL ASYLUM USA. *Grupo Social*. Disponível em: <<http://www.politicalasylumusa.com/pt/causas-de-asilo-nos-eua/grupo-social/>>. Acesso em: 13. abr. 2017.

guição como hipótese de refúgio, por exemplo, o *Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado* refere que:

O caráter subjetivo do temor de perseguição exige uma apreciação das opiniões e sentimentos da pessoa em questão. É também à luz de tais opiniões e sentimentos que quaisquer medidas tomadas ou previstas contra o solicitante devem ser necessariamente consideradas. Devido às variações dos perfis psicológicos dos indivíduos e às circunstâncias de cada caso, as interpretações sobre o conceito de perseguição podem variar³⁸.

O termo “perseguição” tem, assim, um elemento subjetivo e outro objetivo. O elemento subjetivo está relacionado ao temor, estado de espírito relativo a cada pessoa ou contexto. Nos casos de violência de gênero, há muitos relatos de deses- pero vivenciados por mulheres que temem ser encontradas por seus ex-compa- nheiros. Para Post³⁹, presume-se pelo simples fato de a pessoa estar solicitando tal proteção que esteja temerosa diante de uma situação, devendo-se também anali- sar a situação do Estado do qual provém a solicitante, como critério objetivo.

Tramitam hoje no Conare os pedidos de refúgio das dinamarquesas Ange- lina Maalue Avalon Mathieses e Lisbeth Markussen. Ambas se tornaram conhe- cidas nacionalmente depois de uma reportagem do *Fantástico*⁴⁰ em que os ex- -maridos as acusavam de um suposto sequestro internacional. As mães alegaram, contudo, que sofriam violência no país de origem, e que a Dinamarca foi lenien- te com a situação, o que as levou a fugir.

Ambas ingressaram, no Brasil, com pedido de refúgio. Elas alegam que a lei dinamarquesa força uma espécie de guarda compartilhada, ignorando denúncias de abuso e violando o princípio do melhor interesse da criança. A União Europeia já havia denunciado a situação em 2013, em um relatório crítico sobre os abusos da custódia infantil dinamarquesa⁴¹. Nos termos da Convenção da Criança:

³⁸ AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. *Manual de procedimentos e critérios para a deter- minação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 rela- tivos ao estatuto dos refugiados*, p. 14.

³⁹ POST, Betina Carine. *Violência de gênero e concessão e refúgio no contexto internacional e bra- sileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/betina_post_2016_2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴⁰ PORTAL G1. Fantástico. *Mulheres que fugiram para o Brasil falam sobre acusação de sequestro*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/03/maes-dinamarquesas-vaoo-para-o-brasil-para-nao-perder-guarda-dos-filhos.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴¹ CPH POST. *EU delegation submits critical report of Danish child custody abuses*. Disponível em: <<http://cphpost.dk/news/eu/eu-delegation-submits-critical-report-of-danish-child-custo- dy-abuses.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Artigo 3º:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança⁴².

Gama leciona que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um importante modificador das relações intrafamiliares:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito⁴³.

A mudança interpretativa é fundamental para uma melhor proteção das crianças. Uma decisão conforme o melhor interesse da criança decide um caso pensando no que for melhor para a ela, mesmo em desacordo com os pais. A lei dinamarquesa de custódia, a “Lei de Responsabilidade Parental”, prioriza o compartilhamento de pais sobre a necessidade de proteção das crianças⁴⁴. As crianças devem ser entregues para visitação quase que independentemente das circunstâncias. A lei dinamarquesa exige que os pais divorciados “cooperem”, mesmo quando há uma denúncia de violência ou abuso. Essas mães, assim, sentem-se traumatizadas porque o sistema dinamarquês as proíbe de proteger seus filhos, colocando-as sempre sob suspeita de mentir.

Ao tentar resolver a situação, essas mães alegam se deparar com um sistema de custódia tão fragmentado que os casos podem circular entre a Administração Estatal (*Statsforvaltningen*), serviços sociais e os tribunais por anos. Uma avaliação de amostra indica que, uma vez perdido no pântano de custódia dinamarquês, demora em média 5,4 anos para se concluir um caso de alto conflito⁴⁵.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos da criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*, p. 80.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=173278>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴⁵ THE LOCAL. *Danish custody law is an inescapable trap*. Disponível em: <<http://www.thelocal.dk/20141215/danish-custody-law-is-an-inescapable-trap>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Outra situação que ganhou grande repercussão, mas nos Estados Unidos da América, foi o de Tammy Nørgaard. Ela se separou de seu marido dinamarquês, sob acusações de abuso e violência, mas os tribunais dinamarqueses deram custódia total a ele, por entender que ela não era “cooperativa”. A Corte de Justiça Superior da Califórnia entendeu que o sistema dinamarquês foi sexista, preconceituoso e ignorou as denúncias de abuso.⁴⁶ Nos casos sob análise, ambas alegam ter sofrido violência no âmbito doméstico e depois revitimizadas por uma violência estatal, já que seu país natal não apurou devidamente as denúncias feitas de abusos físico, moral e sexual por parte dos maridos e pais das crianças.

Outro ponto a se destacar é que essas mulheres fugiram de seu país de origem acompanhadas de seus filhos. O art. 2º da Lei 9.474/97 prevê a extensão do *status* de refugiados ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que dependam economicamente do refugiado, desde que se encontrem em território nacional.

Ocorre que as mulheres ficam sujeitas a ações de busca e apreensão pautadas na Convenção de Haia, Convenção relativa aos aspectos civis do sequestro internacional de crianças, de 1980⁴⁷. A Convenção de Haia permite que os pais solicitem a devolução das crianças ao país de origem, o que deixa as mulheres em situação de extrema vulnerabilidade.

Em ambos os casos, os pais deram entrada em uma ação de busca e apreensão que culminou com a devolução das crianças⁴⁸. No caso da Lisbeth, ela ainda sofreu com o pedido de extradição. Ambos os pedidos de refúgio foram negados, sendo que no caso da Angelina, isso ocorreu após a devolução das crianças. Ao observar melhor essa situação das crianças⁴⁹, percebe-se que isso representou uma grave violação às exceções previstas na própria Convenção supracitada, tais como:

Artigo 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

⁴⁶ THE ORANGE COUNTY REGISTER. *European child-custody battle spills into O.C.* Disponível em: <<http://www.ocregister.com/2014/03/10/european-child-custody-battle-spills-into-oc/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em 12 abr. 2018.

⁴⁸ DIÁRIO ONLINE. *Dinamarquesa foragida no Pará volta com os filhos para a Europa*. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticias/para/noticia-456815-dinamarquesa-foragida-no-para-volta-com-os-filhos-para-a-europa.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁴⁹ G1 PARÁ. *Dinamarquesa procurada pela Interpol após fugir com os filhos é presa no Pará*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/dinamarquesa-procurada-pela-interpol-apos-fugir-com-os-filhos-e-presa-no-para.ghtml>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

Deve-se refletir assim se a Convenção de Haia pode ser aplicada nessas situações diante do *status* de refugiados de crianças e a condição de violência vivida por elas e pelas mães. Na realidade, a Convenção foi criada justamente para proteger genitores que possuem a guarda efetiva das crianças de possíveis sequestros e não de pessoas que desejam a guarda de quem a detém. No caso em estudo, os pais, por exemplo, somente conseguiram a guarda após a saída das crianças da Dinamarca.

Ainda há que se considerar a importância da aplicação de um dos mais importantes princípios que fundamentam a proteção internacional dos refugiados, que é o da não devolução (*non-refoulement*). Tal princípio foi cunhado no artigo 33 da Convenção de 1951:

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

Para Soares⁵⁰, o princípio do *non-refoulement* no Direito Internacional dos Refugiados é indispensável à ideia de proteção internacional dos refugiados e surge diante da insegurança humanitária que ameaça a vida destes para impedir a devolução dessas pessoas para o país onde sofrem a perseguição que originou a sua condição de refugiado ou a qualquer outro país onde sua vida ou liberdade estejam sendo ameaçadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do pedido de refúgio de duas dinamarquesas que estiveram no Pará com seus filhos e alegavam ter sofrido violência doméstica e familiar, pudemos analisar em que medida o refúgio tem sido um instrumento de proteção para as mulheres.

⁵⁰ SOARES, Carina de Oliveira. A extradição e o princípio de não devolução (*non-refoulement*) no direito internacional dos refugiados. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Não há dados de quantas mulheres migraram para o Brasil em busca de proteção diante de uma situação de violência doméstica. É interessante, diante disso, analisar o caso das dinamarquesas. Ambas informaram ter procurado o Brasil ao tomarem conhecimento de que havia no país uma legislação protetiva para mulheres em situação de violência, a Lei Maria da Penha. Isso demonstra que o Brasil pode ser considerado uma referência nessa matéria e precisa exercer sua responsabilidade internacional, pois ratificou uma convenção internacional específica sobre o tema, a Convenção de Belém do Pará, uma das legislações mais avançadas no tema no mundo.

A violência doméstica e familiar cometida contra a mulher é uma grave violação aos direitos humanos, sendo necessário que o país amplie a compreensão do conceito de refúgio para abarcar essa hipótese quando ocorre de forma generalizada no país de origem, independentemente da sua condição econômica.

No caso da Dinamarca, pode-se observar que há a necessidade de uma reforma na legislação vigente para que as mulheres e crianças possam ser protegidas ao denunciar situações de abuso intrafamiliar.

O Brasil passou por recente mudança legislativa – com a promulgação da Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração – e ainda tem muito a avançar no âmbito da implementação das políticas públicas, contudo, precisa cumprir com seus compromissos internacionais para que seja fortalecida a proteção aos direitos humanos das mulheres, inclusive diante de situação de violência. Reconhecer a violência cometida contra a mulher no âmbito dos direitos humanos permite reequacionar as desigualdades de gênero de forma totalmente nova.

Ademais, deve-se pensar na proteção das crianças, que ainda sofrem a ameaça de retorno ao país de origem por meio da aplicação da Convenção de Haia, o que violaria o princípio internacional da não devolução. Devem ser implementadas também medidas de acolhimento e assistência para refugiadas, pois os traumas decorrentes dos abusos sofridos são muitas vezes agudizados pela falta de apoio e pelas condições de vulnerabilidade econômica e social encontradas no país.

REFERÊNCIAS

ACHEIUSA. *Mulheres vítimas de violência doméstica podem pedir asilo nos EUA*. Disponível em: <<https://www.acheiusa.com/Noticia/mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-podem-pedir-asilo-nos-eua-12765/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Estatuto do alto comissariado das nações unidas para os refugiados*. 1950. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/a-estat.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Declaração de Cartagena*. 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Bd_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados*. 2014. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Global Trends: forced displacement in 2016*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34#_ga=2.24282616.396392616.1500476184-1427092493.1498508099>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. *O direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso família Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolívia. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CPH POST. *EU delegation submits critical report of Danish child custody abuses*. Disponível em: <<http://cphpost.dk/news/eu/eu-delegation-submits-critical-report-of-danish-child-custody-abuses.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

DIÁRIO ONLINE. *Dinamarquesa foragida no Pará volta com os filhos para a Europa*. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticias/para/noticia-456815-dinamarquesa-foragida-no-para-volta-com-os-filhos-para-a-europa.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

G1 PARÁ. *Dinamarquesa procurada pela Interpol após fugir com os filhos é presa no Pará*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/dinamarquesa-procurada-pela-interpol-apos-fugir-com-os-filhos-e-presa-no-para.ghtml>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUBILUT, Líliliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

KOCH-CASTRO, Cristian. *La legislación brasileira en materia de refugiados dentro del contexto actual de la protección internacional*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_christian.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Refúgio em números*. Disponível em: <http://justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados- apenas-5-1-mil-continuum-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

O GLOBO. *Milícia mutila bebês e queima aldeias no centro do Congo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/milicia-mutila-bebes-queima-aldeias-no-centro-do-congo-21497820>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ONU-BR. *Mais de 200 milhões de mulheres no mundo não têm acesso à saúde sexual e reprodutiva, alerta UNFPA*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mais-de-200-milhoes-de-mulheres-no-mundo-nao-tem-acesso-a-saude-sexual-e-reprodutiva-alerta-unfpa/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados*. 1967. <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos da criança*. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Progresso das Mulheres no Mundo. 2011/2012*. Disponível em: <<http://progress.unwomen.org/en/2015/#collapseThree>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA (OUA). *Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África*. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2couaapr.html>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

POST, Betina Carine. *Violência de gênero e concessão e refúgio no contexto internacional e brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/betina_post_2016_2.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

POLITICAL ASYLUM USA. *Grupo Social*. Disponível em: <<http://www.politicalasylumusa.com/pt/causas-de-asilo-nos-eua/grupo-social/>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

PORTAL G1. *Confirma entrevista exclusiva com mães dinamarquesas que fugiram para o Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/confirma-entrevista-exclusiva-com-maes-dinamarquesas-que-fugiram-para-o-brasil.ghtml>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

PORTAL G1. Fantástico. *Mulheres que fugiram para o Brasil falam sobre acusação de sequestro*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/03/maes-dinamarquesas-vaio-para-o-brasil-para-nao-perder-guarda-dos-filhos.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

SCHWINN, Simone Andrea; COSTA, Marli Marlene Moraes da. As violências de gênero subjacentes à realidade social das mulheres refugiadas: desafios às políticas públicas. *Anais do IX Seminário Internacional de Direitos Humanos da UFPB “Desafios e Perspectivas da Democracia na América Latina”*. João Pessoa/PB, 6 a 9 de dezembro de 2016.

SOARES, Carina de Oliveira. A extradição e o princípio de não devolução (*non-refoulement*) no direito internacional dos refugiados. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SOUZA, Luanna. Direitos humanos das mulheres e controle da atividade estatal: o caso Maria da Penha. *Revista Gênero na Amazônia*, Belém, n. 5, 2014.

SOUZA, Luanna Tomaz de. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

THE LOCAL. *Danish custody law is an inescapable trap*. Disponível em: <<http://www.thelocal.dk/20141215/danish-custody-law-is-an-inescapable-trap>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

THE ORANGE COUNTY REGISTER. *European child-custody battle spills into O.C.* Disponível em: <<http://www.ocregister.com/2014/03/10/european-child-custody-battle-spills-into-oc/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

UOL. *Uma em cada cinco refugiadas sofreu violência de gênero, diz ONU*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/06/25/uma-em-cada-cinco-refugiadas-sofreu-violencia-de-genero-diz-onu.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

Data de recebimento: 04/03/2018

Data de aprovação: 04/04/2018

O PRINCÍPIO DA (IN)EFICIÊNCIA NO CONTROLE DOS REITERADOS PROGRAMAS DE REFINANCIAMENTOS DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS (“REFIS”)

THE PRINCIPLE OF (IN)EFFICIENCY IN THE CONTROL OF REITERATED REFINANCING PROGRAMS OF FEDERAL TAX DEBITS (REFIS)

*Carlos Victor Muzzi Filho**

*Antonieta Caetano Gonçalves***

*Aparecida Dutra de Barros Quadros****

RESUMO

O Estado Brasileiro possui como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O sistema tributário deve também contribuir para esse objetivo, devendo haver, então, uma política de arrecadação tributária eficiente, que assegurasse a obtenção da receita tributária, respeitando os princípios constitucionais pertinentes à tributação. A prática reiterada de concessão de amplos e vantajosos planos de parcelamentos de débitos tributários federais, genericamente conhecidos como “REFIS”, provoca distorções no ambiente econômico-tributário, acentuando o risco moral e a seleção adversa. Este trabalho pretende de-

* Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor-assistente II da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC) na graduação e mestrado. Leciona ainda em curso de especialização em Direito Tributário, nas Faculdades Milton Campos e no CAD – Centro de Atualização em Direito. É procurador do Estado de Minas Gerais. E-mail: muzzi@fumec.br.

** Mestre em Direito Público. Pós-graduação em Direito Civil e em Direito Notarial e Registral. Graduação em Direito e em Ciências Contábeis. Atualmente é Registradora Civil de Pessoas Naturais e Tabeliã. E-mail: acmarins@bol.com.br.

*** Pós-Graduada em Direito Público, Direito Notarial e Registral, Direito Civil Proteção dos Direitos Fundamentais, Direito Público – Legitimidade e Controle. Atualmente atua em Direito Notarial e Registral, com ênfase em Inventário e Partilha Extrajudicial; Condomínio e Incorporação Imobiliária e exerce a Atividade Registral no Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Divino/MG. E-mail: aparecidaquadros@hotmail.com.

monstrar o menoscabo ao princípio da eficiência, em decorrência desses sucessivos programas de parcelamentos, apontando o princípio constitucional da eficiência como critério jurídico seguro para corrigir essa prática reiteradamente adotada em termos de arrecadação tributária.

Palavras-chave: “REFIS”. Arrecadação tributária. Risco moral. Seleção adversa. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT

The Brazilian State has as one of its fundamental objectives the construction of a free, just and solidary society. The tax system should also contribute to this objective, and an efficient tax collection policy should be in place to ensure that tax revenue is obtained, respecting the constitutional principles relevant to taxation. The reiterated practice of granting large and advantageous federal tax debt installment plans, generically known as “REFIS”, causes distortions in the economic-tax environment, accentuating moral hazard and adverse selection. This paper intends to demonstrate the impairment of the efficiency principle as a result of these successive installment programs, pointing to the constitutional principle of efficiency as a reliable legal criterion to correct this practice repeatedly adopted in terms of tax collection.

Keywords: “REFIS”. Tax collection. Moral hazard. Adverse selection. Principle of Efficiency.

INTRODUÇÃO

O exercício do chamado poder de tributar do Estado é um dos instrumentos que viabiliza a própria organização estatal, cumprindo diversas funções nos tempos modernos. É, nos tempos que correm, também importante instrumento para a concretização de direitos fundamentais, notadamente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico (art. 1º, inciso III, da Constituição da República). A dignidade, como observa Cármen Lúcia Antunes Rocha, é construção no direito, que nasce e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo (ROCHA, 1999, p. 26).

Sob a ótica dos direitos fundamentais, observa Marciano Buffon que a tributação, baseada na capacidade contributiva dos cidadãos, “viabiliza as possibilidades de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, permitindo que as desigualdades sociais sejam reduzidas e a pobreza, bem como a marginalização, sejam erradicadas ou minimizadas” (BUFFON, 2009, p. 264). Portanto, a atuação estatal, no âmbito tributário, também há de assegurar uma arrecadação eficiente, visando, no limite, garantir a efetiva dignidade da pessoa humana. Isso porque é a receita tributária que viabiliza a adoção de políticas públicas voltadas para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigual-

dades sociais, universalização do acesso à educação, saúde, transporte e tantos outros direitos fundamentais.

Por outro lado, em um modelo de organização jurídica que também assegura a livre iniciativa, igualmente erigida como princípio fundamental (art. 1º, inciso IV, também da Constituição da República), a tributação não pode se transformar em estorvo para essa livre iniciativa. Assim sendo, é igualmente papel do Estado garantir que os agentes econômicos atuem livremente, com eficiência e principalmente com igualdade de oportunidades, gerando condições para que o poder de tributar incida sobre estas manifestações de riquezas advindas da livre iniciativa econômica.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a examinar a reiterada prática da União Federal de conceder parcelamentos tributários alongados, acompanhados de remissões e anistias, usualmente denominados “REFIS”. A partir de uma abordagem concreta, que considera os efeitos financeiros efetivos desses parcelamentos tributários alongados, é proposta uma análise que, tomando como eixo o princípio constitucional da eficiência, permite afirmar a incompatibilidade desses reiterados parcelamentos tributários com nossa ordem jurídica constitucional.

Na realidade, no nosso modelo de Estado, decorrente da Constituição da República, eventuais vantagens oferecidas pelo Estado deveriam ter, ainda que imediatamente, a função de contribuir para a concretização de direitos fundamentais, mas a hipótese aqui deduzida demonstra que, na verdade, esses reiterados parcelamentos tributários em nada contribuem para essa concretização. Ao contrário, os sucessivos REFIS vêm atuando em sentido contrário, privilegiando grupo restrito de grandes contribuintes, que permanecem em estado constante de inadimplência. Além disso, os contribuintes adimplentes são tratados de forma menos favorável, como se implicitamente houvesse um incentivo à inadimplência tributária, tal a reiteração de parcelamentos alongados, o que será apreciado também neste trabalho.

Por outro giro, o mundo globalizado permitiu avanço em direção a maior integração econômica, mas provocou o aumento de evasão fiscal, com multiplicação de paraísos fiscais, de modo que passou a ser objeto constante da agenda política mundial na busca do combate à evasão e no aumento da transparência. Neste cenário, segundo Onofre Alves Batista Júnior: “[...] ao lado da inarredável necessidade uma política globalizante mais justa e fraterna por parte dos países mais ricos, exige-se o mergulho no desafio de tornar o Estado mais eficiente [...]” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 24). Acrescenta Onofre Alves Batista Júnior, nessa toada, que não há espaço para Estado mínimo, e sim para Estado eficiente, que exerça suas funções de forma a garantir a eficaz prestação de serviços. Frise-se que a eficiência do Estado também tem que buscar o desiderato constitucional de efetivar a dignidade da pessoa humana e alcançar a justiça social (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 24-25).

Assim, a proliferação de parcelamentos especiais será apreciada também à luz do princípio constitucional da eficiência do Estado (art. 37 da Constituição da República).

Enquadra-se, então, o presente estudo no Grupo de Trabalho dedicado ao “Direito Tributário e Financeiro”, notadamente na reflexão em torno da “tributação e cidadania” e da própria ideia de “justiça tributária”. Em termos metodológicos, trata-se de trabalho na vertente jurídico-dogmática, para se utilizar da classificação proposta por Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, em estudo bibliográfico (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 21).

Certamente, o tema comportaria abordagem multidisciplinar, considerando, especialmente, as repercussões no campo econômico, mas, por limitações de espaço, o enfoque aqui atribuído terá em mente o princípio da eficiência e a busca, também na seara tributária, pela efetiva implementação dos direitos fundamentais. Assim, após examinar os sucessivos programas de parcelamentos tributários alongados, far-se-á exame dos seus efeitos em termos arrecadatórios, cotejando, finalmente, esses efeitos com os ditames do texto constitucional.

HISTÓRICO DOS PARCELAMENTOS FEDERAIS NOS ÚLTIMOS 16 ANOS

O parcelamento tributário, previsto no inciso VI do art. 151 do Código Tributário Nacional, é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), é possível verificar a instituição de duas espécies de parcelamentos: uma espécie geral e outra denominada parcelamentos especiais.

O parcelamento geral disciplinado nos artigos 10 a 14-F da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, disponibiliza a todos os contribuintes, de forma permanente, a opção de parcelar seus débitos em até 60 (sessenta) parcelas, ou seja, no prazo máximo de 5 (cinco) anos, sem redução de multas e juros, e com correção pela taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) ao longo do parcelamento.

Por outro lado, os parcelamentos especiais são aqueles que deveriam ser instituídos de forma excepcional, atendendo a condições fáticas muito específicas. No entanto, desde 2000, no âmbito federal, foram criados aproximadamente 30 (trinta) programas de parcelamentos especiais, demonstrando a pouca excepcionalidade do instituto. Em geral, esses parcelamentos são conjugados com anistias e remissões, havendo, pois, expressivas reduções nos valores das multas, dos juros e dos encargos legais, suspensão da denúncia para os crimes tributários, prazos para pagamento de até 20 (vinte) anos e, em alguns casos, de até centenas de anos.

Além disto, em alguns desses casos, o contribuinte não precisaria sequer apresentar alguma forma de garantia que resguarde o interesse do credor tributário, não havendo, no mais das vezes, limitações para a adesão aos sucessivos parcelamentos.

Resumidamente, pois, tem-se o seguinte histórico, desde 2000:

- a) Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), instituído pela Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, destinado às pessoas jurídicas, com redução de multas e juros, sendo a parcela calculada em percentual incidente sobre a receita bruta mensal (0,3% a 1,5%), com prazo ilimitado para pagamento;
- b) Parcelamento Especial (PAES), instituído pela Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, destinado a pessoas físicas e jurídicas, com estabelecimento do prazo de 180 (cento e oitenta) meses para pagamentos das dívidas e redução de até 50% (cinquenta por cento) das multas;
- c) Parcelamento Excepcional (PAEX), instituído pela Medida Provisória n. 303, de 29 de junho de 2006, destinado a pessoas jurídicas, estabeleceu 3 (três) modalidades de parcelamento (em 6, 120 e 130 parcelas), com redução de 50 a 80% das multas, além de redução de 30% dos juros de mora;
- d) Programa “Refis da Crise”, instituído pela Medida Provisória n. 449, de 3 de dezembro de 2008 e pela Lei n. 11.941, 27 de maio de 2009, com cerca de 14 (quatorze) modalidades entre pagamento à vista e parcelamento de dívidas, com redução de 60 a 100% das multas e de 25 a 45% dos juros de mora.

A partir de 2013, ainda foram criados programas que permitiram a reabertura de programas anteriores, a saber:

- a) A Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013, permitiu que os contribuintes pudessem aderir ao “Refis da Crise” até 31 de dezembro de 2013, incluindo no parcelamento especial os débitos vencidos até 30 de novembro de 2008;
- b) A Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, alterou o art. 17 da Lei n. 12.865, de 2013, reabrindo uma vez mais o prazo para adesão ao parcelamento especial (“Refis da Crise”), até o dia 31 de julho de 2014;
- c) A Lei n. 12.996, de 18 de junho de 2014, permitiu, mais uma vez, a adesão ou recuperação dos parcelamentos da Lei n. 11.941, de 2009 (“Refis da Crise”), possibilitando a inclusão de débitos tributários vencidos até dezembro de 2013, com exigência de pagamento inicial de percentual de 5, 10, 15 ou 20% do valor consolidado da dívida (dependendo do montante a ser parcelado), embora este pagamento pudesse também ser parcelado em até 5 (cinco) vezes; e
- d) A Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014, alterou o art. 2º da Lei n. 12.996, de 2014, reabrindo novamente o prazo para adesão ao parcelamento especial até o dia 1º de dezembro de 2014.

Além desses parcelamentos citados, vários outros programas de parcelamentos especiais setoriais foram instituídos, podendo ser mencionados: parcelamento de contribuições do PIS (Programa de Inclusão Social) e da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) das instituições Financeiras (Lei n. 12.865, de 2013, e Lei n. 12.973, de 2014); parcelamento de débitos do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), decorrentes da Tributação sobre Bases Universais (TBU) (Lei n. 12.865, de 2013 e Lei n. 12.973, de 2014); Profut – Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro (Lei n. 13.155, de 4 de agosto de 2015).

E ainda, mais recentemente foi editada a Medida Provisória n. 783, publicada no *Diário Oficial da União*, edição extra de 31 de maio de 2017, que trata do “novo Refis”, conhecido como PERT (Programa Especial de Regularização Tributária). Este, editado pela Medida Provisória n. 804, de 29 de setembro de 2017, e posteriormente convertida em Lei n. 13.496, de 24 de outubro de 2017, permitiu a adesão de pessoas físicas e jurídicas, com prazo de adesão estendido para 31 de outubro de 2017.

Vê-se, assim, a profusão de parcelamentos alongados, o que, por si só, já denota inegável distorção no sistema tributário, como se houvesse um estado permanente de crise econômica a justificar a implantação dessas regras excepcionais.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SUA REPERCUSSÃO NA ESFERA TRIBUTÁRIA

Antes de examinar os efeitos dos inúmeros programas de parcelamento, há que se fazer breve anotação sobre o princípio da eficiência, entendendo-se, aqui, na linha de Humberto Ávila, que princípios são normas norteadoras dos sistemas jurídicos, implícitas ou explícitas, e vinculam o entendimento e aplicação das regras, que, por sua vez, são normas que descrevem um comportamento. Nesse sentido, conceitua Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2016, p. 102).

O princípio da eficiência foi expressamente previsto na Constituição da República por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, ampliando-se, assim, a lista de princípios da Administração Pública que já constava do *caput* do artigo 37 da Constituição da República. Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o princípio da eficiência, afirma que este não deve ser imaginado “senão na intimidade do princípio da legalidade”, sendo, ainda, “uma faceta de um

princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no direito italiano: o princípio da “boa administração” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 17).

Onofre Alves Batista Júnior correlaciona o princípio da eficiência com a busca pelo atendimento ao bem comum, evitando a concessão de favores fiscais injustificados:

Um Estado Democrático de Direito que pretenda ser eficiente deve palear sua atuação pela contínua prossecução do bem comum, e, para tanto, torna-se vital afastar desvios decorrentes de resquícios patrimonialistas, em especial em países mais pobres, onde a corrupção e o nepotismo convivem, lado a lado, com o favoritismo, com sangrias vultosas de recursos públicos, como na obtenção de subsídios desnecessários, desonerações tributárias socialmente injustificadas, utilização de dinheiro público para atendimento de necessidades privadas, por vezes, até, mal disfarçadas de interesse público (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 59).

Ives Gandra da Silva Martins, por sua vez, sustenta ser um contrassenso afirmar que a eficiência é obrigatória apenas para o Executivo, caso contrário os outros poderes poderiam ser ineficientes, sendo esta ideia absolutamente inaceitável. Segundo o citado autor:

Seria, de resto, um contrassenso afirmar que o princípio da eficiência deveria ser apenas de obrigatória observância pelo Poder Executivo, podendo ser os demais poderes ineficientes!!!

Como homenagem à inteligência dos constituintes, tal conclusão seria acintosa, razão pela qual absolutamente inaceitável.

O princípio da eficiência deve, portanto, informar aos três Poderes e ser de observância obrigatória, inclusive pelo Ministério Público (MARTINS, 2006, p. 33).

Também Carlos Henrique Abrão estende o alcance do princípio da eficiência para todos os “Poderes”: Legislativo, Executivo e Judiciário, até porque, de forma mais ampla, eficiente deve ser o Estado em todas as suas funções (“poderes”):

Efetivamente, a premissa da eficiência se dirige aos três Poderes indistintamente partindo da clássica separação célebre de Montesquieu, no fundo todos participam dos serviços públicos ou atividades econômicas concorrenciais ou monopolísticas, as quais se voltam para as diretrizes do desenvolvimento e justiça social, impregnados na Constituição Federal em vigor (ABRÃO, 2006, p. 85).

Ainda nessa mesma linha argumentativa, Marilene Talarico Martins Rodrigues também entende que o princípio da eficiência é de observância obrigatória pelos três Poderes: “o Estado deve ser visto como um todo para efeitos do princípio da eficiência”. E continua: “Cumpra ao poder de tributar dos entes

federativos a adoção de políticas tributárias que resultem em desenvolvimento do País e justiça fiscal” (RODRIGUES, 2006, p. 107, passim).

Fundamentado na teoria da máxima eficiência da Constituição, Vittorio Cassone escreve que o princípio da eficiência é de “observância obrigatória pelos três Poderes da República, dando-se à Constituição a máxima eficácia, na moderna teoria constitucional” (CASSONE, 2006, p. 129). Portanto, também o Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem pautar suas ações pela eficiência.

Noutro passo, sob o ângulo tributário, a eficiência não deve perder de vista a busca pela justiça fiscal, prestigiando, ainda, o desenvolvimento econômico. O Estado, então, deve ser eficiente na arrecadação de recursos para prestação dos serviços à sociedade, atendendo, todavia, ao princípio da isonomia tributária. Daí a observação de Ives Gandra da Silva Martins:

A adoção de política tributária com mecanismos e instrumentos legais capazes de gerar desenvolvimento e justiça fiscal, sendo, pois, a arrecadação, mera consequência natural e necessária para que, sem ferir a capacidade contributiva gere serviços públicos à comunidade proporcionais ao nível impositivo (MARTINS, 2006, p. 31).

A “realização do princípio da eficiência”, como pondera Hugo de Brito Machado, “em matéria tributária, depende da observância dos demais princípios consagrados pela ordem jurídica com o objetivo de viabilizar o bem comum” (MACHADO, 2006, p. 54).

Em um Estado que se diz Estado Fiscal, por ter como principal fonte de financiamento as receitas tributárias, é inegável que também a política de arrecadação tributária deve ser orientada pela busca da eficiência, que se estendeu para além do âmbito da Economia e, como visto, positivou-se no âmbito jurídico. No plano econômico, sempre houve preocupação com a eficiência no domínio da tributação. Poder-se-ia recuar até Adam Smith, com as suas quatro máximas sobre impostos (igualdade, certeza, comodidade e economia na cobrança), mas, nos limites deste trabalho, é suficiente invocar, por meio de Ricardo Lobo Torres, a proposta do “ótimo de Pareto: a eficiência consiste na situação em que é impossível a melhora da utilidade de uma das pessoas sem reduzir a de outra” (TORRES, 2006, p. 70).

Na tributação, este “ótimo” é mais bem visualizado pela chamada “Curva de Laffer” (Figura 1, abaixo), a qual permite demonstrar que, com uma carga tributária zero, a arrecadação também será zero, ao passo que uma tributação de 100% também leva à arrecadação de zero, pois ninguém tem ânimo para produzir nada.

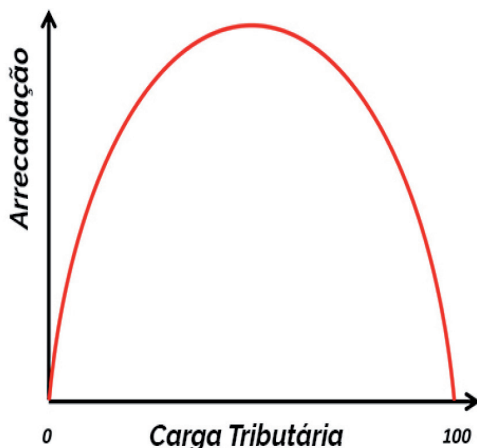


Figura 1 – Curva de Laffer.

Fonte: TORRES, 2006, p. 73.

Desta forma, a arrecadação tem um ponto ótimo, a partir do qual aumentar a tributação diminui a arrecadação, o que termina por ferir a capacidade contributiva. Sob a perspectiva da política tributária, portanto, a eficiência deve conviver com os demais princípios de legitimação da tributação, sem os quais será impensável a ordem tributária livre, justa e segura. “Sem igualdade é impossível a eficiência, que exige a igual distribuição de bens”, resume Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2006, p. 73).

Cabe pontuar, nesta quadra, que o Estado, exercendo o chamado “poder de tributar”, atua também de modo extrafiscal, sendo agente externo que influencia os agentes econômicos. Essa influência pode ocorrer por meio da regulação estatal, da tributação em sentido estrito, da concessão de incentivos financeiros-fiscais, da concessão de anistias, ou por meio de gastos públicos, dentre outras ações, sendo certo que estas ações estatais, em maior ou menor grau, sempre são determinantes na tomada de decisões dos agentes econômicos.

No que interessa ao objeto deste trabalho, essa influência decorre dos impactos que os programas de parcelamentos de débitos tributários possam gerar nas futuras decisões econômicas dos agentes. A hipótese é a de que a reiteração de programas de parcelamento induz à prática da “inadimplência contumaz”, por meio da qual contribuintes inadimplentes contumazes se utilizam das vantagens oferecidas pelos “REFIS” para obter vantagem concorrencial (reduzindo, por exemplo, seus preços), provocando, então, concorrência desleal em relação àqueles que cumprem suas obrigações tributárias. Nesse cenário, a decisão de deixar de recolher os tributos devidos (isto é, de violar a lei), ante a proliferação

de parcelamentos especiais, acaba por se inserir em mera análise de custo de oportunidade, que, como se verá mais abaixo, nos casos dos parcelamentos especiais, é altamente favorável à inadimplência.

Se o agente econômico deixa de cumprir suas obrigações tributárias, acreditando na ocorrência de um futuro parcelamento, no qual haverá redução de juros, multa e possibilidade de pagamento em longos meses, tem-se aí uma fonte de recursos financeiros de baixo custo, incentivando o não pagamento.

O tema não é estranho à doutrina, sendo reconhecido que o comportamento do contribuinte varia de acordo com as políticas tributárias adotadas pelo Estado, gerando inclusive, o chamado “risco moral”, examinado também por Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld. Esse risco, *moral hazard*, refere-se à possibilidade de alteração no comportamento individual do contratante, após a celebração do contrato (PINDYCK; RUBINFELD, 2002, p. 613). O exemplo clássico do risco moral é a mudança de comportamento do proprietário após a contratação do seguro do automóvel, deixando de ser tão cuidadoso como era antes da contratação do seguro.

Além do risco moral, reconhece-se, ainda, teoricamente, o feito da seleção adversa, sendo ambos os fenômenos relacionados com informações assimétricas dos agentes econômicos, gerando a chamada “falha de mercado”. No risco moral, como visto, o agente muda seu comportamento após a contratação, ao passo que, na seleção adversa, o desvio ocorre antes mesmo da ação (contratação), adotando o agente um comportamento oportunista. Ambos os comportamentos, claro, implicam, sob o ângulo econômico, perda de eficiência, eis que uma das partes assumirá comportamentos que prejudicam o equilíbrio do mercado.

No caso sob análise, não há de se negar a probabilidade da reiteração de parcelamentos, em vez de contribuir para a regularização de contribuintes inadimplentes, resultar em seleção adversa, incentivando os contribuintes adimplentes a não mais recolherem os tributos devidos, em uma espécie de “contaminação” provocada pelos contribuintes reiteradamente inadimplentes. A política tributária (ou, mais especificamente, a política arrecadatória) induz um comportamento indesejado dos contribuintes, sempre na expectativa de novos parcelamentos especiais, com a possibilidade de rolagens intermináveis de dívidas tributárias (já que, constantemente, permite-se transitar de um parcelamento para outro).

Marcelo Lettieri Siqueira e Francisco de Sousa Ramos se utilizam da chamada “tese de Allingham”, a indicar que o contribuinte avalia, cuidadosamente, os custos e benefícios da sonegação, adotando um comportamento sonegador depois de avaliar a possibilidade de seleção pelo órgão fiscalizador e o grau da punição (SIQUEIRA; RAMOS, 2005, p. 554). Ainda de acordo com Siqueira e Ramos:

Em termos econômicos, os problemas de sonegação originam-se do fato de que as variáveis que definem a base tributária (rendas, vendas, rendimentos, riqueza, entre outras) não são frequentemente observáveis. Isto é, um ente externo não pode observar o valor real da base tributária

de um indivíduo, e daí não pode saber a sua verdadeira responsabilidade tributária. Assim, os contribuintes podem levar vantagem da informação imperfeita que a administração tributária tem sobre sua responsabilidade e iludir a tributação (SIQUEIRA; RAMOS, 2005, p. 555).

Leandro Paulo Cypriani destaca que a reiteração de parcelamentos tributários é comportamento estatal que provoca a concorrência desleal, afetando diretamente o contribuinte adimplente:

O Programa de Recuperação Fiscal – Refis é um desvalor legal e moral, porque desonesto e ilegal, implicando uma concorrência desleal, em virtude das vultosas vantagens que advêm àqueles que a ele aderem em detrimento dos seus concorrentes que dele não são beneficiários, como se pôde extrair do caso adotado como referência, constatação que causa (ou ao menos deveria causar) indignação a quem – que não o usufrui – dele e de suas implicações tem ou deveria ter conhecimento na luta da concorrência (CYPRIANI, 2015, p. 11).

O exame mais detalhado dos dados numéricos disponíveis, a ser efetuado no tópico seguinte, corrobora a conclusão pela inadequação do “REFIS”, sob a ótica do controle de sua eficiência na arrecadação, confirmando a sua capacidade de alterar o comportamento do contribuinte de forma desfavorável ao Estado Fiscal.

ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DOS CONTRIBUINTES POR MEIO DE DADOS DO “REFIS”

Segundo dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme Tabela 1, consolidados em abril de 2016, mais de 90% (noventa por cento) dos contribuintes que aderiram ao REFIS, em 2000, foram posteriormente excluídos do programa, seja por inadimplência, seja por migração para um programa de parcelamento superveniente. Apenas 6,81% dos contribuintes, por outro lado, liquidaram seus compromissos.

Tabela 1 – Situação atual dos parcelamentos especiais (quantidades)

Parcelamento Especial	Lei Instituidora	Quantidades						
		Adesões	Ativos	%	Exclusão	%	Liquidação	%
REFIS	9.964, de 2000	129.181	2.853	2,21	117.446	90,92	8.791	6,81
PAES	10.864, de 2003	374.719	4.311	1,15	248.504	66,32	121.849	32,52
PAEX	MP 303, de 2006	244.722	3.517	1,44	146.792	59,98	94.021	38,42
REFIS DA CRISE	11.941, de 2009	536.697	105.581	19,67	177.515	33,08	253.601	47,25

Fonte: Brasil. Receita Federal do Brasil. Fl. 5 da Nota Codac/Cobra/Dapar n. 58, de 22 de abril de 2016.

O mesmo alto índice de exclusão e o baixo índice de liquidação se repetem nos três maiores programas de parcelamentos subsequentes, conforme se observa na mesma Tabela 1. A Tabela 2 permite observar que índices semelhantes se refletiram nos valores tributários parcelados.

Tabela 2 – Situação atual dos parcelamentos especiais (valores)

Valores na data da consolidação de acordo com a situação atual dos parcelamentos – R\$ milhão							
Parcelamento	Ativos	%	Liquidados	%	Excluídos	%	Total
REFIS	7.581	8,1	3.192	3,4	83.138	88,5	93.911
PAES	2.841	4,2	4.472	6,5	61.055	89,3	68.368
PAEX	1.044	2,8	887	2,4	35.691	94,9	37.622
REFIS DA CRISE	51.415	37,0	33.227	23,9	54.360	39,1	139.002

Fonte: Brasil. *Receita Federal do Brasil*. Fl. 5 da Nota Codac/Cobra/Dapar n. 58 de 22 de abril de 2016.

Segundo informações constantes da Nota Codac/Cobra/Dapar n. 58, de 22 de abril de 2016, aprovada pelo Coordenador-Geral de Arrecadação e Cobrança da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), em 22 de abril de 2016, item 9, no “Refis da Crise” de 2009, os optantes por essa nova modalidade permaneceram pagando a parcela mínima de R\$ 100,00 (cem reais) por mais de dois anos, enquanto se fazia, administrativamente, a consolidação dos débitos tributários (encerrada em julho de 2011). Ao longo desse lapso temporal, contribuintes notoriamente inadimplentes fizeram jus à chamada “certidão positiva com efeitos negativos” (prevista no art. 206 do CTN), obtendo, pois, um *status* de contribuintes adimplentes.

A mesma Nota Codac/Cobra/Dapar n. 58, de 2016, ainda informa que, no período de 2009 a 2011, metade das opções pelo novo parcelamento foi cancelada por irregularidades até mesmo no pagamento daquele valor mínimo, evidenciando que o programa, além de ineficaz para arrecadar, ainda provocou, como consequência indireta, concorrência desleal e efeitos contrários ao interesse público. Isso porque, ao longo desse período, devedores conseguiram atestar uma falsa regularidade fiscal, com o pagamento de valores inexpressivos, em evidente vantagem indevida em relação àqueles contribuintes que se mantiveram adimplentes, suportando integralmente o ônus da carga tributária.

Observa-se, assim, que os contribuintes incorporaram uma cultura de não pagamento de dívidas, sempre na expectativa de instituição iminente de novo programa de parcelamento, com condições especiais para pagamento. Inverteu-se, então, o objetivo de programas de parcelamentos, porque, em vez de ofere-

cer uma forma de regularização fiscal aos agentes econômicos produtivos em apuros financeiros extraordinários, bem como diminuir a litigância administrativa e judicial, esses programas passaram a induzir um estado de permanente inadimplência.

Destaca-se que, de acordo com informações da referida Codac/Cobra/Dapar n. 58, de 2009, o contribuinte com faturamento anual superior a R\$ 150 milhões, dentre outros critérios, está sujeito a acompanhamento especial pela RFB. Em 2016, esse universo de contribuintes era de 9.427, dos quais 2.023 participaram de três ou mais modalidades de parcelamentos especiais, conforme demonstrado na Tabela 3.

Tabela 3 – Pedidos de parcelamentos e dívidas de contribuintes contumazes

Quant Parc. Espec.	Qtd. CNPJ	Total Geral de Débitos (1)	Contribuintes Diferenciados	Dívida dos contribuintes diferenciados (2)	Participação (2/1)
3	38967	118741885489,73	1448	87907698214,97	74,03%
4	8400	33208302218,86	493	15383117944,16	46,32%
5	815	8325312687,23	82	6673803567,97	80,16%
Total:	48182	160275500395,82	2023	109964619727,10	68,61%

Fonte: Brasil. Receita Federal do Brasil. Fl. 8 da Nota Codac/Cobra/Dapar n. 58 de 22 de abril de 2016.

A análise da referida Tabela 3 permite constatar que nesses programas há uma participação relevante dos contribuintes com acompanhamento especial (faturamento anual superior a R\$ 150 milhões), representando mais de 68% dos valores parcelados. Constata-se, ainda, a reiteração desses contribuintes na adesão aos programas de parcelamento especial, sendo constantemente contemplados com os benefícios dos referidos programas.

Analisando o comportamento e impacto dos parcelamentos tributários, Frederico Igor Leite Faber e João Paulo Ramos Fachada Martins da Silva, coordenadores de Arrecadação e Cobrança da RFB, trabalharam, sob o ponto de vista econômico, especialmente com o universo das empresas com acompanhamento diferenciado, valendo-se de ferramentas econométricas (FABER; SILVA, 2016, p. 183). Na conclusão do trabalho, os autores descartaram a hipótese de que os parcelamentos de natureza tributária não influenciariam a decisão dos agentes econômicos na manutenção do pagamento de suas obrigações tributárias correntes, reconhecendo, pois, que tais programas não contribuem para manter a regularidade da arrecadação induzida (FABER; SILVA, 2016, p. 184).

O objetivo principal do trabalho de Frederico Igor Leite Faber e João Paulo Ramos Fachada Martins da Silva foi verificar a hipótese de que a expectativa de

instituição de novo parcelamento especial, assim como sua posterior concessão, reduzem a arrecadação induzida das empresas que aderem ao parcelamento especial. A fim de alcançar tal objetivo, o referido trabalho se incumbiu de analisar, do ponto de vista econômico, como a concessão de sucessivos parcelamentos tributários na área federal poderia influenciar as decisões dos principais agentes econômicos, empresas e famílias, em relação ao pagamento tempestivo dos tributos. Ademais, procurou-se testar, por meio de modelos econométricos, os efeitos da concessão dos parcelamentos tributários sobre a arrecadação tributária federal (FABER; SILVA, 2016, p. 184).

Com base nos dados reais obtidos na RFB, selecionou-se uma amostra de 4.979 empresas que já haviam passado pela sistemática de acompanhamento diferenciado da RFB e que arrecadaram algum valor em todos os anos entre 2000 e 2015. Faber e Silva dividiram, em seguida, o grupo selecionado entre optantes e não optantes de parcelamentos especiais e construíram o gráfico abaixo (Figura 2), o qual demonstra que, a partir de 2007, houve uma contínua diminuição na participação das empresas optantes por parcelamentos em relação ao total espontaneamente arrecadado (FABER; SILVA, 2016, p. 184):

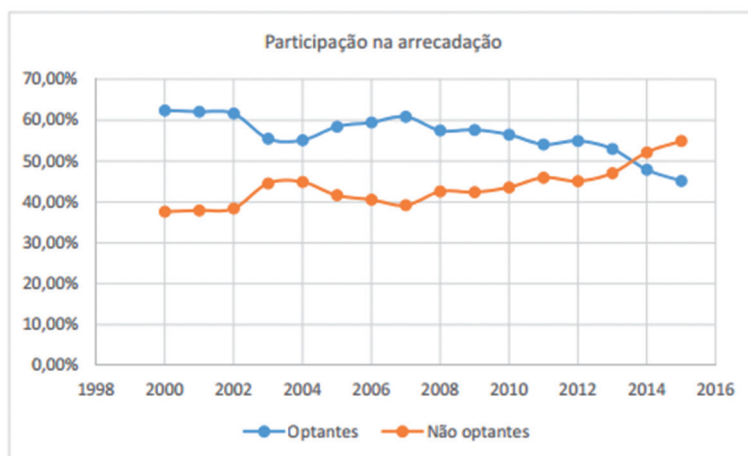


Figura 2 Participação Proporcional na Arrecadação entre Optantes e não Optantes de Parcelamento Especial.

Fonte: FABER; SILVA, 2016, p. 184.

Assim, Faber e Silva demonstraram que a União, a partir de 2007, passou a arrecadar cada vez menos dessas empresas, se comparadas com o grupo de empresas que não optou por parcelamentos especiais. Segundo os autores, essa influência negativa ocorre principalmente na expectativa de abertura de novo parcelamento (FABER; SILVA, 2016, p. 185). Essa expectativa reduz em 5,8% o

incremento esperado da arrecadação induzida para as empresas que optam pelo parcelamento especial, comparando com as que não optam. Após a opção pelos modelos apresentados, o “efeito colateral” acarreta um decréscimo estimado de 1,5% no incremento esperado da arrecadação induzida.

O trabalho conclui, então, ser possível estimar em R\$ 18,6 bilhões por ano o valor de tributos que deixou de ser arrecadado, em decorrência da reiterada concessão de parcelamentos especiais:

Considerando que 32% dos contribuintes especiais e diferenciados optaram por uma das reaberturas da Lei n. 11.941, de 2009, e que os contribuintes diferenciados respondem em torno de 70% da arrecadação tributária federal, cuja média foi de R\$ 600 bilhões para os anos de 2008 a 2012, pode-se estimar que em torno de R\$ 18,6 bilhões por ano, em valores nominais, deixaram de ser arrecadados de forma induzida. Além disso, entre as empresas analisadas que foram optantes pelo parcelamento reaberto em 2013 (3.410), 70,14% (2.392) já haviam optado pelo parcelamento de 2009, sugerindo efeitos cumulativos não abordados neste trabalho (FABER; SILVA, 2016, p. 185).

Por fim, Frederico Igor Leite Faber e João Paulo Ramos Fachada Martins da Silva mencionam o estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), denominado *Working Smarter in Tax Debt Management*, de 24 de julho de 2014, que contém quadro comparativo de parcelamentos tributários em 26 (vinte e seis) países. Constata-se, neste estudo comparativo, que na maioria dos países membros da OCDE o período máximo de parcelamento é de 24 (vinte e quatro) meses, período bem menor do que o previsto nos sucessivos parcelamentos concedidos pela União Federal. Apenas em casos especiais esse prazo é alongado, e nesses casos é exigida garantia real do pagamento dos valores dos créditos parcelados, tais como imóveis, ativo imobilizado.

Frederico Igor Leite Faber e João Paulo Ramos Fachada Martins da Silva, após analisar os dados do estudo da OCDE, observam:

Não são conhecidos, em outras administrações tributárias, parcelamentos com prazos tão alongados quanto os parcelamentos concedidos na esfera federal brasileira, que variam de 60 meses (parcelamento ordinário) a 180 meses (prazo mais usual entre os parcelamentos especiais), podendo haver também os parcelamentos sem prazo definido, que podem durar várias décadas (Refis, de 2000) (FABER; SILVA, 2016, p. 162).

Desde 2000, então, quando se tornou rotineira a concessão de parcelamentos especiais, contemplando ainda anistias e remissões, é possível afirmar a alteração do comportamento do contribuinte, produzindo perda de eficiência da

arrecadação tributária federal, afetando, inclusive, as perspectivas de arrecadação futura. Mantém-se uma política arrecadatória que incentiva a inadimplência, com consequências negativas para a percepção de isonomia no sistema tributário, desestimulando os contribuintes adimplentes.

Não se pode descartar até mesmo o incentivo à litigância tributária, como forma de risco calculado, de modo que o contribuinte discute teses tributárias, mais ou menos robustas (sob o enfoque jurídico), contando com a garantia de, ao final da demanda, poder optar pela adesão a um novo “REFIS”. Essa questão, porém, ultrapassa os limites deste artigo, mas se apresenta, por si só, como tema suficiente para justificar pesquisa específica.

É claro, por fim, que não se pode descartar a utilização pontual de programas especiais de parcelamento, conjugados com remissões e anistias tributárias, de modo a permitir, em situações excepcionais, a retomada da inadimplência. O que se percebe, porém, no caso brasileiro, é a constante utilização desse mecanismo, até mesmo com simples função arrecadatória (em razão de sucessivos déficits orçamentários), provocando efeitos perversos nos agentes econômicos (risco moral e seleção adversa).

Em um sistema jurídico que expressamente consagra o princípio da eficiência, essa política de arrecadação tributária deve ser questionada, não se sustentando, enfim, sua reiteração ao longo de vários anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos dados relativos aos programas de parcelamentos especiais demonstra que elevado número de contribuintes, reiteradamente, fez opção pelos sucessivos programas, desde 2000 até 2016, evidenciando a prática de rolagem constante da dívida tributária. Verifica-se que determinados agentes econômicos percebem esses programas como incentivo à postergação de suas obrigações tributárias, uma vez que o custo-oportunidade favorece essa conduta, criando, assim, o chamado risco moral.

Opta-se, assim, pela inadimplência, com postergação do pagamento de tributos, vislumbrando, em futuro próximo, a obtenção de vantagens diversas, como redução de juros, multas, maiores prazos de pagamento, desobrigação da prestação da garantia, suspensão da pena nos crimes contra a ordem tributária, juros em condições muito mais atraentes que as taxas de mercado, dentre outras vantagens que, constantemente, foram incorporadas àqueles programas de parcelamento.

Os agentes econômicos, então, percebem como alta a probabilidade de ocorrer nova oferta de “REFIS”, uma vez que, insista-se, eles vêm se sucedendo, desde 2000, em média a cada três anos.

Assim, incentiva-se a instalação de ambiente econômico que favorece a concorrência desleal entre os contribuintes inadimplentes e os adimplentes. Desta forma, o comportamento dos contribuintes regulares, que recolhem seus tributos tempestivamente, tende a se alterar ao longo do tempo, ressaltando, pois, a ineficiência desses programas especiais.

Os dados examinados confirmam esta hipótese, apontando para o decréscimo na arrecadação futura, provocado pela inadimplência daqueles contribuintes anteriormente regulares, tendo em vista a expectativa criada de um novo “REFIS”, considerando a prática reiterada desses parcelamentos especiais, desde 2000. Os dados disponíveis fornecem inúmeros sinais de deturpação no comportamento dos contribuintes, sempre na expectativa de novos parcelamentos especiais, prejudicando a eficiência das políticas de arrecadação, com repercussões negativas óbvias na isonomia tributária e na concorrência leal entre agentes econômicos.

O princípio da eficiência, desse modo, apresenta-se como mecanismo jurídico necessário para corrigir essa distorção no sistema tributário, exigindo também do legislador a opção por instrumentos mais eficientes de regularização tributária, que não causem distorções evidentes no comportamento dos contribuintes, provocando risco moral e seleção adversa.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: RT, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988. *Lex: legislação federal e marginalia*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 maio 2017.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASSONE, Vittorio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: RT, 2006.

CYPRIANI, Leandro Paulo. O Programa de Recuperação Fiscal – REFIS (o bolsa família dos endinheirados), a livre concorrência (desleal) e a (não) indignação de Ostários Brasileiro Júnior. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 65, abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Leandro_Cypriani.html>. Acesso em: 16 jun. 2017.

FABER, Frederico Igor Leite; SILVA, João Paulo Ramos Fachada Martins da. Parcelamentos Tributários: análise de comportamento e impactos. *Revista da Receita Federal – Estudos Tributários e Aduaneiros*, v. 3, n. 1-2, p. 161-187, 2016. Disponível em: <<http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceitafederal/article/view/201/89>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípio da eficiência em matéria tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia: mercados com informação assimétrica*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista Interesse Público*, ano 1, n. 4, São Paulo, Notadez, out./dez. 1999.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. Justiça social. *Brasil Escola*, 2003. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/justica-social.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS Francisco de Sousa. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. *Rev. Econ. Contemp.* [online], v. 9, n. 3, p. 555-581, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v9n3/v9n3a04>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOIUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. 1.

Data de recebimento: 17/11/2017

Data de aprovação: 12/03/2018

O TRATAMENTO JURÍDICO DOS MIGRANTES À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

THE LEGAL TREATMENT OF MIGRANTS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL AND BRAZILIAN LAW

Fernanda Monteiro Cavalcanti*

Marcelo Maurício Silva**

RESUMO

O presente trabalho, por meio do método dedutivo, tem por objetivo levar à reflexão a respeito do atual direito dos migrantes, tanto nas normas do direito internacional quanto nos dispositivos legais da legislação interna brasileira, bem como sua evolução normativa a respeito de uma maior atenção aos direitos humanos. Para tanto, por via da pesquisa qualitativa e da abordagem do dogmatismo jurídico, valeu-se das fontes formais e complementares do direito internacional público a respeito dos migrantes, bem como do princípio da autodeterminação dos Estados. Após, adentrou-se na legislação brasileira sobre o direito dos migrantes, sua legislação vigente e seus projetos de lei a respeito da temática, observando-se nos últimos também determinadas diferenças normativas a respeito da adequação do direito interno ao direito internacional, respeitando, assim, a primazia do direito internacional.

Palavras-chave: Direito dos migrantes; Direito internacional; Direito brasileiro.

ABSTRACT

The present work, through the deductive method, aims to lead to reflection on the current right of migrants, both in the norms of international law and in the legal provisions of Brazilian domestic legislation, as well as its normative evolution regarding greater attention human rights. To do this, through qualitative research and the approach to legal dogmatism,

* Advogada. Especialista em Direito Internacional pela UFRN. Pós-graduanda em Direito Civil pela PUC-Minas. E-mail: fmcavalcantiadv@gmail.com

** Advogado. Professor de graduação e pós-graduação no curso de Direito do UNI-RN. Especialista em Direito Internacional pela UFRN. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela ESMAT 21. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). E-mail: marcelomauriciorn@gmail.com

it drew on formal and complementary sources of public international law on migrants, as well as on the principle of self-determination of States. Afterwards, it became part of the Brazilian legislation regarding the right of migrants, its current legislation and its bills on the subject, and also observed certain normative differences regarding the adequacy of domestic law to international law, thus respecting the primacy of international law.

Keywords: Migrants' rights; International Law; Brazilian Law.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Público, ramo de grande importância no estudo do Direito, versa, dentre outras temáticas, a respeito da definição das responsabilidades legais dos Estados em suas condutas uns com os outros e sobre o tratamento dos indivíduos dentro das fronteiras de cada Estado. Dentre as questões de interesse mundial abrangidas por este regimento internacional está o instituto do direito dos migrantes, sendo este abordado atualmente em situações que envolvam a condição jurídica do estrangeiro em território diverso do seu próprio.

Observa-se que, sobretudo na conjuntura internacional atual, com maior fluxo migratório, deve-se levar ao debate acadêmico o direito dos migrantes, não só a nível internacional, por meio de tratados e convenções, mas a nível também nacional, a partir da análise de cada legislação interna de cada Estado a respeito da temática. O presente trabalho tem por objetivo refletir a respeito da legislação atual brasileira sobre o direito dos migrantes, apresentando a legislação em vigor e os anteprojetos e projetos de lei que englobem a referida temática.

Apresentar-se-á o direito dos migrantes, primeiramente, a nível global, aplicando-se esse ao direito internacional, mediante suas fontes formais, quais sejam, tratados, costume e princípios, e de suas fontes complementares, a saber, os atos unilaterais dos Estados relativos aos migrantes e os atos unilaterais das organizações internacionais a respeito da mesma temática.

Após, ainda tratando do direito internacional do migrante, falar-se-á no princípio da autodeterminação do direito internacional, demonstrando o limite da autodeterminação de cada Estado, de acordo com a sujeição dos Estados ao direito universal da livre circulação de pessoas e à regra do *pacta sunt servanda*.

Far-se-á uma análise das normas a respeito dos estrangeiros a nível nacional, apresentando-se a legislação brasileira atual concernente à temática, por meio do exame de normas, como o Estatuto do Estrangeiro, do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes, e do Projeto de Lei de Migração de 2015.

Para tanto, salienta-se que a presente pesquisa é qualitativa, e que o método dedutivo foi empregado. Igualmente, sustentou-se na perspectiva da dogmática

jurídica, especialmente por centrar-se no estudo de textos normativos nacionais e internacionais, bem como nas demais fontes do Direito.

Finalmente, observa-se a devida relevância que este trabalho tem para contribuir com os estudos do Direito Internacional Público, tendo em vista que a análise da evolução normativa brasileira a respeito do direito dos migrantes se configura numa temática relevante e atual, sendo necessária sua apresentação à comunidade acadêmica.

Desse modo, acredita-se que no estudo realizado por meio do presente trabalho fique esclarecido ao leitor qual tratamento jurídico é concedido ao migrante em níveis internacional e nacional referente à legislação do Brasil, havendo um verdadeiro amoldamento do direito interno brasileiro ao direito internacional no que se refere à temática em tela, configurando-se numa evolução significativa da influência do direito internacional público dentro da legislação interna brasileira.

FONTES JURÍDICAS PROTETORAS DOS DIREITOS DOS MIGRANTES

Em face da enorme quantidade de pessoas se deslocando do país de sua nacionalidade para outro Estado, por razões diversas, faz-se necessária uma normatização a respeito do tema, visando regularizar, de forma ordenada, a interação entre esses indivíduos e os Estados que os acolhem, em nível internacional. Dentre as várias problemáticas geradoras das normas de Direito Internacional Público, encontra-se o direito dos migrantes, tema de suma importância neste ramo do Direito, tendo em vista estar regularizado em diversos tratados, convenções e declarações internacionais ratificadas pelos Estados.

Neste íterim, ressalta-se a importância e a validade na normatização de um direito próprio dos migrantes, haja vista tratar de seres humanos que têm seus direitos muitas vezes infringidos, e tendo em vista de que os Estados devem proporcionar a garantia dos direitos fundamentais a qualquer estrangeiro que se encontre em seu território¹. Logo, dar-se-á início à análise do direito internacional dos migrantes primeiramente no que se refere à suas fontes, demonstradas a seguir.

Constituindo-se como um dos instrumentos normativos de maior importância na formação do direito internacional, o tratado internacional hoje é tido como principal fonte deste ramo do direito², haja vista que a sua maior elaboração e celebração pelos Estados é o indicativo de uma interdependência mais

¹ BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

² BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

intensa entre os países e desenvolvimento das relações internacionais³. Além disso, o tratado internacional se apresenta perfeitamente como uma expressão do princípio da primazia do direito internacional, mostrando-se juridicamente superior à legislação interna dos Estados e obedecendo ao princípio do *pacta sunt servanda*, presente no artigo 26 da Convenção de Viena de 1969, o qual aduz que o tratado faz lei entre as partes, obrigando os Estados signatários a cumprir o que acordaram em determinado tratado internacional.

Neste viés, a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 2º⁴, 1, *a*, define os tratados internacionais como um acordo internacional concluído por escrito entre os Estados.

Desta forma, os tratados internacionais são, de forma incontestável, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público atualmente, não somente em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre dos Estados e das organizações internacionais, sem a qual não subsistiriam⁵.

A respeito da matéria tratada no presente trabalho, podem-se citar alguns exemplos de tratados que versam sobre a mobilidade das pessoas, falando primeiramente do *General Agreement on Trade in Services* (GATS), sendo ele um acordo-quadro sob tutela da Organização Mundial do Comércio (OMC), celebrado no dia 12 de abril de 1994, que fixa as regras gerais de acesso aos mercados nacionais para execução de serviços por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras em outro Estado, conforme definido no seu artigo I, 2, (d), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro⁶⁻⁷. De igual forma, no que concerne à matéria de mobilidade de pessoas, mais especificamente sobre o indivíduo migrante em função do trabalho, cita-se a Convenção n. 97 sobre os Trabalhadores Migrantes, aprovada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na 32ª Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, sendo também já incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, mediante decreto legislativo⁸.

³ MELLO, Celso. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁴ “Tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

⁵ MAZZUOLI, Valerio. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013.

⁶ O referido tratado foi incorporado à legislação brasileira em 30 de dezembro de 1994, por meio do Decreto n. 1.355, publicado no *Diário Oficial da União (DOU)* em 31 de dezembro de 1994.

⁷ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional*: alguns aspectos da atualidade. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bI5hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁸ A referida Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 14 de julho de 1966, por meio do Decreto n. 58.819, publicado no *DOU* em 19 de julho de 1966.

De igual forma, também pode-se mencionar a Convenção Internacional Sobre Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, adotada pela Resolução n. 45/158 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1990, tendo como objetivo a permissão de que um determinado indivíduo de certa nacionalidade possa residir em seu país de origem e trabalhar em outro país vizinho, constituindo-se como a condição do trabalhador qualificado como “fronteiriço”. A Convenção⁹ se aplica a todo o processo migratório dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias, como a preparação da migração, a partida, a duração total da estada, e o regresso ao Estado de origem ou de residência habitual, de acordo com seu artigo 1º.

Já no que concerne à situação de apátridas e refugiados, existem duas convenções que versam sobre a temática: a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas, aprovada em 28 de setembro de 1954, em Nova Iorque, com o intuito de obrigar os Estados signatários a garantir os direitos fundamentais no que se refere a indivíduos na condição de apátridas, e a Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, a qual tem como objetivo a garantia dos direitos humanos e liberdades fundamentais aos que se encontram na condição de refugiados¹⁰.

Sabendo-se que o Direito Internacional possui outras fontes normativas além dos tratados internacionais, não se pode deixar de discorrer, por exemplo, a respeito dos princípios internacionais no que concerne à matéria da migração internacional.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz menção aos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” como uma das fontes do direito internacional. Assim, pode-se entender por princípios um conjunto de regras de direito que rege as relações internacionais, aplicável à ordem internacional.

Pois bem, uma vez que prevalece o entendimento de que os princípios gerais de direito são aqueles aceitos por todos os ordenamentos jurídicos¹¹, podem-se elencar, nesta seção, alguns princípios de direito internacional aplicáveis à legislação referente a direitos dos migrantes.

⁹ Tendo sido encaminhada ao Congresso Nacional brasileiro, por meio da Mensagem n. 696, de 13 de dezembro de 2010, a Convenção Internacional Sobre Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família ainda não foi aprovada.

¹⁰ A incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados se deu por meio do Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961, publicado no *DOU* em 30 de janeiro de 1961. Já a Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, a seu turno, foi promulgada em 22 de maio de 2002, por meio do Decreto Presidencial n. 4.246, publicado no *DOU* de 23 de maio de 2002.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013.

Em primeiro lugar, tendo-se em mente que, por meio dos tratados, a lei interna deve se submeter ao que foi acordado nos tratados internacionais, inclusive em se tratando de acordos acerca do direito dos migrantes, faz-se menção ao Princípio da Superioridade ou Primazia do Direito Internacional. O referido princípio significa que o direito internacional (isto é, em sua integralidade, e não somente os tratados) se impõe sobre o conjunto do direito interno, desde que exista, via de regra, manifestação de consentimento de obrigar-se internacionalmente¹².

Ainda, infere-se que os Estados, ao se sujeitarem às normas de Direito Internacional, admitem sua superioridade sobre as normas internas constitucionais, legislativas, regulamentares, ou decisões judiciais¹³. Tendo em vista a devida sujeição normativa por parte dos Estados, eles se veem obrigados, independentemente de sua legislação interna, a cumprir com o que foi acordado também nos tratados referentes aos direitos dos migrantes, tomando como exemplos os tratados citados na seção anterior.

Da mesma forma, observa-se a existência de um segundo princípio do direito internacional que se encontra relacionado à temática do direito dos migrantes, qual seja, o princípio do respeito aos direitos humanos. Logo, sabe-se que os direitos humanos, sendo inerentes a todos os indivíduos, visam assegurar a proteção das liberdades fundamentais e da dignidade humana de forma geral, tendo como objetivo garantir que todos tenham uma vida minimamente digna. Pelo seu caráter geral, o instituto jurídico dos direitos humanos se estende a todos os seres humanos, sem fazer qualquer acepção de pessoas, conforme os artigos 1º e 2º¹⁴ da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵.

Assim, além de serem possuidores de um caráter universal, é válido ressaltar que os direitos humanos são também inalienáveis, indivisíveis e interdependentes. Desta forma, não há possibilidade de venda ou cessão dos direitos humanos, bem como de conceder alguns direitos e outros não, haja vista que a violação de

¹² BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹³ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁴ “Artigo 1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Artigo 2º Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.”

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948.

um direito humano implica a afetação do respeito por outros dispositivos. Todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa.

Logo, por deter a característica de aplicação universal, os direitos humanos se estendem também aos migrantes, e o princípio do respeito aos direitos humanos deve ser observado com muito cuidado e afinco na situação deste grupo específico de pessoas, haja vista que por incontáveis vezes os migrantes têm seus direitos humanos evidentemente violados, seja na negativa dos Estados em recepcioná-los, seja por abandonar os migrantes em situações deploráveis sem qualquer apoio do Estado receptor.

Por último, não se pode deixar de mencionar, em se tratando de direito internacional dos migrantes, o princípio da cooperação internacional entre os Estados. Sabendo-se que a cooperação internacional se dá no âmbito de pessoas jurídicas de direito internacional, a cooperação mostra-se crescente, inclusive para além da figura dos Estados, tendo em vista a importância das organizações internacionais nas relações internacionais.

Portanto, a cooperação internacional é o ato de mútua ajuda entre dois ou mais sujeitos de direito internacional para a finalidade de um objetivo comum, podendo ser das mais diversas espécies: político, cultural, estratégico, humanitário, econômico. Assim, a cooperação pode ter por objeto um bem jurídico ou atividade ligada aos mais diversos ramos jurídicos: tributário, trabalhista, penal, direitos humanos, previdenciário, administrativo, processual, dentre outros.

Ainda, é válido salientar que o princípio em questão se encontra no art. 4º da Constituição Federal do Brasil de 1988, situando-se dentro do rol dos princípios que rege as relações internacionais da República Federativa do Brasil. Assim, dentre os deveres morais dos Estados, considera-se principal o dever de assistência mútua, o qual pode se manifestar de diversas formas. Entre elas, podem-se citar as seguintes: a) abrigo concedido por um Estado; b) os socorros marítimos em caso de naufrágio ou outro sinistro; c) a adoção de certas medidas sanitárias que impeçam a propagação de enfermidades; d) a assistência e cooperação para a administração da justiça¹⁶.

O acolhimento de migrantes, bem como sua garantia de direitos por parte do país receptor, caracteriza-se como uma espécie de cooperação internacional, para que as relações internacionais se regulem de forma adequada. Ainda, é sabido que existem outras fontes do direito internacional que podem tratar de temas relacionados ao direito dos migrantes, sendo denominadas fontes jurídicas “complementares” do direito internacional.

¹⁶ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. I.

Neste sentido, no que diz respeito às fontes do direito internacional de forma geral, pode-se citar o Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹⁷, datado de 1945, o qual elenca, em seu artigo 38, as fontes de direito internacional nas quais a Corte Internacional de Justiça deve se basear para solucionar as controvérsias internacionais que lhe forem submetidas. A doutrina considera as fontes elencadas “tradicionais”, sendo as demais fontes de direito internacional “complementares”.

Sendo assim, citam-se no presente trabalho duas destas fontes: os atos unilaterais dos Estados e os atos unilaterais das Organizações Internacionais, no que se refere à matéria de direitos dos migrantes.

Já se tendo falado a respeito da existência de fontes complementares do direito internacional, falar-se-á primeiramente a respeito dos atos unilaterais dos Estados, os quais, apesar de não se encontrarem mencionados no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são considerados pertencentes ao contexto das fontes do direito das gentes, sendo modos de formação voluntários do Direito Internacional Público, por tratar-se de expressão de vontade de um sujeito de direito das gentes, tendente a criar efeitos jurídicos¹⁸.

Também de acordo com Celso de Mello, o ato unilateral do Estado, na ciência jurídica, é aquele em que a expressão da vontade de um sujeito de direito é suficiente para produzir efeitos jurídicos nas relações internacionais¹⁹. O ato unilateral de um Estado, além de dever estar de acordo com as normas de direito internacional, faz-se obrigatório tanto para seu autor quanto para os Estados que confiaram nele, tendo, assim, o direito de exigir o seu cumprimento.

Assim, é sabido que o fundamento dos atos unilaterais parece estar no costume, haja vista que os referidos atos surgem nas lacunas não regulamentadas pelas normas de direito internacional. Os denominados pela doutrina “atos unilaterais discricionários fundamentados na soberania do Estado” não encontram seu fundamento diretamente no direito internacional.

Desta forma, existem categorias principais divididas dentro dos atos unilaterais discricionários fundamentados na soberania dos Estados, dentre as quais destacar-se-ão aqui as chamadas “declarações”. Sobre esta categoria, constitui-se como um termo genérico que designa todos os atos dos Estados que dão a conhecer a outros Estados sua posição sobre determinada situação jurídica, manifestando, assim, sua intenção de adotar um determinado comportamento, e gerando uma obrigação para a outra parte²⁰.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 26 de junho de 1945.

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013.

¹⁹ MELLO, Celso. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

²⁰ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Como forma exemplificativa do que foi discorrido em relação às declarações dos Estados como atos unilaterais destes, envolvendo o direito dos migrantes, pode-se citar o pronunciamento do governo húngaro diante da crise dos refugiados na Europa, posicionando-se a favor da proibição da entrada de migrantes em seu território.

Destarte, o primeiro-ministro húngaro Viktor Orban se pronunciou a respeito, considerando os fugitivos frutos da crise dos migrantes na Europa uma “explosão” e “ameaça de infecção” nos limites de seu território. Assim, fez-se contra o ingresso de refugiados na Hungria, o que causou grande repercussão dentro da sociedade internacional, haja vista ter sido alegado que o referido Estado feriu diversos dispositivos legais de direito internacional que teria ratificado anteriormente.

Desta forma, sabendo-se que a Hungria faz parte da União Europeia desde 2004, vários Estados e organizações internacionais alegaram que o referido país estaria violando: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais especificamente em seu artigo 14²¹; o Estatuto do Refugiado da Convenção de Genebra de 1951²²; além da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seus artigos 6º (referente à obrigatoriedade de registrar todas as solicitações de proteção internacional que sejam apresentadas) e 9º (referente ao “Direito ao asilo”), além do Convênio Europeu de Direitos Humanos, havendo violação dos arts. 3º, 13 e protocolo 4º²³.

Assim, observando-se a declaração como forma de ato unilateral do Estado da Hungria em relação aos direitos dos migrantes, faz-se válido mencionar que se pode falar em outra forma de ato unilateral, também fonte complementar do direito internacional: os atos unilaterais das organizações internacionais.

Em conformidade com o que foi dito acerca da não previsibilidade dos atos unilaterais dos Estados no Estatuto da Corte Internacional de Justiça como fontes formais do direito internacional, os atos unilaterais das Organizações Internacionais também são encarados como fontes “complementares” das normas de direito internacional.

No entanto, em conformidade com os doutrinadores Jahyr-Philippe Bichara e Dominique Carreau, a doutrina e a jurisprudência internacionais concordam que os atos unilaterais das Organizações Internacionais e dos Estados devem ser

²¹ “Em caso de perseguição, toda pessoa tem direito de buscar asilo, e a desfrutar dele, em qualquer país”.

²² “A proteção que um Estado oferece a pessoas que não são seus nacionais e cuja vida ou liberdade está em perigo por atos, ameaças e perseguições das autoridades de outro Estado”.

²³ MAGALHÃES-RUETHER, Graça. Países da união europeia violam tratados em comum ao recusarem refugiados. *O Globo*, 3 de setembro de 2015.

incluídos entre as fontes do direito internacional contemporâneo a título de um novo Estatuto da Corte Internacional de Justiça²⁴.

Também é válido salientar o respeito que os atos unilaterais devem aos termos da carta constitutiva da organização internacional. Os atos devem ser adotados para uma finalidade legítima pelos órgãos competentes, decidindo conforme as maiorias exigidas, produzindo efeitos em virtude das disposições da carta constitutiva e em função da finalidade da organização internacional²⁵.

Ainda, sustenta-se que as organizações internacionais detêm certo poder normativo. Este pode ser exercido em duas direções: pode visar a situações internas próprias à organização, mas também pode se dirigir a situações externas e produzir obrigações jurídicas para os Estados membros da organização e até para os não membros²⁶.

Referir-se-á, a título de exemplo, a situação que gerou obrigações somente para Estados membros da organização internacional em tela. Trata-se da decisão adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em julho de 2016, unanimemente por seus Estados-membros, a fim de tornar a Organização Internacional para as Migrações (OIM) um organismo associado ao sistema ONU²⁷.

Assim, com o referido acordo, as Nações Unidas reconhecem a Organização Internacional para as Migrações como um ator indispensável em assuntos referentes à mobilidade humana, incluindo a proteção de migrantes e indivíduos deslocados em comunidades afetadas, por quais motivos forem. Incluem-se neste tratamento o reassentamento de refugiados e os retornos voluntários de populações.

Além disso, a resolução dos Estados-membros trata do fortalecimento da cooperação entre ambas as entidades, a fim de que os interesses dos migrantes e dos países envolvidos sejam satisfeitos. Em face da decisão das referidas organizações internacionais, o diretor-geral da OIM, William Lacy, manifestou-se no sentido de que a OIM sempre trabalhou muito próxima à ONU, tanto no nível operacional quanto no jurídico. Além disso, aduziu que os Estados-membros da Organização a reconhecem como agência protagonista sobre a migração no mundo, e que agora fazer parte da “família ONU” dará à OIM uma voz vital na

²⁴ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

²⁵ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

²⁶ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL para as Migrações fortalece vínculos com a ONU. *ONU/BR*, 25 de julho de 2016.

mesa das Nações Unidas, com o fim de defender os direitos dos migrantes em todo o planeta.

Assim, faz-se válido salientar que a OIM, criada em 1951, constitui-se, atualmente, como a principal organização intergovernamental dedicada às migrações, possuindo 127 Estados e 77 ONGs como membros e apoiadores²⁸. Baseando-se no princípio de que uma migração ordenada e de acordo com os direitos humanos beneficia tanto o migrante como a sociedade internacional de forma geral, a OIM atua, sobretudo, nos locais de combate à migração forçada, facilitando e regulamentando as eventuais migrações.

O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS ESTADOS NA REGÊNCIA DA MIGRAÇÃO

Conforme aduzido anteriormente, a importância e a localização dos princípios como fontes formais de direito internacional já foram elencadas no presente trabalho, ainda não tendo sido tratada sua universalidade. Ela configura-se de forma simples: para que haja uma universalidade de determinado princípio, basta que este haja sido reconhecido no direito positivo, se não por todos os países da sociedade internacional, ao menos pelos mais representativos deles²⁹.

Portanto, o princípio da autodeterminação dos Estados não se faz diferente, haja vista que está presente no texto da Carta das Nações Unidas (1945), em seu artigo primeiro, o qual versa a respeito dos propósitos das Nações Unidas³⁰⁻³¹. O referido princípio universal também detém grande importância no âmbito do direito internacional dos migrantes, razão pela qual será objeto de análise do presente capítulo.

O princípio da autodeterminação dos Estados, em uníssono com o próprio conceito de autodeterminação, diz respeito ao direito dos povos de um determinado Estado a se autogovernar, exercendo sua soberania em razão de realizar suas próprias escolhas e organização interna, em todas as esferas, política, jurídica, econômica e social. É o direito dos povos de se autogovernar sem a interferência de outro país em suas tomadas de decisões quanto à ordem interna.

²⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES – OIM. *OIKOS*. Disponível em: <<http://www.oikos.pt/pt/sobre-nos/os-nossos-parceiros/todos-os-financiadores/item/1366-organiza%C3%A7%C3%A3o-internacional-para-as-migrac%C3%B5es-oim>>. Acesso em: 12 set. 2016.

²⁹ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁰ “2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945.

Assim, o princípio da autodeterminação dos povos significa que o Estado pode governar-se de acordo com seus próprios interesses. Logo, está estreitamente ligado ao princípio da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, que determina a não interferência nos demais Estados. Assim, enquanto o primeiro princípio tem como referencial o próprio Estado, o segundo tem como referencial os outros Estados. A não ingerência não significa ausência de influência política e econômica, pois os Estados são interdependentes em diferentes níveis: econômico, cultural, político. Desta forma, estes princípios garantem ao Estado a liberdade de tomar suas próprias decisões³².

Ademais, é válido salientar que, em sua essência, o princípio da autodeterminação dos povos partia do “conceito de igualdade dos povos”, no sentido de que não há superioridade entre Estados³³.

Assim, uma vez exposto o conceito de autodeterminação e do próprio princípio da autodeterminação dos Estados, faz-se a sua aplicação em relação ao direito internacional dos migrantes, tanto no que se refere à competência pessoal como territorial dos Estados.

Em relação à temática da competência territorial dos Estados, aduzem Jahyr-Philippe Bichara e Dominique Carreau que o elemento territorial da constituição de um Estado é fundamental na determinação da sua personalidade jurídica no cenário internacional por dois motivos. Primeiro porque é um dos elementos constitutivos essenciais que permite sua localização geográfica na ordem internacional, e segundo porque o território dará ao Estado um direito de agir em razão da sua existência. Ele tem, assim, capacidade para agir interna e internacionalmente com base na competência territorial³⁴.

Ato contínuo, ainda de acordo com o raciocínio de Jahyr-Philippe Bichara a respeito da competência territorial dos Estados em matéria de direito migratório, afirma-se que as competências do Estado remetem a todos os atos que adota em seu território. Em outros termos, o Estado é competente não apenas para organizar seus poderes políticos constitucionalmente, mas também para organizar seu sistema político e social. Assim, o Estado adota medidas cabíveis para regular seus fluxos migratórios de acordo com suas necessidades econômicas e políticas quando deseja estreitar relações com outros países³⁵.

³² VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ RAMINA, Larissa. *O princípio da autodeterminação dos povos e seus paradoxos: a aplicação na guerra do Causaso de 2008*.

³⁴ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁵ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bI5hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

A autodeterminação dos Estados na matéria de migrações internacionais tem um alcance territorial que comporta três dimensões: o espaço terrestre, o espaço marítimo e o espaço aéreo. As formas de exercer a autodeterminação se dão por meio de poderes normativo, judicial e de polícia, possuindo o Brasil, por exemplo, uma legislação própria para tratar da entrada, saída e permanência de migrantes em seu território, a saber, a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, sendo conhecida como Estatuto do Estrangeiro³⁶.

Ainda sobre a temática da competência territorial dos Estados em matéria de direito internacional dos migrantes, aduz-se, de acordo com Bichara, que a competência territorial do Estado também significa que ele deve ter capacidade de coerção em caso de descumprimento das normas de entrada e permanência em seu território. Assim, cabe ao Estado rejeitar toda demanda de entrada de um estrangeiro em seu território sem justificativa legal, podendo o Estado levar um imigrante ilegal a julgamento se este houver violado uma regra de direito³⁷.

Já a respeito da competência pessoal dos Estados, preceituam Bichara e Carreau que ela se constitui numa outra prerrogativa do Estado, que pode agir enquanto sujeito do direito internacional, em virtude do laço jurídico que ele tem com sua população: a nacionalidade³⁸.

A Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso Nottebohm, conceituou a nacionalidade como um instituto jurídico de grande relevância, aduzindo que ele se constitui num vínculo jurídico, tendo em sua base um fato social de ligação. Seria a nacionalidade a expressão jurídica do fato de que o indivíduo ao qual ela é conferida está, de fato, mais estreitamente ligado à população do Estado que a confere do que a de qualquer outro Estado³⁹.

Ademais, faz-se válido salientar que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê, em seu artigo 15, o direito de todo ser humano à nacionalidade⁴⁰. Neste sentido, a fim de garantir o direito à nacionalidade aos indivíduos de uma forma geral, o direito internacional se manifestou por intermédio

³⁶ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bl5hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

³⁷ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bl5hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

³⁸ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁹ BROWNLIE, Ian. *Princípios do Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. In: WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 10 de dezembro de 1948.

da elaboração da Convenção para a Redução dos Casos em Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961.

Assim, a Convenção, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 8.501, de 18 de agosto de 2015⁴¹, tem como objetivo, como sugere seu nome, a redução da apatridia em escala mundial. Pois bem, em seu corpo textual, prevê normas que regulamentam as medidas cabíveis e mais convenientes que os Estados devem tomar quando se veem perante casos de apatridia, a fim de que todos os indivíduos sob sua competência adquiram a nacionalidade que lhes é devida.

Dessa maneira, o maior propósito da Convenção é o de que o maior número de indivíduos tenha acesso ao artigo 15 da Declaração dos Direitos Humanos, a saber, o referido direito à nacionalidade. Portanto, os migrantes se veem totalmente inclusos dentre os beneficiados pela Convenção, haja vista que a apatridia, infelizmente, faz-se presente em muitos casos de migrantes que se deslocam para outro Estado por motivos diversos, pois, por diversas vezes, há perda de documentos necessários para comprovar sua nacionalidade, bem como por vezes o procedimento para a aquisição da nacionalidade de determinado Estado se faz muito dificultosa, o que impede os migrantes de terem acesso a seu direito à nacionalidade.

Desta forma, observa-se que, por meio da autodeterminação dos Estados, eles têm a plena liberdade de organizar-se política, jurídica e economicamente de acordo com a vontade de seus nacionais. No entanto, no direito internacional, existem determinados limites a esta liberdade.

Quanto aos mesmos, faz-se pertinente trazer à tona alguns dispositivos presentes na Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados⁴², inicialmente, o artigo 26⁴³, o qual prevê que os tratados internacionais em vigor obrigam os Estados signatários, e devem ser cumpridos pelos tais de boa-fé. Claramente se vê exposta na norma uma referência ao já mencionado princípio do *pacta sunt servanda*, por meio do qual as partes se obrigam pelo instrumento contratual consentido, além da boa-fé presumida no cumprimento do que foi estipulado pela Convenção no que se refere à anuência dos Estados signatários⁴⁴.

⁴¹ BRASIL, Decreto n. 8.051, de 18 de agosto de 2015. Promulga a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961.

⁴² BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União* 15.12.2009.

⁴³ “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.”

⁴⁴ CAVALCANTI, Fernanda. *O uso dos direitos humanos como fundamento de intervenção na soberania dos Estados*.

Assim, posteriormente, no artigo 27⁴⁵ da referida Convenção, é dito que não é permitida a justificação do inadimplemento de um tratado pela invocação do direito interno de uma das partes.

Apesar de um Estado ser livre quanto à escolha de sua forma de governo, normas jurídicas e manobras econômicas, observa-se que, dentro das relações internacionais, e, conseqüentemente, do direito internacional, existem determinados limites quanto à sua autonomia enquanto sujeito de direito internacional participante da sociedade internacional. O afirmado comprova-se ao observar o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena, verdadeira norma que comprova a primazia do direito internacional sobre as normas de direito interno. Uma vez ratificado determinado tratado internacional, o Estado signatário se vê obrigado a limitar determinadas ações atinentes à matéria do contrato internacional, restringindo, assim, parte de sua autodeterminação.

Desta forma, constatando-se a existência de uma restrição de parte da autodeterminação dos Estados no direito internacional, observa-se um exemplo disso no que se refere ao direito universal da livre circulação de pessoas: o direito de ir e vir. Conforme as palavras de Luíza Dias Cassales, o direito de ir e vir é uma parte integrante do direito à liberdade pessoal, constituindo-se direito fundamental inerente às características essenciais da natureza humana. Consiste na faculdade de o indivíduo entrar e sair do território nacional e, dentro do país, de deslocar-se pelas vias públicas, tendo apenas a lei como limitação⁴⁶.

Nesta mesma temática, o artigo 13^{o47} da já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁸ aduz a respeito das liberdades do indivíduo de circular e eleger a sua residência no interior de um Estado, bem como o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu próprio, e o direito de regressar ao seu país de origem.

Sabendo-se que, de acordo com o citado artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969⁴⁹, um Estado signatário de determinado

⁴⁵ “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...)”

⁴⁶ CASSALES, Luíza Dias. *Direito de ir e vir*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/18.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁴⁷ “1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.”

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948.

⁴⁹ BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União* 15.12.2009.

tratado não pode utilizar-se de seu direito interno para justificar uma possível violação ao direito internacional, vendo-se obrigado a cumprir o estipulado no tratado, observa-se que, uma vez ratificando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, existe obrigatoriedade em respeitar e cumprir com todos os dispositivos normativos presentes no corpo da Declaração.

Desta forma, os Estados signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos se veem obrigados a respeitar a livre circulação de pessoas em seu território, nos moldes do artigo 13 da referida Declaração, o que restringe, como já foi dito, em parte, sua autodeterminação como Estado sujeito da sociedade internacional.

No entanto, certamente um país onde há entrada de migrantes pode e deve realizar a devida regulamentação legal para a recepção e regularização da estada dos migrantes em seu território. Entretanto, não lhe é permitido vetar a entrada de indivíduos de nacionalidades distintas em seu território, nos moldes do artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Ademais, um princípio de enorme importância no direito internacional deve ser observado no que tange ao tema do direito dos migrantes e os limites do princípio da autodeterminação dos Estados no direito das gentes. Trata-se, assim, do princípio internacional do *pacta sunt servanda*.

Conforme já foi aduzido anteriormente, a regra do *pacta sunt servanda*, princípio de suma importância no direito internacional, encontra-se prevista no art. 26⁵⁰ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969⁵¹.

Desta forma, uma vez sendo o Estado signatário de determinado tratado internacional, vê-se então obrigado a cumprir com o estipulado no corpo do tratado, independentemente do que esteja previsto em seu ordenamento jurídico interno. Portanto, a regra do *pacta sunt servanda* se faz como mais um instrumento jurídico por meio do qual se observa a superioridade do direito internacional sobre o direito interno.

Sobre o tema, Jahyr-Philippe Bichara e Dominique Carreau preceituam que o direito fundamental do direito dos tratados reside no seu caráter obrigatório: o que foi definitiva e legalmente aprovado deve ser respeitado. É o respeito da palavra formal e solenemente dada. Tal é o alcance geral da regra *pacta sunt servanda*⁵².

⁵⁰ “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.”

⁵¹ BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União* 15.12.2009.

⁵² BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Assim, tendo sido exposto o caráter obrigacional da regra, há de se falar em outro elemento constituinte desta, a saber, a presunção da boa-fé contratual na execução das obrigações previstas nos tratados internacionais. Este “segundo elemento” parte do princípio de que as partes agirão com lealdade ao que foi acordado, tendo em vista o objetivo comum consignado no dito tratado⁵³.

Assim, ainda de acordo com Bichara e Carreau, afirma-se que o desrespeito, por parte dos Estados signatários, de determinada norma internacional de qualquer de suas obrigações convencionais é suscetível de ser sancionado pelo direito internacional com a responsabilidade internacional do país infrator⁵⁴.

Desta forma, observa-se a importância do princípio do *pacta sunt servanda* no direito internacional, logo, abordando também situações que envolvem direitos dos migrantes. Assim, fazendo uma exposição de institutos jurídicos referente aos direitos dos migrantes no plano internacional, explanar-se-á, no capítulo a seguir, o direito dos migrantes no direito interno brasileiro.

O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO⁵⁵

Tendo em vista os últimos acontecimentos mundiais no que se refere a fluxos migratórios em maior escala, é esperada dos Estados a tomada de medidas jurídicas eficazes no que diz respeito ao tratamento dos migrantes. Devendo também cumprir com o que foi acordado com outros países, por meio de tratados internacionais em relação a suas obrigações para com os migrantes presentes em seu território, uma medida razoável que os Estados podem tomar é a modificação de seu direito interno, a fim de atender melhor as necessidades dos estrangeiros e manter a ordem em todo o território.

Nesse sentido, o Brasil apresentou, no dia 31 de julho de 2014, o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes, o qual visa à revogação da atual legislação brasileira em matéria de recepção e saída de migrantes, o atual Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980), sendo este último objeto de estudo do presente capítulo. A Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, trata, em linhas gerais,

⁵³ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁵⁴ BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁵⁵ O Estatuto do Estrangeiro foi revogado pela Lei da Migração, aprovada em 24 de maio de 2017, Lei n. 13.445/2017. Faz-se válido salientar que a presente pesquisa foi desenvolvida no ano de 2016, portanto, não se tinha como prever que a Lei de Migração seria aprovada, tampouco que revogaria de fato o Estatuto do Estrangeiro, razão pela qual se tratou o referido Estatuto como se em vigor estivesse, e a Lei de Migração como projeto de lei, e não como legislação em vigor.

sobre a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, além de criar o Conselho Nacional de Imigração, regendo a questão da imigração de forma geral no direito brasileiro.

O Estatuto do Estrangeiro deve ser compreendido como norteador da política pública das migrações, e não apenas como mero regulamento de entrada e saída de estrangeiros no território brasileiro. Assim, sabendo-se que o referido Estatuto dispõe de questões das mais diversas referentes à entrada de estrangeiros no Brasil, falar-se-á especificamente de algumas delas, iniciando com as normas a respeito da admissibilidade e da permanência dos migrantes em território nacional, como se verá a seguir.

Desta maneira, a respeito das regras de admissibilidade e permanência dos migrantes em território brasileiro, aduz Jahyr-Philippe Bichara que a presente lei exige, basicamente, a apresentação de passaporte, documento de identificação internacional que, a depender da condição do imigrante, pode requerer visto que determina a duração do seu direito de permanência no território nacional⁵⁶.

Destarte, a legislação brasileira apenas admite o ingresso e a permanência do estrangeiro no território nacional mediante a apresentação de visto, possuindo caráter individual. O visto pode ser concedido ao migrante, como afirmado, em determinadas categorias, sendo estes vistos: de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático, de acordo com o previsto no artigo 4º da Lei n. 6.815/80.

Assim sendo, existem diversas situações nas quais o visto temporário pode ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil, por exemplo, se o migrante se deslocar ao país com a pretensão de atuar como artista, cientista, professor, estudante, na condição de ministro de confissão religiosa, ou de correspondente de jornal de seu país de origem, em viagem cultural ou de negócios, como previsto no artigo 13 do Estatuto do Estrangeiro.

Já no que diz respeito ao prazo de estada do estrangeiro concedido pela legislação brasileira, este varia conforme a situação pela qual o migrante afirma ter vindo ao Brasil, fazendo-se válido salientar que existem casos em que há possibilidade de prorrogação do prazo de estada, prevista nos artigos 34, 35 e 36 da lei em comento.

Assim, o estrangeiro que, a título de exemplo, vier ao território brasileiro com a finalidade de realizar apenas uma viagem de negócios ou se encontrar na condição de desportista ou artista, terá um prazo de até noventa dias para permanecer legalmente no país.

⁵⁶ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bI5hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

No entanto, nos casos em que o estrangeiro vier ao Brasil na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, terá um prazo de até um ano para permanecer no território brasileiro, nos moldes do artigo 14 da Lei n. 6.815/80, o qual dispõe de mais prazos específicos para condições distintas de viagem⁵⁷.

Expostas as normas que regulamentam o visto temporário dos estrangeiros em território brasileiro, faz-se igualmente válido salientar o que a legislação brasileira aduz também a respeito do visto em caráter permanente. No que tange ao visto permanente, ele será concedido somente em casos nos quais o estrangeiro tenha pretensão de permanecer permanentemente em território brasileiro. Ademais, sobre a temática em questão, preceitua o artigo 16 do Estatuto do Estrangeiro⁵⁸ que o visto permanente poderá ser atribuído ao estrangeiro que tenha pretensão de se fixar definitivamente no Brasil.

Desta forma, uma vez possuindo a referida pretensão, o estrangeiro deverá, obrigatoriamente, registrar-se no Ministério da Justiça nos trinta dias seguintes à sua entrada ou à concessão de possível asilo, além de dever identificar-se por meio do sistema datiloscópico. No entanto, da mesma forma faz-se válido salientar que estas obrigações também dizem respeito a estrangeiros admitidos na condição de temporário⁵⁹ ou de asilado, conforme afirma o artigo 30⁶⁰ da Lei n. 6.815/80.

Expostas as regras gerais de admissão e permanência do estrangeiro no território brasileiro, faz-se válido salientar, ainda, que o estrangeiro residente no Brasil, em virtude de lei, não pode ter seus direitos fundamentais violados

⁵⁷ “Art. 14. O prazo de estada no Brasil, nos casos dos incisos II e III do art. 13, será de até noventa dias; no caso do inciso VII, de até um ano; e nos demais, salvo o disposto no parágrafo único deste artigo, o correspondente à duração da missão, do contrato, ou da prestação de serviços, comprovada perante a autoridade consular, observado o disposto na legislação trabalhista.

Parágrafo único. No caso do item IV do artigo 13 o prazo será de até 1 (um) ano, prorrogável, quando for o caso, mediante prova do aproveitamento escolar e da matrícula.”

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

⁵⁹ Os estrangeiros admitidos na condição de temporário, em obediência ao artigo 30 da lei em comento, que devem registrar-se no Ministério da Justiça, são: os que adentrarem em território brasileiro em razão de viagem cultural ou em missão de estudos; que se encontrarem na condição de estudante; que se encontrarem na condição de cientista, pesquisador, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro; ou que se encontrarem na condição de correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira.

⁶⁰ O estrangeiro admitido na condição de permanente, de temporário (incisos I e de IV a VI do art. 13) ou de asilado é obrigado a registrar-se no Ministério da Justiça, dentro dos trinta dias seguintes à entrada ou à concessão do asilo, e a identificar-se pelo sistema datiloscópico, observadas as disposições regulamentares.

devido a sua nacionalidade diversa, nem ser tratado de forma distinta do cidadão brasileiro. Ainda, caso sofra algum tipo de discriminação em virtude de sua condição de estrangeiro, ficará configurada prática de crime de preconceito e discriminação em razão de procedência nacional, nos moldes da Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997⁶¹.

Ademais, afirma o próprio Estatuto do Estrangeiro que o migrante residente em território brasileiro deve gozar das mesmas garantias constitucionais dirigidas ao cidadão brasileiro, de acordo com seu artigo 95⁶². Entretanto, vale salientar que, apesar de possuir tantos direitos quanto os brasileiros, a referida legislação impõe algumas limitações a respeito do direito do estrangeiro em determinadas situações⁶³. Sendo assim, segue-se à análise das normas acerca da saída voluntária e compulsória dos estrangeiros prevista no Estatuto do Estrangeiro.

⁶¹ BRASIL. Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

⁶² “O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis.”

⁶³ “Art. 106. É vedado ao estrangeiro:

I – ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;

II – ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;

III – ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;

IV – obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;

V – ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;

VI – ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;

VII – participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;

VIII – ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;

IX – possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e

X – prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 1º O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca.

§ 2º Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso:

a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo;

b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e

c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares.”

A legislação brasileira aplicável à situação jurídica dos migrantes em território brasileiro também prevê normas a respeito da saída dos estrangeiros de forma voluntária ou compulsória. Observada alguma irregularidade na entrada ou na estada de um estrangeiro no país, ele é convidado a se retirar do Brasil de forma voluntária, sem trâmites legais, apenas deixando o território brasileiro. Caso não o faça dentro do prazo estipulado em lei, o Estado promoverá sua devida deportação, conforme preceitua o artigo 57 do Estatuto do Estrangeiro.

Sendo assim, de acordo com a legislação em vigor, a deportação constitui-se como a saída compulsória do estrangeiro do território brasileiro, devendo ser realizada para o país de origem do estrangeiro ou de sua nacionalidade, ou para outro Estado que lhe aceite em seu território, de acordo com o artigo 58⁶⁴ do Estatuto do Estrangeiro.

Neste sentido, como outra forma de retirada do estrangeiro do território brasileiro, a expulsão constitui-se como outro meio de sua saída compulsória, sendo utilizada em situações jurídicas específicas, distinguindo-se da deportação. Quando o estrangeiro presente em território brasileiro atentar contra a ordem política ou social, a segurança nacional, a tranquilidade ou moralidade pública, dentre outros comportamentos impróprios, deve ser expulso do Brasil⁶⁵.

Assim, como outra forma de saída compulsória do estrangeiro presente em território brasileiro, pode-se citar o instituto da extradição, concedido em situações de cometimento de crime em território nacional, e devendo preencher as devidas condições para sua concessão, de acordo com a legislação do Estatuto do Estrangeiro⁶⁶.

⁶⁴ “Art. 58. A deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro.

Parágrafo único. A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo”.

⁶⁵ “Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:

- a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
- b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.”

⁶⁶ “Art. 76. A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Art. 78. São condições para concessão da extradição:

I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e

II – existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 82.”

Portanto, tendo-se dissertado acerca dos mecanismos de saída voluntária e compulsória do estrangeiro no território brasileiro, há de se falar, ainda baseando-se nas normas do Estatuto do Estrangeiro, do Conselho Nacional de Imigração.

Criado pelo Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981, que regulamenta a Lei n. 6.815, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) é um órgão administrativo vinculado ao Ministério do Trabalho, nos moldes do artigo 142 do referido Decreto⁶⁷, que regula a condição específica do estrangeiro que vem a trabalho ao Brasil, o qual deve seguir determinados procedimentos administrativos. Em relação ao referido órgão administrativo, Jahyr-Philippe Bichara sustenta a possibilidade de constatação de que as atribuições do CNIg visam ao gerenciamento da entrada de estrangeiro no território por motivos econômicos. Logo, em outras palavras, esse órgão teria sido criado para regular os fluxos migratórios legais. E quando o estrangeiro não atende aos critérios legais, estará sujeito à deportação, nos moldes do artigo 125 do Estatuto do Estrangeiro⁶⁸.

No que tange à sua composição, o CNIg deve possuir representantes de diversos Ministérios do Brasil, de acordo com o artigo 143⁶⁹ do Decreto em tela. Além disso, o referido Decreto prevê as atribuições do CNIg, enumeradas em seu texto legal, sendo evidenciadas no artigo 144⁷⁰ do Decreto n. 86.715.

⁶⁷ “Art. 142. O Conselho Nacional de Imigração, órgão de deliberação coletiva, vinculado ao Ministério do Trabalho, terá sede na Capital Federal.”

⁶⁸ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bI5hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁹ “O Conselho Nacional de Imigração é integrado por um representante do Ministério do Trabalho, que o presidirá, um do Ministério da Justiça, um do Ministério das Relações Exteriores, um do Ministério da Agricultura, um do Ministério da Saúde, um do Ministério da Indústria e do Comércio e um do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, todos nomeados pelo Presidente da República, por indicação dos respectivos Ministros de Estado.

Parágrafo único. A Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional manterá um observador junto ao Conselho Nacional de Imigração.”

⁷⁰ “O Conselho Nacional de Imigração terá as seguintes atribuições:

I – orientar e coordenar as atividades de imigração;

II – formular objetivos para a elaboração da política imigratória;

III – estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional e à captação de recursos para setores específicos;

IV – promover ou fomentar estudo de problemas relativos à imigração;

V – definir as regiões de que trata o artigo 18 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, e elaborar os respectivos planos de imigração;

VI – efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário;

VII – dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que respeita à admissão de imigrantes;

VIII – opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração, proposta por órgão federal;

IX – elaborar o seu Regimento Interno, a ser submetido à aprovação do Ministro do Trabalho.

Ademais, além das atribuições específicas do órgão administrativo, observa-se que ele possui, de igual forma, finalidades econômicas, tendo em vista a publicação de normas, como a Resolução Normativa n. 84⁷¹, do Conselho Nacional de Imigração, a qual disciplina a concessão de autorização para fins de obtenção de visto permanente para investidor estrangeiro como pessoa física.

De acordo com o próprio artigo 1º da referida resolução, o Ministério do Trabalho e Emprego tem permissão para autorizar a concessão de visto permanente ao estrangeiro que tenha pretensões de fixar-se no território brasileiro com a finalidade de investir recursos próprios de origem externa em atividades produtivas, que movimentem a economia do Brasil.

Desta forma, a autorização para concessão de visto permanente ao estrangeiro em território brasileiro ficará condicionada à comprovação de investimento, em moeda estrangeira, em montante superior ou igual a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Ainda aduz a referida Resolução que, na apreciação do pedido, será examinado prioritariamente o interesse social, caracterizado pela geração de emprego e renda no Brasil, pelo aumento da produtividade, pela assimilação de tecnologia e pela captação de recursos para setores específicos, nos moldes do artigo 2º.

É sabido que a elaboração de resoluções pelo CNIG não se restringe somente à Resolução Normativa n. 84, referente à concessão de visto permanente para estrangeiro investidor, mas também elabora normas a respeito de outros temas. Desta feita, observar-se-ão alguns exemplos a seguir.

Conforme o exposto, o Conselho Nacional de Imigração elabora resoluções a respeito dos assuntos mais diversos dos referentes ao direito dos migrantes no território brasileiro. Desta forma, falar-se-á sobre algumas das resoluções mais recentes publicadas pelo Conselho, quais sejam: a Resolução Normativa n. 119, de 9 de dezembro de 2015; a Resolução Normativa n. 121, de 8 de março de 2016; e a Resolução Normativa n. 122, de 3 de agosto de 2016.

A primeira delas, a Resolução Normativa n. 119⁷², de dezembro de 2015, trata da concessão de vistos de prática de treinamento na área desportiva por atletas estrangeiros maiores de quatorze anos e de intercâmbio desportivo. De acordo com seus artigos 1º e 2º, as entidades esportivas que mantiverem treinamento

Parágrafo único. As deliberações do Conselho Nacional de Imigração serão fixadas por meio de Resoluções.”

⁷¹ BRASIL. Resolução Normativa n. 118, de 21 de outubro de 2015. Disciplina a concessão de autorização para fins de obtenção de visto permanente para investidor estrangeiro – pessoa física.

⁷² BRASIL. Resolução Normativa n. 119, de 9 de dezembro de 2015. Disciplina a concessão dos vistos de prática de treinamento na área desportiva por atletas estrangeiros maiores de quatorze anos e de intercâmbio desportivo.

regular e especializado de prática desportiva poderão habilitar-se a receber atletas estrangeiros maiores de quatorze e com menos de 18 anos de idade, não profissionais, a fim de aprimorar a formação desportiva e educacional, podendo o Ministério das Relações Exteriores conceder visto temporário aos jovens estrangeiros.

Assim, pode-se citar um segundo exemplo, qual seja, a Resolução Normativa n. 121⁷³, de março de 2016, a qual discorre sobre a concessão de autorização de trabalho a estrangeiro na condição de atleta profissional, definido em lei. Logo, caso pretenda vir ao Brasil, ao atleta profissional, contratado com vínculo empregatício por entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, poderá ser concedida autorização de trabalho e visto temporário, devendo o pedido de autorização ser formulado pela entidade interessada junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, acompanhado de documentação específica, nos moldes do artigo 1º da Resolução.

Por fim, a título de exemplo, também convém mencionar a Resolução Normativa n. 122⁷⁴, de agosto de 2016, tratando a respeito da concessão de permanência no Brasil a estrangeiro considerado vítima de tráfico de pessoas e/ou de trabalho análogo ao de escravo. Nos moldes do artigo 1º da Resolução, ao estrangeiro que esteja no território brasileiro em situação de vulnerabilidade, vítima de tráfico de pessoas e/ou de trabalho análogo ao de escravo, apurado por eventual investigação ou processo em curso, poderá ser concedida permanência, nos termos da legislação vigente, condicionada por até cinco anos à fixação no território nacional.

Expostas algumas das Resoluções Normativas publicadas mais recentemente pelo Conselho Nacional de Imigração, parte-se à análise de uma nova legislação brasileira a respeito do direito dos migrantes, a ser estudada na próxima seção.

PERSPECTIVAS DE MUDANÇA DO DIREITO DOS ESTRANGEIROS

Sabendo-se, de antemão, que existem, como em todo sistema normativo, falhas e lacunas no Estatuto do Estrangeiro, o direito brasileiro colocou-se à disposição para experimentar uma nova legislação a respeito da matéria sobre o direito dos migrantes, a fim de que eles tenham seus direitos melhor atendidos quando adentrarem no território brasileiro, e de forma justa, sem ferir a soberania do Brasil perante a situação dos estrangeiros em sua jurisdição.

⁷³ BRASIL. Resolução Normativa n. 121, de 8 de março de 2016. Disciplina a concessão de autorização de trabalho a estrangeiro na condição de atleta profissional, definido em lei.

⁷⁴ BRASIL. Resolução Normativa n. 122, de 3 de agosto de 2016. Dispõe sobre a concessão de permanência no Brasil a estrangeiro considerado vítima de tráfico de pessoas e/ou de trabalho análogo ao de escravo.

Assim, não se pode deixar de citar os novos dispositivos legais a respeito da temática dos migrantes, quais sejam: o anteprojeto de lei de promoção dos direitos dos migrantes e o projeto de lei de migração de 2015, sobre os quais se discurrirá a seguir.

Logo, de acordo com as palavras de Bichara, pode-se constatar que a produção de normas internacionais relativas à mobilidade das pessoas se faz considerável, consubstanciando respostas às problemáticas relativas à proteção dos direitos dos estrangeiros. Em todas as situações, os Estados devem cumprir os compromissos internacionais assumidos, procedendo às reformulações legislativas internas necessárias e adequadas em relação aos migrantes de modo geral⁷⁵.

Desta forma, o Brasil não caminha em sentido diferente em relação à reformulação legislativa interna quanto ao direito dos migrantes, tendo em vista a recente elaboração do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes, o qual pretende disciplinar a situação dos migrantes no Brasil, concedendo tratamento jurídico específico dado aos refugiados e apátridas presentes em território brasileiro.

Assim, o referido diploma legal fora produzido por uma Comissão de especialistas instituída pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria n. 2.162/2013, revogando a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, qual seja, o Estatuto do Estrangeiro, o qual definiu a situação do estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), conforme aduzido anteriormente.

Quanto ao conteúdo do anteprojeto, é válido fazer algumas observações específicas. Primeiramente, vê-se que o dispositivo legal trata a figura do refugiado sob o termo “migrante”, nos termos do artigo 1º do anteprojeto⁷⁶, percebendo-se, assim, o caráter genérico da definição de estrangeiro, o qual pode ingressar no território de determinado Estado por motivos diversos.

Em segundo lugar, o Anteprojeto trata a figura do apátrida de forma muito mais precisa e objetiva em suas normas. Pode-se notar este caráter mais objetivo no artigo 1º, VI⁷⁷, do diploma legal, tratando o apátrida como todo indivíduo que não seja considerado, por qualquer Estado, seu nacional, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Assim, sobre o tema, preceitua Bichara que há necessidade de uma reformulação do complexo normativo que visa à racionalização dos procedimentos administrativos, no sentido de garantir

⁷⁵ BICHARA, Jahyr-Philippe. *O Anteprojeto de Lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519996/001063018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁷⁶ “Todo aquele que se desloca de um país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante transitório ou permanente e o emigrante.”

⁷⁷ “Toda pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas.”

os direitos fundamentais dos imigrantes. Logo, um aspecto central do Anteprojeto de Lei de Migrações reside na reestruturação organizacional administrativa para melhor lidar com as diversas situações de pedido de permanência no território brasileiro⁷⁸.

Assim, caso o Anteprojeto seja convertido em Lei, todos os assuntos que dizem respeito à situação jurídica dos migrantes passarão a ser geridos pela Autoridade Nacional Migratória, um novo órgão administrativo, tendo sua criação prevista no artigo 72 do Anteprojeto. Assim, de acordo com o diploma legal, o órgão administrativo terá natureza de autarquia especial, vinculado à Presidência da República e caracterizado pela independência e autonomia financeira.

Todavia, existem resistências a respeito da criação de um novo órgão administrativo específico para tratar assuntos referentes aos direitos dos migrantes, pois teme-se que este atente contra a celeridade da execução de suas competências, além da geração de novos gastos para a Administração Pública.

Nesta mesma linha, conforme Bichara, a estrutura institucional da Autoridade Nacional Migratória parece complexa, e suas competências, genéricas, pouco compatíveis com a busca da eficiência administrativa no atendimento esperado pelos eventuais usuários⁷⁹. Ainda se está de acordo com o referido doutrinador quando ele aduz que o aumento ou a substituição de órgãos já existentes não constituiria, certamente, o caminho mais eficaz e econômico para alcançar os objetivos aqui evocados. Logo, não haverá necessidade de majoração das despesas públicas ou a criação de nova autoridade administrativa se soubermos aproveitar e ajustar os órgãos administrativos que atuam neste domínio sob a tutela de seus Ministérios, os quais deveriam ser mais atuantes na resolução das questões relativas à aplicação do direito internacional. Assim, o CNIg e o Conare, tutelados por seus respectivos Ministérios, poderiam cumprir todas as funções enunciadas no âmbito da Autoridade Nacional Migratória. Assim, percebe-se que não há necessidade de ampliar as competências do Conare pela via do Anteprojeto de Migrações, como se pretende fazer com os arts. 1º, VI, e 25, sendo preferível ajustar diretamente a Lei n. 9.474/1997 às incumbências dos Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores em relação aos apátridas⁸⁰.

⁷⁸ BICHARA, Jahyr-Philippe. *O Anteprojeto de Lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519996/001063018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁷⁹ BICHARA, Jahyr-Philippe. *O Anteprojeto de Lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519996/001063018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁸⁰ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/b15hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

Em linhas gerais, além de tratar sobre refugiados e apátridas e sobre órgãos como a Autoridade Nacional Migratória, o Anteprojeto dispõe também sobre os princípios e direitos dos migrantes, bem como a condição jurídica e a situação documental do imigrante, além da repatriação e da deportação, das medidas vinculadas à mobilidade, da opção de nacionalidade e da naturalização, e das devidas sanções impostas a casos específicos de descumprimento da norma.

Apesar de possuir, como todo sistema jurídico, determinadas falhas, possíveis de serem sanadas, observa-se que o Anteprojeto também contribuiu significativamente em relação aos direitos do estrangeiro, oferecendo avanços normativos no que se refere à criação de mecanismos que supram lacunas deixadas pelo Estatuto do Estrangeiro. Em relação aos avanços trazidos pelo Anteprojeto de Lei, discorrer-se-á a seguir.

Desta forma, no que tange aos avanços jurídicos que o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes oferece, pode-se dizer que os principais dispositivos do diploma legal sanam problemáticas não encaradas nem superadas por intermédio do atual Estatuto do Estrangeiro, a título de exemplo, o respeito aos direitos humanos ou a regulamentação da situação jurídica do apátrida em território brasileiro⁸¹.

É possível notar uma adequação da legislação interna ao direito internacional no que diz respeito ao direito dos migrantes, ainda conforme Bichara, no sentido de que o Anteprojeto atualiza o direito interno em relação ao direito internacional sobre o direito dos imigrantes, a saber, aquele que ingressa na condição de refugiado, conforme a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951; o que ingressa na condição de apátrida, de acordo com a Convenção sobre o Estatuto do Apátrida de 1954; o que vem como prestador de serviços, conforme o GATS; dentre outros compromissos assumidos pelo Estado brasileiro⁸².

Neste sentido, há de se reconhecer que o Anteprojeto apresenta um avanço em relação a seu enfoque aos direitos humanos. Assim, pode-se observar em seus dispositivos legais um esforço à proteção dos direitos fundamentais dos migrantes, como no artigo 3º⁸³ do Anteprojeto, o qual se encontra no Capítulo I (“Dos

⁸¹ BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/b15hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁸² BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/b15hW-7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁸³ “A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios:

I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos dos migrantes;

II – repúdio à xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação;

III – não criminalização da imigração;

princípios e garantias”), intitulado “Dos princípios e dos direitos dos imigrantes”, bem como o artigo 4º⁸⁴, que, por sua vez, encontra-se no Capítulo II (“Dos direitos e garantias dos imigrantes”), ambos do Título II.

IV – não discriminação quanto aos critérios e procedimentos de admissão de imigrantes no território nacional;

V – promoção de entrada regular e de regularização migratória;

VI – acolhida humanitária;

VII – encorajamento da entrada temporária de imigrantes a fim de estimular o comércio, o turismo, as relações internacionais e as atividades culturais, esportivas, científicas e tecnológicas;

VIII – garantia do direito a reunião familiar dos imigrantes;

IX – igualdade de tratamento e de oportunidade aos migrantes e seus familiares;

X – inclusão social e laboral dos migrantes por meio de políticas públicas;

XI – acesso igualitário e livre dos imigrantes aos serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

XII – promoção e difusão dos direitos, liberdades e garantias dos migrantes;

XIII – diálogo social na formulação, execução e avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã dos migrantes;

XIV – fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e livre circulação de pessoas;

XV – cooperação internacional com Estados de origem, trânsito e destino de movimentos migratórios a fim de garantir a efetiva proteção de direitos humanos dos migrantes;

XVI – integração e desenvolvimento das regiões de fronteira, e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir a efetividade dos direitos dos fronteiriços;

XVII – proteção integral às crianças e adolescentes migrantes.”

⁸⁴ “Aos imigrantes é garantida, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como assegurados:

I – direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

II – direito à liberdade de circulação no território nacional;

III – direito à reunião familiar dos imigrantes com seus cônjuges e companheiros, filhos, familiares e dependentes;

IV – medidas de proteção às vítimas e testemunhas de crimes e violações de direitos;

V – direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a seu país de origem, observada legislação aplicável;

VI – direito de reunião para fins pacíficos;

VII – direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;

VIII – acesso aos serviços públicos de saúde e de assistência social e previdência social, nos termos da lei;

IX – amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X – direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade;

XI – garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador;

XII – a isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica.

O Anteprojeto resguarda os direitos humanos e os aplica concretamente, pois apresenta um esforço incontestável de modernização do direito interno brasileiro em relação ao tratamento da situação dos estrangeiros. Na ótica do refugiado, e, mais especificamente, do apátrida, o Anteprojeto de Lei de Migrações visa garantir a proteção dos seus direitos fundamentais em consonância com os tratados internacionais em vigor no Brasil, atribuindo ao Conare competências que não constam da Lei n. 9.474/1997, que o criou. Assim, o primeiro passo consistiria em alterar a Lei n. 9.474/1997 para estender o seu alcance, de modo que contemplasse a proteção dos apátridas de forma mais precisa, e até mesmo outros casos conexos, como os refugiados oriundos de catástrofes naturais. Assim, em vez de criar um novo órgão administrativo, aumentar-se-iam as competências do Conare, que passaria a atuar diretamente na gestão dessa categoria de migrante, dando-lhe os meios para enfrentar suas missões, de acordo com as ideias de Bichara⁸⁵.

Neste sentido, observa-se o avanço normativo brasileiro, presente no Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção de Direitos dos Migrantes, no que diz respeito ao maior número de dispositivos legais com o condão de proteger os direitos dos migrantes e dar a devida atenção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que se encontram fora do seu país.

No mesmo sentido que caminha o conteúdo do Anteprojeto, defendendo os direitos humanos dos migrantes, também se fala no Projeto de Lei de Migração do ano de 2015, instituto normativo a ser analisado a seguir.

O Projeto de Lei de Migração de 2015⁸⁶ tem como autor o senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP) e apresentação em 4 de agosto de 2015 e constitui-se como mais uma norma a respeito da condição jurídica dos migrantes no território brasileiro, assim, caracterizando-se como mais uma fonte legal do direito brasileiro a respeito da temática.

Como se trata de instrumento jurídico distinto dos já elencados no presente trabalho, o Projeto de Lei possui suas próprias características jurídicas, dentre

§ 1º Os direitos e garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, e não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

§ 2º Aos imigrantes residentes no Brasil é permitido exercer cargos, empregos e funções públicas, excetuados aqueles reservados para os brasileiros natos, nos termos da Constituição Federal.

§ 3º Não se exigirá do imigrante prova documental impossível ou descabida que dificulte ou impeça o exercício de seus direitos, inclusive o acesso a cargo, emprego e função pública.”

⁸⁵ BICHARA, Jahyr-Philippe. *O Anteprojeto de Lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519996/001063018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

⁸⁶ BRASÍLIA. Congresso Nacional. Projeto de Lei PL 2.516/2015. Institui a Lei de Migração.

O Projeto de Lei n. 2.516/2015 foi aprovado e transformado na Lei Federal n. 13.445/2017, conhecida como Lei da Migração. Tal norma é datada de 24 de maio de 2017.

as quais é possível destacar uma maior proteção aos direitos humanos no que se refere à garantia de um tratamento jurídico digno ao estrangeiro dentro do território brasileiro.

De início, pode-se observar nitidamente a presença de dispositivos legais que dão a devida proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais no próprio texto do Projeto de Lei, primeiramente em seu artigo 3º⁸⁷. Neste mesmo raciocínio, pode-se falar, de igual forma, a respeito do artigo 14, § 3º, do Projeto de Lei, o qual aduz a respeito da concessão de visto temporário ao imigrante, que poderá ser concedido a apátrida ou a nacional de qualquer país em situação crítica, onde há grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário⁸⁸.

⁸⁷ “A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios:

- I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
- II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
- III – não criminalização da migração;
- IV – não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;
- V – promoção de entrada regular e de regularização documental;
- VI – acolhida humanitária;
- VII – desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil;
- VIII – garantia do direito à reunião familiar;
- IX – igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e seus familiares;
- X – inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;
- XI – acesso igualitário e livre do imigrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;
- XII – promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante;
- XIII – diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante;
- XIV – fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas;
- XV – cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante;
- XVI – integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço;
- XVII – proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;
- XVIII – observância ao disposto em convenções, tratados e acordos internacionais; XIX – proteção ao brasileiro no exterior;
- XX – migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas;
- XXI – promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil; e
- XXII – repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.”

⁸⁸ “O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação, reconhecida pelo Governo brasileiro, de grave ou iminente

Logo, no que se refere à proteção dos direitos humanos e das garantias fundamentais, que devem ser concedidas a todos os seres humanos, migrantes ou não, infere-se que o referido Projeto de Lei oferece uma atenção interessante, extremamente útil ao direito dos migrantes nos Estados. Observa-se um aspecto muito positivo da legislação citada neste sentido, não sendo, felizmente, o único digno de atenção, pois, como outro ponto positivo do texto legislativo, pode-se destacar, de igual forma, o amoldamento do direito brasileiro às prescrições do direito internacional.

No que se refere ao amoldamento do direito interno brasileiro às normas de direito internacional, pode-se notar uma série de dispositivos do Projeto de Lei de Migração que diz respeito à primazia do direito internacional sobre o direito interno. Pode-se citar, conforme a letra da lei, a presença deste princípio de acordo com o artigo 3º, o qual aduz que a política migratória deve atentar para o princípio da observância ao pactuado em convenções, tratados e acordos internacionais⁸⁹, bem como o disposto no artigo 77⁹⁰.

Já em relação à aplicabilidade do referido princípio, falando-se no respeito e cumprimento dos tratados e convenções internacionais firmados, em detrimento da legislação interna, destaca-se o disposto no artigo 4º do Projeto de Lei, em seu § 1º, que aduz que os direitos e garantias previstos na legislação em comento serão exercidos em observância ao disposto na Constituição, não excluindo outros decorrentes de tratados, convenções e acordos internacionais de que o Brasil seja parte⁹¹.

Observa-se uma presença forte do respeito ao direito internacional no texto do Projeto de Lei, o que configura um avanço considerável no campo do direito internacional no Brasil, haja vista a própria legislação brasileira interna reconhecer a primazia das normas de direito internacional público sobre as normas internas.

instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.”

⁸⁹ “A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios:

(...)

XVIII – observância ao disposto em convenções, tratados e acordos internacionais.”

⁹⁰ “As políticas públicas para os emigrantes observarão os seguintes princípios e diretrizes:

(...)

IV – atuação diplomática, nos âmbitos bilateral, regional e multilateral, em defesa dos direitos do emigrante brasileiro, conforme o direito internacional.”

⁹¹ “Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto nos §§ 4º e 5º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de convenções, tratados e acordos internacionais de que o Brasil seja parte.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, ressalta-se a importância da existência de uma legislação brasileira apropriada para o tratamento do direito dos migrantes, haja vista o aumento do fluxo migratório em todos os países membros da sociedade internacional. Com a evolução e crescimento das relações internacionais entre os Estados, por meio da realização de convenções, tratados internacionais, declarações e afins, é possível observar uma maior liberdade entre os indivíduos de nações distintas de se locomover para territórios de outras nacionalidades.

Faz-se válida a criação de uma legislação apropriada para reger as situações jurídicas de cada migrante em nível global, por intermédio de documentos internacionais que prevejam normas reguladoras do direito dos migrantes, além de princípios e outras fontes jurídicas internacionais, estabelecidos como diretrizes para uma regência adequada da locomoção dos indivíduos entre diferentes Estados.

Assim, adentrando na referida matéria, aplicada ao contexto da legislação brasileira, observa-se que existe um avanço cada vez maior em relação ao assunto, com normas cada vez mais protetoras dos direitos humanos e garantias fundamentais, concedendo um tratamento digno também aos indivíduos estrangeiros e tratando-os como cidadãos brasileiros. Também se enxerga um avanço no que diz respeito ao tratamento legislativo específico concedido a determinados migrantes, por exemplo, refugiados ou sujeitos em condição de apatridia.

Assim, vale salientar que o Projeto de Lei n. 2.516/2015 foi aprovado e transformado na Lei Federal n. 13.445/2017, conhecida como Lei da Migração. Tal norma é datada de 24 de maio de 2017 e teve como consequência, dentre outras, a revogação do Estatuto do Estrangeiro. Logo, tendo sido a presente pesquisa realizada no ano de 2016, é notório que o tratamento dado ao Estatuto do Estrangeiro é de como se ainda em vigor estivesse, e a Lei de Migração ainda como projeto de lei.

Entretanto, faz-se curioso notar que a aprovação da Lei de Migração e a revogação do Estatuto do Estrangeiro confirmaram a pesquisa realizada, tendo em vista que se pôde provar o caráter mais obsoleto do Estatuto diante do conteúdo tratado na Lei de Migração.

Como foi afirmado no decorrer da pesquisa realizada, a Lei de Migração, estabelece-se como norma benéfica para os estrangeiros em território brasileiro, no sentido de que muitos de seus dispositivos colocam em evidência a garantia e preservação dos direitos fundamentais do estrangeiro, bem como o tratamento mais fiel aos direitos humanos dos migrantes, constituindo-se como uma de suas características jurídicas mais marcantes.

Ademais, além da maior atenção dada às garantias fundamentais do estrangeiro e à proteção dos direitos humanos, a Lei de Migração também possui como atributo notório o maior amoldamento da legislação brasileira às normas e princípios do Direito Internacional. Assim, pode-se notar uma série de disposi-

tivos da referida Lei que diz respeito à primazia do direito internacional sobre o direito interno, o que configura um avanço considerável do Brasil perante a sociedade internacional em matéria de direito migratório.

Desta forma, a proposta da Lei de Migração se torna favorável aos estrangeiros residentes no território brasileiro, tendo em vista que, a partir de agora, além de possuírem uma maior proteção jurídica no que se refere aos seus direitos e garantias fundamentais na legislação nacional, também terão seus direitos resguardados pelos tratados e convenções internacionais das quais o Brasil seja parte, observando-se a primazia do Direito Internacional.

Entretanto, tem-se em mente que toda legislação possui lacunas, e que toda nova norma enfrentará novos desafios, mas não se deixa de reconhecer as melhorias que a Lei de Migração trouxe. Desta forma, observa-se que já era hora de modificar a legislação brasileira a respeito do direito migratório, de que deveria ter uma visão mais recente do Direito Internacional sobre a matéria, e de que o Estatuto do Estrangeiro realmente deveria ter sido revogado.

Assim, caminha-se tendo em mente que o avanço legislativo se faz necessário sempre, no sentido de tornar mais benéfico o tratamento dado aos estrangeiros em território brasileiro.

Finalmente, com o presente trabalho espera-se ter levado o leitor à reflexão sobre a temática apresentada, partindo desde as fontes clássicas do direito internacional público, e, em seguida, fazendo um paralelo entre as referidas fontes e situações envolvendo o direito dos migrantes, para, por fim, chegarmos à legislação brasileira e seu avanço humanístico, tratando o estrangeiro não como um indivíduo inferior ao cidadão brasileiro, mas como um ser humano com direitos e garantias a serem concedidos, seja por qual legislação interna for.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. I.

BICHARA, Jahyr-Philippe; CARREAU, Dominique. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BICHARA, Jahyr-Philippe. *O Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519996/001063018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BICHARA, Jahyr-Philippe. *Imigração ilegal e direito internacional: alguns aspectos da atualidade*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/71rqv166/bf5hW7dEz9J0Z65u.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2016.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos

25 e 66. *Diário Oficial da União* 15.12.2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL, Decreto n. 8.051, de 18 de agosto de 2015. Promulga a Convenção para a redução dos casos de apatridia, firmada em Nova Iorque, em 30 de agosto de 1961. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8501.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Resolução Normativa n. 118, de 21 de outubro de 2015. Disciplina a concessão de autorização para fins de obtenção de visto permanente para investidor estrangeiro – pessoa física. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/documents/19/1747492/2015-12-02-Poder+Executivo+Conselho+Nacional+de+Imigra%C3%A7%C3%A3o+%28CNIG%29+publica+novas+regras+para+concess%C3%A3o+de+visto+permanente+para+investidor+estrangeiro+pessoa+f%C3%ADsica.pdf/54808845-8cbd-4b84-b1fd-2258ca-3b4dd6>>. Acesso em: 8 set. 2016.

BRASIL. Resolução Normativa n. 119, de 9 de dezembro de 2015. Disciplina a concessão dos vistos de prática de treinamento na área desportiva por atletas estrangeiros maiores de quatorze anos e de intercâmbio desportivo. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=316760>>. Acesso em: 2 set. 2016.

BRASIL. Resolução Normativa n. 121, de 8 de março de 2016. Disciplina a concessão de autorização de trabalho a estrangeiro na condição de atleta profissional, definido em lei. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A568FCDD00156DBDB73F77444/RN-121.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2016.

BRASIL. Resolução Normativa n. 122, de 3 de agosto de 2016. Dispõe sobre a concessão de permanência no Brasil a estrangeiro considerado vítima de tráfico de pessoas e/ou de trabalho análogo ao de escravo. Disponível em: <<http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A568FCDD00156DBDC0C9274FB/RN-122.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2016.

BRÁSILIA. Congresso Nacional. Projeto de Lei PL 2.516/2015. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F3C0E187FFF77081F0779BDD5509F489.proposicoesWebExterno2?codteor=1366741&filename=PL+2516/2015>. Acesso em: 2 out. 2016.

BROWNLIE, Ian. *Princípios do direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAVALCANTI, Fernanda. *O uso dos direitos humanos como fundamento de intervenção na soberania dos Estados*. Disponível em: <<http://revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/491/770>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

CASSALES, Luíza Dias. *Direito de ir e vir*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/18.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Convenção Internacional Sobre Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Família, adotada em 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%A1lias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%202018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 26 de junho de 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL para as Migrações fortalece vínculos com a ONU. *ONUBR*. 25 de julho de 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/organizacao-internacional-para-as-migracoes-fortalece-vinculos-com-onu/>>. Acesso em: 24 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES – OIM. *OIKOS*. Disponível em: <<http://www.oikos.pt/pt/sobre-nos/os-nossos-parceiros/todos-os-financiadores/item/1366-organiza%C3%A7%C3%A3o-internacional-para-as-migrac%C3%B5es-oim>>. Acesso em: 12 set. 2016.

MAGALHÃES-RUETHER, Graça. Países da união europeia violam tratados em comum ao recusarem refugiados. *O Globo*. 3 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/paises-da-uniao-europeia-violam-tratados-em-comum-ao-recusarem-refugiados-17386579>>. Acesso em: 25 set. 2016.

MAZZUOLI, Valerio. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Celso. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAMINA, Larissa. *O princípio da autodeterminação dos povos e seus paradoxos: a aplicação na guerra do Cásaso de 2008*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3336.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. *Direito internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Data de recebimento: 12/03/2018

Data de aprovação: 02/04/2018

PLURALISMO JURÍDICO: POSSÍVEL (NOVO) MODELO PARADIGMÁTICO PARA O DIREITO?

LEGAL PLURALISM: POSSIBLE (NEW) PARADIGMATIC MODEL FOR THE LAW?

*Daniel Diniz Gonçalves**

*Juvêncio Borges Silva***

RESUMO

O presente artigo objetiva apresentar o pluralismo político, cultural e jurídico como novo paradigma ao modelo neoliberal hegemônico. Para justificar e legitimar a proposta de um novo modelo, este artigo apresenta, através do método dialético e do materialismo histórico, as distorções do modelo neoliberal vigente, notadamente as sistemáticas exclusões e marginalizações que ele promove em escala mundial. Na sequência, com referencial teórico em obras de Antônio Carlos Wolkmer, apresentam-se os elementos e pressupostos de um paradigma pluralista, a saber, o multiculturalismo, o pluralismo jurídico propriamente dito, o interculturalismo, o sistema de satisfação de justas necessidades, os novos sujeitos sociais/de direito e os direitos humanos como instrumental de emancipação e inclusão. Ao final, engendra-se uma discussão acerca da legitimação (prospectiva e em construção) do novo paradigma proposto, no sentido de que o pluralismo se legitima com uma redefinição do conceito de justiça, para além do seu usual e hegemônico conceito normativo, formal e globalizado.

Palavras-chave: Mudança paradigmática; Pluralismo; Legitimação; Justificação.

¹ Procurador Federal. Graduado em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Constitucional pela UNIDERP. Mestre pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP (Bolsista CAPES). E-mail: daniel.dinizgoncalves@gmail.com.

² Advogado. Graduado em Ciências Sociais pela UEMG – Passos e Direito pela UNESP – Franca. Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas. Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho e Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp, do Centro Universitário Barão de Mauá e do Centro Educacional Hyarte. E-mail: juvborges@netsite.com.br.

ABSTRACT

This article aims to present the political, cultural and legal pluralisms as a new paradigm to substitute the current hegemonic neoliberal model. In order to justify and legitimize the proposal for a new paradigmatic model, this article presents, through the dialectical and historical materialism methods, the distortions of the current neoliberal model, especially the systematic exclusions that it promotes on a world-wide scale. Following, with theoretical reference in the works of Antônio Carlos Wolkmer, the elements and presuppositions of a pluralist paradigm are presented, namely, multiculturalism, juridical pluralism proper, interculturalism, the system of satisfaction of just needs, the new social and legal subjects and human rights as instruments of emancipation and inclusion. In the end, a discussion about the legitimization of the new paradigm is proposed (a prospective and under construction discussion), in the sense that pluralism legitimates itself with a redefinition of the concept of justice, beyond its usual hegemonic normative concept, which is purely formal and globalized as such.

Keywords: Paradigmatic change; Pluralism; Legitimation; Justification.

INTRODUÇÃO

A CRISE PARADIGMÁTICA DO NEOLIBERALISMO

Um dos maiores desafios das Ciências Políticas, Sociais e Jurídicas do novo milênio é enfrentar a questão da mundialização neoliberal diante da necessidade de se preservar identidades coletivas locais, com seus costumes, cultura e epistemologia próprios.

A mundialização neoliberal, traduzida em um projeto de hegemonização intitulado “modernidade”, propõe (ou, mais propriamente, impõe) uma maneira de ver o mundo individualista, cientificista, instrumental, científica e economicista como verdadeiro valor universal imutável, o que gerou dominação, exclusão e extermínio, tal qual demonstra a realidade dos países periféricos, notadamente da América Latina e da África. Enrique Dussel perfilha com precisão a pretensão da modernidade:

Por um lado se autodefine a própria cultura como superior, mais desenvolvida; por outro lado, a outra cultura é determinada como inferior, rude, bárbara, sempre sujeito de uma imaturidade culpável. De maneira que a dominação que é exercida sobre o outro é, na realidade, emancipação, “utilidade”, “bem” do bárbaro que se civiliza, que se “desenvolve” ou “moderniza”¹.

¹ DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz: Plural, 1994, p. 75.

O projeto hegemônico neoliberal não se confunde com a globalização. Enquanto a globalização se caracteriza pela ampliação do espaço, desterritorialização e transnacionalização econômica, tecnológica e cultural, o projeto hegemônico neoliberal é aquele cujo apanágio é a concepção absolutista do capitalismo e a total independência (desregulação) do Mercado, até que a racionalidade economicista, o intuito da obtenção de lucro, seja meio, método e fim de todo comportamento humano.

O que postula o paradigma neoliberal é a abstenção do Estado de grande parte de sua parcela de responsabilidade sobre o bem-estar social, competindo-lhe tão somente assegurar um “mínimo de bens para todo cidadão”².

Como anotado, as investidas da hegemonização neoliberal acabaram por acarretar e acelerar processos de desequilíbrio econômico, inclusive nos países de capitalismo central, com incremento de taxas de desemprego, concentração de renda e extermínio de culturas locais devido a comportamentos padronizados por ela impostos.

O próprio Fundo Monetário Internacional publicou relatório elaborado por três de seus economistas, reconhecendo que “em vez de gerarem crescimento, algumas políticas neoliberais têm aumentado a desigualdade e colocado em risco uma expansão duradoura”³.

Relatório publicado no mês de janeiro de 2018 pela Oxfam traz na matéria principal o título “8 homens têm mesma riqueza que metade mais pobre do mundo”, e na sequência “Novo relatório divulgado pela Oxfam em Davos aponta para aumento da desigualdade extrema”.

Vejamos parte da matéria, que traz excertos do relatório da Oxfam:

Apenas oito homens possuem a mesma riqueza que os 3,6 bilhões de pessoas que compõem a metade mais pobre da humanidade, de acordo com um novo relatório publicado pela Oxfam, apresentado hoje na reunião anual de líderes políticos e empresariais em Davos. O documento *Uma economia humana para os 99%* mostra que a diferença entre ricos e pobres aumenta a cada edição do estudo, numa velocidade muito maior do que a prevista. Os 50% mais pobres da população mundial detêm menos de 0,25% da riqueza global líquida. Nesse grupo, cerca de 3 bilhões de pessoas vivem abaixo da “linha ética de pobreza” definida pela riqueza que permitiria que as pessoas tivessem uma expectativa de vida normal de pouco mais de 70 anos.

² WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006, p. 116.

³ BBC. *O estranho dia em que o FMI criticou o neoliberalismo*. 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-36668582>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

“O relatório detalha como os grandes negócios e os indivíduos que mais detêm a riqueza mundial estão se alimentando da crise econômica, pagando menos impostos, reduzindo salários e usando seu poder para influenciar a política em seus países”, afirma Katia Maia, diretora executiva da Oxfam no Brasil.

Os números da desigualdade foram extraídos do documento *Credit Suisse Wealth Report 2016*. Segundo a organização, 1 em cada 10 pessoas no mundo sobrevive com menos de US\$ 2 por dia. No outro extremo, a ONG prevê que o mundo produzirá seu primeiro trilionário em apenas 25 anos. Sozinho, esse indivíduo deterá uma fortuna tão alta que, se ele quisesse gastá-la, seria necessário consumir US\$ 1 milhão todos os dias, por 2.738 anos, para acabar com tamanha quantia em dinheiro. O discurso da Oxfam em Davos também mostrará que 7 de cada 10 pessoas vivem em países cuja taxa de desigualdade aumentou nos últimos 30 anos. “Entre 1988 e 2011, os rendimentos dos 10% mais pobres aumentaram em média apenas 65 dólares (US\$ 3 por ano), enquanto os rendimentos dos 10% mais ricos cresceram uma média de 11.800 dólares – ou 182 vezes mais”, aponta o documento.

“A desigualdade está mantendo milhões de pessoas na pobreza, fragmentando nossas sociedades e minando nossas democracias. É ultrajante que tão poucas pessoas detenham tanto enquanto tantas outras sofrem com a falta de acesso a serviços básicos, como saúde e educação”, reforça Katia Maia.

O relatório destaca ainda a situação das mulheres que, muitas vezes empregadas em cargos com menores salários, assumem uma quantidade desproporcional de tarefas em relação à remuneração recebida. O próprio relatório do Fórum Econômico Mundial (2016) sobre as disparidades de gênero estima que serão necessários 170 anos para que as mulheres recebam salários equivalentes aos dos homens. Segundo o texto, as mulheres ganham de 31 a 75% menos do que os homens no mundo.

A sonegação de impostos, o uso de paraísos fiscais e a influência política dos super-ricos para assegurar benefícios aos setores onde mantêm seus investimentos são outros destaques do documento da Oxfam.

Este é um quadro trágico, pois mostra que a maioria absoluta da população mundial vive à margem da “riqueza das nações”, e quando todo um esquema de corrupção e privilégios ocorre, como no caso do Brasil, este impacto é ainda mais avassalador.

O mesmo relatório da Oxfam assim constata em relação ao Brasil:

No Brasil, os seis maiores bilionários têm a mesma riqueza e patrimônio que os 100 milhões de brasileiros mais pobres. Caso o ritmo de inclusão no mercado de trabalho prossiga da forma como foi nos últimos 20 anos,

as mulheres só terão os mesmos salários dos homens no ano de 2047, e apenas em 2086 haverá equiparação entre a renda média de negros e brancos. De acordo com projeções do Banco Mundial, o país terá, até o fim de 2017, 3,6 milhões a mais de pobres⁴.

Esta desigualdade é obscena e é a maior causa das injustiças no Brasil e nos lugares do mundo em que tais desigualdades se assemelham.

O Estado intervencionista, Estado Providência, surgiu em razão da necessidade de preservação do sistema capitalista, não em função do bem-estar da sociedade. Assim, não como concessão, mas como condição de sua preservação⁵. Foi uma instituição política forjada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista.

Como bem observa Streck, “a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve Estado Social*”⁶.

O discurso neoliberal dominante no governo brasileiro no presente momento (janeiro de 2018), em prol da reforma da previdência, que já foi precedida pela “reforma trabalhista”, e que tem como pressuposto o ideário do Estado mínimo, tem um impacto completamente diferente dos países que experimentaram o *Welfare State*, acentuando as desigualdades sociais.

Como preconiza Boaventura de Sousa Santos apud Streck, “precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal”⁷.

O fato é que o Estado-Nação, projeto político de viabilização da modernidade neoliberal, apresenta crises importantes de representação política, de eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos e, sobretudo, de combate ao crescimento da miséria.

Isso posto, o que propomos é pensar um projeto social, político e jurídico que seja contra-hegemônico, o que faremos com achegados nos escólios de Antônio Carlos Wolkmer.

⁴ CHAGAS, Paulo Victor. *Seis bilionários no Brasil têm a mesma renda que os 100 milhões mais pobres*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/pesquisa-aponta-saidas-para-combater-desigualdade-no-brasil>>. Postado em: 25 set. 2017. Acesso em: 24 jan. 2018.

⁵ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 24.

⁶ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 27.

⁷ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28.

O projeto contra-hegemônico a que nos propomos envolve uma revisão das relações entre Estado e Sociedade, universalismo ético e relativismo cultural, razão e prática do direito e entre o direito estatal oficial e as “experiências plurais não formais de sistemas jurídicos”⁸.

Em tal projeto, os esforços construtivos e de releitura de institutos não se concentrarão no Estado ou no Mercado, mas na Sociedade, enquanto espaço de efetivação da pluralidade democrática⁹. O poder criador dessa instância plural é que definirá e redefinirá o direito, as identidades e autonomias dos corpos integrantes dela, sendo o protagonista desse novo lugar de debate os corpos sociais intermediários, os novos sujeitos coletivos.

Os processos de marginalização, exclusão e extermínio de grupos e culturas pelo neoliberalismo globalizado pede pelo retorno dos agentes históricos de transformação social, aqueles que, com suas lutas, outrora transformaram a realidade política, social e jurídica.

O projeto paradigmático em construção propõe se erigir sob uma “concepção antimonista, antiformalista e anti-individualista do direito”¹⁰, bem como na consagração do direito à diferença, à identidade coletiva.

DO PLURALISMO ENQUANTO NOVO PARADIGMA SOCIAL, POLÍTICO E, ESPECIALMENTE, JURÍDICO

A busca por um novo paradigma implica redefinir a vida humana, fornecendo respostas às questões epistemológicas clássicas, sobretudo, ao que nos interessa, às questões que envolvem a legitimidade e justificação do Direito e do Estado.

Para fazer frente a tais necessidades de legitimação e justificação, o novo modelo labora sob alguns pressupostos e princípios: o Multiculturalismo, o Pluralismo Jurídico – sentido estrito, a Interculturalidade, os Novos Sujeitos de Direito, o Reconhecimento de Justas Necessidades Humanas e os Direitos Humanos enquanto instrumental emancipatório.

Multiculturalismo

Para que o pluralismo jurídico promova o combate ao modelo hegemônico e promova real emancipação do ser humano, mister que se reconheçam e compreendam “elementos multiculturais criativos, diferenciados e participativos”¹¹.

⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 114, dez. 2006.

⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 114, dez. 2006.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 114, dez. 2006, p. 114.

¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 118, dez. 2006.

A sociedade contemporânea é constituída por diversas comunidades e culturas, homens, mulheres, negros, indigenistas, brancos, cristãos, muçulmanos, judeus, latinos, europeus, asiáticos, heterossexuais, homossexuais, ricos, pobres, etc., de maneira que um pluralismo jurídico deve reconhecer os valores coletivos expressos na dimensão de cada grupo e comunidade, materializando a democracia, em sentido forte.

O multiculturalismo é, pois, o reconhecimento dos valores, princípios e epistemologia dos grupos e comunidades que compõem a sociedade, enquanto novo lugar privilegiado de debate político e jurídico, especialmente das minorias, a fim de lhes estimular a participação na seara das decisões políticas.

Mister ressaltar que utilizamos “multiculturalismo” em uma leitura (ou releitura) de emancipação¹², feita através do novo espaço de discussão (a Sociedade Plural), orientada pelo reconhecimento do direito à diferença, à identidade coletiva e na construção de um local de diálogo permanente.

Boaventura de Souza Santos¹³ sustenta um multiculturalismo emancipatório, onde se parte do pressuposto de que todas as culturas são incompletas e que, conscientes de suas incompletudes mútuas, deveriam travar um diálogo intercultural, a fim de construir espaços comuns de compreensão. A construção da interculturalidade implica justamente que as diferentes culturas constituem-se em “instâncias dialogais”¹⁴, devendo reconhecer suas diferenças e buscar mútua compreensão e valorização.

O multiculturalismo emancipatório se define (ou redefine) como um local privilegiado “que se contrapõe aos extremos da fragmentação atomista e da ingerência sem limites do poder político”¹⁵, o que consagra os corpos sociais intermediários entre o individualismo e o estatalismo.

Pluralismo jurídico

O pluralismo jurídico inaugura uma nova cultura jurídica onde a legitimação tem assento no reconhecimento da justa satisfação das necessidades básicas e na ação dos novos sujeitos insurgentes, coletivos e individuais. Ele tem como objeto “práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças

¹² Opõe-se a tal visão emancipatória de Pluralismo o chamado “pluralismo eurocêntrico”, que busca separar e hierarquizar culturas, sendo as culturas superiores a da Europa e América do Norte, e as demais são as inferiores, alternativas e subalternas.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural. *Lua Nova*, n. 39, 1997, p. 105-124.

¹⁴ SALAS ASTYRAIN, Ricardo. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 327.

¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 119, dez. 2006.

sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado”¹⁶.

Consigna Antônio Carlos Wolkner que os objetivos do pluralismo não abrangem a negação ou a minimização do Direito Estatal, mas sim em reconhecer que ele não é a fonte exclusiva do direito¹⁷.

Além das ponderações de Antônio Carlos Wolkmer, José Luiz Quadros de Magalhães assevera que o Pluralismo Jurídico deve denunciar o modelo jurídico da modernidade (em crise), que busca apenas assegurar as condições necessárias para reproduzir o sistema econômico hegemônico (o capitalismo), notadamente na docilização e adestramento de sua mão de obra (a pessoa-cidadã)¹⁸.

Ainda em José Luiz Quadros de Magalhães, a existência de outros direitos aponta para o fato de que o Direito não é uma ciência a-ideológica, e que a ideologia que permeia o direito da modernidade:

manipula, encobre, mente, distorce, fazendo com que nossa interpretação (do real, ou seja, a realidade) não se constitua mais sobre o real, mas sim sobre algo artificialmente construído, levando-nos a agir de uma forma em que jamais agiríamos se estivéssemos construindo nossa realidade sobre os dados reais e não sobre dados artificialmente construídos, distorcidos, manipulados¹⁹.

O que denuncia José Luiz Quadros de Magalhães é que a ideologia, em sua acepção negativa, cria um conjunto de pré-compreensões de mundo que estão divorciadas da realidade, no intuito de alienar a pessoa do real, a fim de que todos os cidadãos laborem a compreensão da vida sob o solipsismo das oligarquias dominantes. Culmina sua exposição deduzindo que o Pluralismo Jurídico deve consagrar (reconhecer e, quiçá, institucionalizar), em pé de igualdade (sem considerar algumas formas como “alternativas” ou “subalternas”), uma diversidade de direitos de família e propriedade e a autonomia das diversas nacionalidades e, portanto, dos diversos sistemas jurídicos, para resolver suas controvérsias em seus espaços territoriais²⁰, o que geraria, por consequência, uma nova perspectiva democrática de horizontalidade de relações sociais.

¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 222.

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 222, dez. 2006.

¹⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 57.

¹⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 59.

²⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

Interculturalidade

A interculturalidade é uma filosofia crítico-cultural com objetivo de promover um espaço da negociação do processo de reconhecimento do pluralismo cultural.

A interculturalidade é uma subespécie de multiculturalismo que promove um horizonte de diálogo: pode-se dizer que enquanto o multiculturalismo promove o reconhecimento e não hierarquização das culturas, a interculturalidade promove um campo de diálogo, um campo de identificação de referências metaculturais, equivalentes homeomórficos.

Trata-se de um processo de mestiçagem cultural, em que o paradigma cultural moderno (eurocêntrico) não é o único a estabelecer as condições de garantia jurídica e política ao desenvolvimento do Direito. A ele se assomam outras racionalidades e outras epistemologias tradicionalmente silenciadas e marginalizadas e que reclamam seu reconhecimento (sociologia das ausências).

Podemos falar ainda de um “pluriversalismo de confluência” ou “interculturalismo sócio-histórico”, em que se faz uma aposta pela fecundação mútua entre as culturas e as diversas modalidades de saber e conhecer, considerando, novamente, que todas as culturas são incompletas e se constroem através de processos de luta de signos, saberes e significantes, donde permanentemente se transformam as relações humanas, sociais, culturais e institucionais, na busca por reconhecimento e compreensão.

Para que seja possível esse tipo de interculturalidade, é necessário reconhecer que toda cultura está contaminada por muitas culturas e racionalidades (hegemônicas e excludentes), no que se deve defender uma igualdade na diferença e combinar ambos os princípios (o da igualdade e o da diferença), sob uma ótica emancipadora, defronte a qualquer situação que provoque desigualdade.

Igualmente, a interculturalidade não pode ignorar as relações de poder e as pretensões de hegemonia de umas culturas e/ou grupos sobre outras, em todos os níveis (epistemológico, axiológico, ideológico, etc.). Devem-se criar espaços de capacitação dos seres humanos em sujeitos plurais, sem cair em uma funcionalidade que consolida imaginários hegemônicos predefinidos (ponto de partida).

Novos sujeitos sociais, novos sujeitos de direito

O diálogo intercultural e o pluralismo jurídico inserem-se na prática participativa de sujeitos insurgentes diferenciados (sociologia das emergências) e no reconhecimento da justeza de suas necessidades.

O conceito dos sujeitos sócio-históricos está associado à tradição de lutas e resistência, e, em um cenário como o atual, caracterizado por exclusões e mar-

ginalizações, as práticas insurgentes, rebeldes, das novas identidades sociais (movimentos sociais, ONGs, corpos intermediários, etc.) constituem legítima forma de fazer política.

O exaurimento e ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais do Estado Nacional da Modernidade favoreceu o aparecimento, ressurgimento e expansão de práticas normativas extraestatais, exercidas por sujeitos sociais que, a despeito de serem incluídos na condição de ilegalidade, definem “uma forma plural e emancipadora de legitimação”²¹.

O pluralismo de Antônio Carlos Wolkmer parte do pressuposto que os novos movimentos sociais são geradores de produção jurídica. O autor propõe a superação do sujeito atomizado da tradição liberal racionalista, para que um novo sujeito cognoscente surja a partir do sujeito coletivo, que participa e modifica o processo social.

Dessa maneira, a realidade social, objeto de conhecimento, será estudada a partir da perspectiva de um sujeito coletivo que agregou sujeitos outrora inertes e dominados e que, agora, sob o viés coletivo, promove sua participação e emancipação. Com isso, o pobre, o despossuído, o descamisado, os marginalizados de todo gênero, que antes percebiam a realidade de maneira individualista, e se prostravam impotentes diante dela, agora, sob o manto do coletivo social, sujeito social, passam a encarar a realidade como um objeto passível de transformação para promover sua inclusão.

Os sujeitos coletivos passam a protagonizar reivindicações e demandas, e esses sujeitos coletivos identificam-se com o conceito de povo. O povo enquanto sujeito histórico coletivo é representado nas lides da América Latina pela população oprimida de camponeses, trabalhadores, indígenas, negros, mulheres, etc.

Como conceitua Antônio Carlos Wolkmer, os sujeitos coletivos são:

identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomas, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora, participativa e igualitária²².

²¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 121, dez. 2006.

²² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 240.

Cumpra-se atentar para o fato de que os novos sujeitos coletivos de direito são uma realidade sociológica, e não jurídica, podendo tal realidade sociológica justificar seu enquadramento na esfera de relevância jurídica.

Reconhecimento de justas necessidades humanas

Os novos sujeitos coletivos, traduzidos dos movimentos sociais, afirmam-se e justificam-se por um sistema de necessidades. O pluralismo pressupõe que o Direito Oficial hegemônico negou a parcelas da coletividade condições para a construção de seus projetos de vida, o que foi já referido pelas palavras “exclusão” (privação total da satisfação das necessidades) e marginalização (privação parcial da satisfação das necessidades).

Sob uma perspectiva histórica, o direito oficial é um sistema construído para manter privilégios de uma parcela reduzida da população, que se beneficiou do processo de colonização da América Latina, alicerçado na concentração de terras e que redundou na atual concentração de capital político. A concentração de recursos gerou uma grande massa de excluídos, acima referenciados nos movimentos sociais, e que tomaram consciência de sua condição de exclusão, contestando-a.

A exclusão e a marginalização são justamente a negação das necessidades humanas fundamentais aos grupos marginalizados.

Necessidades humanas fundamentais, no ministério de Agnes Heller, compreendem o conjunto de necessidades de vida, de subsistência e culturais. Uma necessidade é reconhecida como legítima “se sua satisfação não inclui a utilização de outra pessoa como meio”²³.

Observa, ainda, Agnes Heller que a efetivação e a força dos movimentos sociais guardam relação direta com o sistema das necessidades fundamentais humanas insatisfeitas²⁴.

Cumpra-se ressaltar que as necessidades humanas fundamentais definem-se dentro de um contexto, que analisará as possibilidades da sociedade de realizar tais necessidades e a situação dos grupos não marginalizados. “Torna-se, deveras, imprópria qualquer determinação arbitrária sobre a qualidade e quantidade das necessidades, cabendo ao cidadão – comprometido com o procedimento justo – não só rechaçar a ideia de objetivações cotidianas interiorizadas por dominação (...)”²⁵.

²³ HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990, p. 238-239.

²⁴ HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990, p. 247.

²⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 122, dez. 2006.

Direitos humanos enquanto instrumental de emancipação

O paradigma do pluralismo jurídico, para se alçar à posição de novo paradigma, deve propor alternativas factíveis para o modelo hegemônico neoliberal. Uma das estratégias possíveis é transformar os direitos humanos em um referencial de práticas emancipadoras e multiculturais.

Os direitos humanos na modernidade tendem a se reduzir aos chamados direitos de primeira geração, ou liberdades públicas, que visavam conter o arbítrio do soberano. Tal modelo incorreu em formalismo e monismo, sendo por isso limitado. Limitado porque sua perspectiva exclusivamente estatalista (redução ao direito estatal) mitiga o potencial democratizador dos direitos humanos, eis que os órgãos estatais legiferantes não espelham representatividade do corpo social multifacetado, notadamente das minorias, e também é limitado porque a gênese formal do direito oficial estatal negligencia a realidade de aplicação dele (distância entre teoria e prática).

O fato é que o novo protagonista das decisões políticas, a Sociedade, compõe-se por comunidades e culturas diversas, o que induz que uma verdadeira democracia deve reconhecer os valores coletivos ínsitos de cada universo cultural e comunitário. Um governo democrático, pois, é aquele que assegura a coexistência de formas culturais diferentes, materializadas em grupos ou comunidades imersos em seus universos culturais próprios.

Para realizar uma melhor compreensão dos direitos humanos, devemos direcioná-la sob uma lente de multiculturalismo, assegurando a convivência de culturas diferentes, ordenamentos jurídicos diferentes (cultura jurídica diferente).

Direitos fundamentais, pensados sob uma perspectiva intercultural e pluralista, irradiará efeitos sobre os direitos humanos, que²⁶, assim, devem ser pensados para além do direito estatalista e hegemônico. O núcleo e substância dos direitos humanos devem ser gizados a partir de uma redefinição intercultural: as culturas devem dialogar no sentido de estabelecer pontes comuns conceituais para direitos humanos, gerando um ecumenismo²⁷ cultural no processo.

Costas Douzinas²⁸ identifica nos direitos humanos o objetivo de resistir à dominação e à opressão pública e privada e assevera que “humanidade” (ou

²⁶ Adotamos a diferenciação de direitos humanos e direitos fundamentais de Ingo Sarlet, para quem o discrimen entre as duas categorias é formal (de positivação interna), material (de acordo com as necessidades fundamentais protegidas) e espacial (plano internacional ou interno), com tendência de aproximação e fusão (seria desejável) dos 3 critérios diferenciadores.

²⁷ Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos em entrevista. Coimbra, 27 dez. 1995, p. 13.

²⁸ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos Direitos Humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

dignidade da pessoa humana) não é significado estático. Afirma que “A humanidade não é uma propriedade compartilhada. Ela é perceptível no inesperado incessante da condição humana e da sua exposição a um futuro aberto e indefinido”²⁹. Dessarte, o conceito de “humanidade” deve ser construído prospectivamente, diante das necessidades de luta contra a exclusão, dominação e exploração do homem pelo homem.

Boaventura de Sousa Santos defende a necessidade de um direito contra-hegemônico, ou seja, um direito subalterno, decorrente da “globalização contra-hegemônica” e do “cosmopolitismo subalterno”³⁰, que é o “cosmopolitismo dos oprimidos”. Neste caso, seriam novas formas de organizações sociais e novas formas de produção da juridicidade que teriam origem de baixo para cima, partindo dos oprimidos.

Na perspectiva do cosmopolitismo subalterno, “nem o direito se resume ao direito estatal, nem os direitos se resumem aos direitos individuais”³¹. Assim, na luta pela emancipação social, econômica e cultural pode-se e deve-se usar ferramentas do direito hegemônico para fins não hegemônicos, e também alternativas a estas ferramentas.

O uso das ferramentas jurídicas hegemônicas para fins não hegemônicos podem ser, por exemplo, as mobilizações políticas e sociais na luta por direitos das coletividades que sejam inclusivos, greves, manifestações de rua etc. Estas ações estariam ancoradas no direito hegemônico, mas com fins contra-hegemônicos, e outras poderão ser realizadas contrariando o direito estatuído, logo, orientadas por práticas nitidamente contra-hegemônicas.

Para quem se aferra ao direito positivado, estatalizado, e não admite nenhuma modalidade de juridicidade que não se realize nos estritos limites do direito estatal, deve lembrar-se que o próprio juspositivismo só se tornou possível em razão das revoluções, dentre elas a Revolução Francesa, que foi uma mobilização política realizada contrariamente ao direito estatal, e valendo-se de um lema jusnaturalista, a saber, “liberdade, igualdade e fraternidade”.

A “legalidade cosmopolita”, no contexto do pluralismo e dos direitos humanos, tem como objetivo primeiro erradicar a exclusão, principalmente nas suas formas mais extremas.

²⁹ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, p. 9, 2011.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio 2003, p. 27.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio 2003, p. 36.

A busca de um direito contra-hegemônico decorre da compreensão de que o contrato social nos moldes preconizados pelos contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) passou por uma erosão. Afinal, as teorias do contrato social surgiram a fim de legitimar a ideia de que a sociedade é uma construção humana, resultado de um consenso por parte dos indivíduos, com vistas a possibilitar as condições de uma vida ordeira e pacífica, numa sociedade na qual todos seriam beneficiados em função do contrato decorrente de um consenso entre os indivíduos.

Ocorre que o número de seres humanos que vive hoje fora do contrato social, como párias sociais, é alarmante. O contrato social atende apenas aos interesses e finalidades de uma pequena parcela da população mundial, que são os que de fato estão incluídos no contrato. Como observa Santos, “a crise do contrato social moderno reside na inversão da discrepância entre a experiência social e a expectativa social. Após um longo período de expectativas positivas quanto ao futuro, pelo menos nos países centrais e semiperiféricos, entramos num período de expectativas negativas para amplos sectores das populações de todo o planeta”³². Assim, “o projeto cosmopolita consiste exactamente em restaurar a discrepância moderna entre experiências sociais e expectativas sociais, ainda que por meio de práticas de oposição pós-modernas e apontando para transformações políticas radicais”³³.

A proposta do direito contra-hegemônico é que as formas de juridicidade não podem ser delimitadas apenas no âmbito estatal, assim como o acesso à justiça não deve ser compreendido tão somente como acesso aos tribunais.

É imprescindível proporcionar às pessoas as condições de empoderamento que lhes possibilitem fazer uso da sua autonomia na busca de soluções justas, que passem pela participação popular, pela luta social, pelo engajamento político, de forma a buscar enfrentar a hegemonia das formas de dominação impostas pelo mercado e viabilizar uma sociedade mais justa, na qual os Direitos Humanos de fato sejam efetivados.

Estamos imersos em uma sociedade que está a criar os seus “feudos” (condomínios fechados), os seus espaços privilegiados de compras e entretenimento (*shopping centers*), dentre outras áreas somente frequentadas por quem tem dinheiro, enquanto a maioria da população é colocada na marginalidade.

Estamos imersos em um país que registrou no ano de 2016 o total de 61.616 mortes, o que corresponde a 7 mortes por hora, número maior que o de muitas guerras³⁴.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio 2003, p. 40.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, maio 2003, p. 40.

³⁴ ACAYABA, Cintia. Brasil registra o maior número de assassinatos da história em 2016; 7 pessoas mortas por hora no país. *G1 Globo*, 30 out. 2017. Dados publicados pelo Anuário Brasileiro

A taxa de desemprego no Brasil fechou 2017 em 12,7%, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) divulgados em 31.01.2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo o maior índice da série histórica iniciada em 2012. Em 2016, a taxa havia ficado em 11,5%. O total de desocupados chegou a 13,2 milhões na média do ano, um aumento de 12,5% na comparação com a média do ano anterior (11,6 milhões)³⁵.

Os desafios para os Direitos Humanos, portanto, são muitos no caso do Brasil.

José Eduardo Faria, refletindo sobre Direitos Humanos à luz da globalização econômica, afirma:

(...) como os direitos humanos são sempre inseparáveis de sua garantia, segundo as concepções jurisdicistas, e como essas garantias são tradicionalmente por elas concebidas na perspectiva de limitações normativas impostas pelo poder constituinte ao poder público, na realidade eles acabam tendo condições de funcionar somente a partir do próprio poder público. É por causa desse paradoxo que o desafio da concretização dos direitos humanos na América Latina exige a superação das concepções jurisdicistas em favor de práticas políticas comprometidas (a) com a reconstrução ética dos vínculos sociais, (b) com a condição de “dignidade humana” a ser incorporada no universo normativo-institucional, (c) com a desalienação “técnica” (dada a distância entre a vida cotidiana, apreensível pelo homem comum, e a complexidade das decisões governamentais, exigindo conhecimentos altamente especializados e gerando, assim, um crescente cinismo em torno da vida política), e (d) com a substituição dos “cidadãos-servos” (os sujeitos formais de direito que não dispõem de poder substantivo) por “cidadãos plenos” (capazes de influir nas decisões fundamentais relativas à organização da vida econômica e à construção dos lugares da convivência social)³⁶.

Logo, os desafios postos pelos Direitos Humanos exigem que se ultrapassem os limites circunscritos pelo direito estatal, especialmente no caso dos países

de Segurança Pública. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-registra-o-maior-numero-de-homicidios-da-historia-em-2016-7-pessoas-foram-assassinadas-por-hora-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

³⁵ ABDALA, Victor. Taxa de desemprego no Brasil fecha em 12,7%. *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>><http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

³⁶ FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os Direitos Humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 152-153.

latino-americanos, dadas as inúmeras zonas de exclusão neles existentes. Faz-se necessário que a sociedade civil se organize de forma a empoderar-se na busca por caminhos de promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, de relações de produção e consumo mais justas.

Os Direitos Humanos não se concretizarão nem se efetivarão sem organização e participação popular.

Os Direitos Humanos já estão reconhecidos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico pátrio, e de igual forma na ordem jurídica internacional, falta serem plenamente efetivados, tal como preconiza Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”³⁷.

Para que tal desiderato seja alcançado, não basta a luta pelas esferas judiciais, faz-se necessárias a luta política, a democracia participativa, em um contexto de precariados no qual a cidadania, fragilizada, precisa ser fortalecida.

LEGITIMAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO PLURALISMO

Todo paradigma deve construir uma teoria, um discurso organizado de ideias, para sua legitimação e justificação. Questão clássica das Filosofias Política e Jurídica é a “problematização da legitimidade e da legalidade”³⁸.

A legalidade sugere a ideia de acatamento a uma estrutura normativa vigente e positiva, ao passo que legitimidade evoca uma “consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos”³⁹.

“Legitimar” não se resume a justificar a existência do Estado e do Direito, mas a construir uma adesão social ao modelo proposto, de forma livre e consciente.

A legitimação de um paradigma não pode se projetar unicamente sobre critérios de religião, tradição, carisma, emoção ou validade legal, sob pena de se construir um paradigma excludente, imperial e antidemocrático.

É necessário que a legitimação de um paradigma se aproxime, o tanto quanto lhe for possível, dos ideais de ética e justiça, que permitam visões mais libertadoras e integrativas de mundo.

A legitimidade do paradigma pluralista político, social e jurídico reside no rompimento com o paradigma neoliberal hegemônico, no sentido de se rechaçar

³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, n. 54, p. 95-106, jul. 2007, p. 96.

³⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 81.

uma legitimidade puramente assentada na validade/legalidade⁴⁰, e de se consagrar uma legitimação embasada “no consenso da comunidade e no sistema de valores aceitos e compartilhados no espaço de sociabilidade”⁴¹.

A legitimação que se propõe decorre das lutas dos novos sujeitos coletivos insurgentes pela satisfação de suas justas necessidades.

Quando referimos que é necessária uma legitimação paradigmática que se aproxime, o tanto quanto lhe for possível, dos ideais de ética e justiça, buscamos dizer que a legitimação deve se assentar na democracia, em sentido forte, de reconhecimento, participação e controle popular, eis que a ontologia do Direito e da Política é a Democracia propriamente dita.

Para tanto, é fulcral uma redescoberta ou ressignificação do valor “justiça”. Nossa proposta implica transcender uma “justiça normativa, formal e globalizada”, para adentrarmos em uma formulação que “seja expressão direta das contradições e complexidades da vida social”⁴².

Como já referido muitas vezes, as contradições e complexidades da realidade social, política e jurídica traduzem-se não na temática da distribuição (de recursos), mas nos “conceitos de dominação e opressão, no âmbito dos processos de tomada de decisão, da divisão do trabalho e da cultura”⁴³. Trata-se de um processo contínuo de vitimização social: ninguém nasce vítima, mas as racionalidades impregnadas na sociedade neoliberal – economicista, cientificista e patriarcal⁴⁴ – fazem as vítimas, os excluídos e marginalizados.

As teorias de Justiça contemporâneas estão laborando somente na agenda de distribuição de recursos, ou seja, no paradigma de mercantilização da vida, em sua tradução imediata e correspondente em bens materiais e posições sociais. Todavia, a justiça mercantilizada, distributiva, se nos apresenta inútil, por demasiado abstrata, no momento de avaliar o valor de identidades coletivas e individuais, o valor de suas práticas, axiomas, princípios, tradições, costumes, de sua especial relação com a terra, com o sagrado e ancestrais.

⁴⁰ RESTREPO, Ricardo Sanin. *Teoria crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana – Faculdade de Ciências Jurídicas/Grupo Editorial Ibanez, 2009, Introdução e Capítulo 1.

⁴¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 98.

⁴² WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 98.

⁴³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 99.

⁴⁴ RUBIO, David Sanches. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Org.). *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho, Migrações e trabalho*. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015.

Isso posto, o que anima a legitimação do paradigma pluralista é a concepção de justiça enquanto combate a lógicas de dominação, marginalização e exclusão (sentido conceitual por negação), criando, incentivando e ampliando, lado outro, práticas de emancipação e inclusão (sentido conceitual positivo).

As dinâmicas de emancipação se estabelecem através de relações nas quais os seres humanos se tratam uns aos outros como sujeitos e em uma perspectiva horizontal, solidária de autorreconhecimento e respeito⁴⁵. Essas lógicas permitem ao ser humano viver com dignidade, possibilitando-lhe a capacidade de dotar de sentido a realidade e de fazer e desfazer mundos: trata-se de uma justiça emancipatória, verticalizadora, e não simplesmente distributiva.

Veja-se que, como já registrado, as dinâmicas de dominação e império estruturam relações em que os seres humanos são discriminados, marginalizados, ou mesmo eliminados, sendo considerados objetos. Perde-se a solidariedade, a horizontalidade das relações e se estabelecem processos hegemônicos e hierárquicos, em que o humano torna-se manipulável, prescindível⁴⁶, a partir da superioridade de uns sobre os outros.

Devemos introjetar o imaginário, a consciência e o imperativo moral de que o ideal de Justiça e o ordenamento jurídico que lhe subjaz como criação direta são feitos, destinados e interpretados para servir ao ser humano, protegendo-o diante de desigualdades que aviltam sua dignidade⁴⁷.

Os novos sujeitos insurgentes interiorizaram o conceito de justiça emancipatória ora em análise, materializando-o em lutas efetivas por oportunidades iguais nos processos de produção e distribuição de cultura e riquezas.

Sobreleva anotar que a nova medida do justo será *não* um critério normativo prévio, universal, abstrato, geral e imutável (pretensão da modernidade neoliberal), mas as situações reais de exclusão, marginalização e dominação. O justo é aquilo que os novos sujeitos acordam, em processo dialogal intercultural,

⁴⁵ RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoría crítica del derecho*. 1. ed. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, Ags, 2013.

⁴⁶ O Professor David Sanches Rubio, em aula proferida dia 5 de maio de 2015, na UNESP – Franca, deu como exemplo de lógica imperial e de dominação a chamada “intervenção humanitária”, em que uma potência, ou coalizão de potências, realizam uma intervenção militar em um país, a pretexto de fazer cessar graves violações aos direitos humanos. O fato é que as instâncias hegemônicas se utilizam de uma violação aos direitos humanos – que é a própria intervenção militar – como meio de combater a violação inicial. E, no processo de intervenção, há os danos colaterais, que são as vítimas inocentes. A situação desvela a lógica de colocar o ser humano de carne e osso, com nome e sobrenome, como meio para fazer triunfar o ideal abstrato hegemônico de direitos humanos.

⁴⁷ O Professor David Sanches Rubio, em aula proferida dia 5 de maio de 2015, na UNESP – Franca, reforçou a ideia com a pergunta retórica, advinda da tradição cristã: “O sábado para o homem ou o homem para o sábado?”.

como luta eficaz contra processos de dominação e opressão, o que Boaventura de Souza Santos intitulou de globalização insurgente⁴⁸.

CONCLUSÃO

No presente ensaio procurou-se demonstrar a viabilidade, legitimação e justificação do paradigma pluralista em substituição ao modelo liberal hegemônico, notadamente diante das seguintes conclusões:

1. O modelo neoliberal hegemônico é um modelo que fomenta práticas de dominação, exclusão, marginalização e verticalização das relações humanas, o que gerou, notadamente na América Latina e África, um cenário de extrema miséria, verdadeira privação de um mínimo de condição existencial, quem dirá de vida digna;
2. O modelo pluralista que se nos apresenta tem como pressupostos e elementos de justificação e legitimação os seguintes:
3. Multiculturalismo, que propõe o reconhecimento de várias culturas como igualmente importantes e incompletas, sem qualquer perspectiva de hierarquização (culturas desenvolvidas, subdesenvolvidas e em desenvolvimento);
4. Pluralismo jurídico propriamente dito, em que o Estado não é mais visto como a única fonte legítima de direito, onde se assomam as produções normativas dos corpos sociais intermediários e outras identidades coletivas (comunidades);
5. Interculturalismo, onde as culturas, consideradas em relação à horizontalidade, irão construir, em instância dialogal, campos comuns de valores;
6. Novos sujeitos sociais/jurídicos, enquanto realidade sociológica de sujeitos de lutas e resistências, com o resgate da figura do sujeito histórico transformador e revolucionário que, através de suas práticas (movimentos sociais), promovem ações e estratégias ordenadas de emancipação;
7. Sistema de justas necessidades, calcado na satisfação de necessidades humanas que são legítimas na medida em que não transformam outro ser humano em meio para sua realização e que não são suscetíveis de estabelecimento prévio normativo, mas de construção dialógica intercultural;

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3-76, maio 2003.

8. Direitos humanos como instrumento privilegiado de ação emancipatória e contra-hegemônica, eis que, sob a roupagem do direito hegemônico, promovem uma leitura contra-hegemônica da realidade, transformadora em sentido emancipador e de inclusão, sendo o ponto de convergência do instrumental hegemônico com o axioma substancial emancipatório;
9. Justiça emancipatória, em substituição à Justiça distributiva neoliberal hegemônica, que se materializa em práticas de emancipação, inclusão e horizontalização das relações humanas, combatendo qualquer vitimização, dominação, exclusão e marginalização.

O projeto pluralista é prospectivo, estando em construção, mas se propõe real e dinâmico, estando umbilicalmente ligado à realidade social que lhe subjaz, procurando transformá-la, na persecução do ideal de uma sociedade justa, onde as relações de dominação e império sejam combatidas e mitigadas, ofertando ao maior número de seres humanos a satisfação de suas justas necessidades.

BIBLIOGRAFIA

- ABDALA, Victor. Taxa de desemprego no Brasil fecha em 12,7%. *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>><http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- ACAYABA, Cintia. Brasil registra o maior número de assassinatos da história em 2016; 7 pessoas mortas por hora no país. *G1 Globo*, 30 out. 2017. Dados publicados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-registra-o-maior-numero-de-homicidios-da-historia-em-2016-7-pessoas-foram-assassinadas-por-hora-no-pais.ghtml>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BBC. *O estranho dia em que o FMI criticou o neoliberalismo*, 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/geral-36668582>>. Acesso em: 1º fev. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHAGAS, Paulo Victor. *Seis bilionários no Brasil têm a mesma renda que os 100 milhões mais pobres*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/pesquisa-aponta-saidas-para-combater-desigualdade-no-brasil>>. Postado em: 25 set. 2017. Acesso em: 24 jan. 2018.
- DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos Direitos Humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas. v. 1, n. 1, 2011.
- DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural, 1994.
- FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os Direitos Humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MORENO, Isidoro. Derechos humanos, ciudadanía e interculturalidad. In: DÍAZ, Emma Martín; SIERRA, Sebastián de la Obra (Eds.). *Repensando la ciudadanía*. Sevilla: El Monte, 1998.

RESTREPO, Ricardo Sanin. *Teoria crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana – Faculdade de Ciências Jurídicas/ Grupo Editorial Ibanez, 2009.

RUBIO, David Sanches. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Org.). *Migrações e trabalho. Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015.

RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoria crítica del derecho*. Aguascalientes: Centro de Estudos Jurídicos y Sociales Mispát, Ags, 2013.

SALAS ASTYRAIN, Ricardo. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Unijuí, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3-76, maio 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural. *Lua Nova*, n. 39, p. 105-124, 1997.

SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Unijuí, 2003.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8. ed. Saraiva: 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidades. *Revista Sequência*, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Sequência*, n. 54, p. 95-106, jul. 2007.

Data de recebimento: 24/01/2017

Data de aprovação: 26/01/2018

PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE VÍTIMAS DE CRIMES EM ÂMBITO POLICIAL

PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OF CRIME VICTIMS IN THE POLICE STATION

*Alan Robson Alexandrino Ramos**
*Francilene dos Santos Rodrigues***

RESUMO

Este artigo analisa a legislação internacional de direitos humanos para detalhar as possibilidades de atuação do Estado-Polícia na aplicação direta de medidas protetivas em benefício de vítimas de crimes, confrontando a atuação dos órgãos policiais estrangeiros e brasileiros. Discute-se, com base em análises bibliográficas, documentais e observação participante dos autores, através de método comparativo, a necessidade de aperfeiçoamento das práticas da polícia brasileira para aplicação de medidas protetivas de urgência, em consonância com a experiência policial e legislação internacional de direitos humanos, na proteção de vítimas de crimes e da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que tal aperfeiçoamento na proteção de vítimas em âmbito policial refletirá em maior eficiência no sistema de justiça criminal, com maior colaboração de vítimas e testemunhas, em benefício da sociedade na aplicação das leis.

Palavras-chave: Medidas protetivas; Polícia; Direitos humanos; Legislação.

* Doutorando em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Roraima. Mestre em Sociedade e Fronteiras pela Universidade Federal de Roraima. Especialista em Segurança Pública e Cidadania pela Universidade Federal de Roraima. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará e em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Delegado de Polícia Federal lotado em Roraima. E-mail: alanrobsonce@yahoo.com.br

** Professora no curso de Ciências Sociais e nos programas de Pós-graduação Sociedade e Fronteiras (PPGSOF) e Recursos Naturais (Pronat) da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Pós-doutorado pela Universidade de Huelva-Espanha, no Programa de Gênero, Identidade e Cidadania. Doutorado em Ciências Sociais – Estudos sobre as Américas pela Universidade de Brasília (2007). Mestrado em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido pela Universidade Federal do Pará (1996). Bacharelado em Serviço Social pela Universidade Estadual do Ceará (1988). Líder do GEIFRON – Grupo de Estudos Interdisciplinar sobre Fronteiras. Coordena a Linha de Pesquisa: Migração, Gênero e Violência. E-mail: france.rodrigues@ufrr.br

ABSTRACT

This paper analyzes the international human rights legislation to find possibilities of Police acting in the application of protective measures for the benefit of victims of crimes, making a comparison with the practice of action of the foreign and Brazilian police. It discusses, through bibliographical, documentary and participant observation of authors, by comparative method, the necessity to improve Brazilian police practices for the application of urgent protective measures, according with police experience and international human rights law, in the protection of victims of crime and the dignity of the human person. The study concludes that the improvement in the protection of victims will reflect more efficiently in the criminal justice system, with greater collaboration of victims and witnesses, for the benefit of society in law enforcement.

Keywords: Protective measures; Police; Human rights; Legislation.

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.340/2006 – conhecida como Lei Maria da Penha – foi resultado dos esforços do movimento feminista, dos movimentos sociais pela efetivação dos direitos humanos e de atores estatais em busca de mudanças estruturais na forma como o Estado lidava com a violência contra a mulher e a violência doméstica. A Lei Maria da Penha representou grande avanço junto à legislação brasileira e principalmente como instrumento de proteção às mulheres vítimas de crimes em âmbito doméstico e nas relações familiares.

A referida Lei somente foi aprovada 11 anos após o Brasil ratificar, em 27 de novembro de 1995, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 6 de junho de 1994. Em 2017, a Lei Maria da Penha completou 11 anos de existência.

Entretanto, relatórios estatais e de organizações de direitos humanos no ano de 2017¹ e a experiência policial nacional e internacional demonstram insuficiência dessa proteção cautelar de vítimas, bem como o limite de medidas protetivas às vítimas tão somente em âmbito judicial e em casos envolvendo violência de gênero no âmbito doméstico.

Neste sentido, esse texto se propõe a debater a legislação internacional de direitos humanos inscrita e integrada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* suprallegal, bem como a experiência internacional de medidas protetivas de vítimas em âmbito policial, por meio de análises bibliográficas, documentais

¹ Disponíveis em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf> e <<https://www.hrw.org/pt/report/2017/06/21/305484>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

e da observação participante dos autores, enquanto gestores da segurança pública e pesquisadores.

O trabalho está subdividido em duas seções. Primeiramente, abordaremos medidas policiais que têm natureza jurídica protetiva a vítimas na experiência internacional. Na seção seguinte, cotejamos a legislação brasileira e normas internacionais de direitos humanos, aferindo as possibilidades de extensão de medidas protetivas, em âmbito policial, a vítimas de crimes os quais o Brasil se comprometeu internacionalmente a prevenir e reprimir, com hermenêutica jurídica em prol da vítima de violação de direitos humanos, na proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

EXPERIÊNCIA POLICIAL INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DE VÍTIMAS DE CRIMES E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Os órgãos policiais têm atribuições de prevenção e repressão de crimes. Essa atuação perpassa pelos necessários contatos com as vítimas dos crimes, no intuito de obtenção de elementos probatórios de práticas criminosas. A experiência policial e a legislação internacional de direitos humanos indicam obrigações aos policiais nesse contato, com objetivo de proteção de vítimas de crimes.

Polícia é

uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a pôr em ação as limitações que a lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública, em suas várias manifestações: da segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais².

Além dessa imposição de limites às liberdades para a paz social, os direitos humanos são também indissociavelmente ligados ao trabalho da polícia, em ação policial que deve ser protagonista de direitos e de cidadania na sociedade³.

A Polícia Judiciária, atuando na investigação de crimes, “deve remeter ao processo penal de um Estado de Direito em garantia de direitos fundamentais”⁴. Não é suficiente entregar à Justiça, de forma eficiente, o resultado de um inquérito policial que apurou uma prática criminosa se nele foram violados direitos humanos ou a vítima não teve a necessária atenção estatal e sofreu riscos decorrentes de sua atuação na investigação.

² BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

³ BALESTRELI, Ricardo. *Direitos humanos: coisa de polícia*. Passo Fundo: Capec/Paster, 1998.

⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de polícia judiciária: introdução às questões fundamentais. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 54, jan.-jul. 2017.

O labor policial na assistência de vítimas e implementação de medidas protetivas é realidade mundial. A Organização das Nações Unidas aponta que medidas protetivas em favor de vítimas e testemunhas de crimes são fundamentais para o bom funcionamento do sistema de justiça criminal, porque são essas vítimas e testemunhas que colaboram diretamente na elucidação de ilícitos⁵.

No caso da polícia japonesa existe uma divisão para assistência a vítimas de crimes⁶. Nessa estrutura a colaboração das vítimas de crimes com os policiais é fundamental para uma atuação proativa para evitar novos episódios de crime – a revitimização, sendo mencionada a necessidade de medidas policiais para “garantir que as vítimas não sofram mais ataques”⁶ e proteção específica para vítimas do sexo feminino, crianças e adolescentes.

Nos Estados Unidos, a Associação Internacional de Chefes de Polícia, em ação conjunta com outras entidades, tem detalhado protocolo de atuação para assistência e medidas protetivas a vítimas de crimes, especialmente de crianças⁷. No Estado americano do Texas, opta-se pela compensação financeira de vítimas de crimes, tendo a polícia o papel de possibilitar proteção às vítimas por meio do acesso ao fundo estatal compensatório para vítimas⁸.

Migrantes indocumentados são vítimas potenciais de crimes em todo o mundo, principalmente em face do receio de serem deportados ao noticiarem crimes às autoridades estatais. Enquanto nos Estados Unidos essas vítimas deixam de procurar os órgãos policiais por não terem medidas protetivas que evitem sua retirada compulsória do país⁹, no Brasil a inovação legislativa trazida pelo artigo 7º da Lei n. 13.344/2016 trouxe proteção, mesmo que de forma limitada, a vítimas, em específico, de crime de tráfico de pessoas, com possibilidade de concessão da medida protetiva administrativa em âmbito policial.

⁵ United Nations Office on Drugs and Crime. Victim Assistance and Witness Protection. Disponível em: <<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/witness-protection.html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁶ National Police Agency. Police Support for Crime Victim. Disponível em: <<http://www.npa.go.jp/english/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁷ Enhancing Police responses to children exposed to violence: a toolkit for law enforcement. Disponível em: <<http://www.theiacp.org/Portals/0/documents/pdfs/CEVToolkitOnlineVersion.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁸ FRITSCH, Eric J.; CAETI, Tory J.; TOBOLOWSKY, Peggy M.; TAYLOR, Robert W. Police referrals of crime victims to compensation sources: an empirical analysis of attitudinal and structural impediments. *Police Quarterly*, v. 7, Issue 3, p. 372-393, 2016 Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1098611103257691?journalCode=pqxa>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

⁹ KITTRIE, Orde F. Federalism, deportation, and crime victims afraid to call the police. *Iowa Law Review*, 91(5), 1449-1450, 2006. Disponível em: <<https://asu.pure.elsevier.com/en/publications/federalism-deportation-and-crime-victims-afraid-to-call-the-polic>>, p. 1508. Acesso em: 4 nov. 2017.

Já a experiência australiana aponta práticas policiais voltadas para as vítimas de crimes, em que a informação sobre o transcurso do trabalho policial é obrigatória, evitando efeitos da revitimização e promovendo medidas para o encorajamento e empoderamento da vítima para que ela siga a vida adiante. Essas medidas são consideradas tão importantes quanto a elucidação de crimes¹⁰.

Na Alemanha, país que apresenta números expressivos de violência doméstica e de gênero¹¹, a polícia tem a atribuição de implementar diretamente medidas protetivas em benefício das vítimas de crimes. Tais medidas em âmbito policial têm duração de até 14 dias e envolvem limitações ao investigado, como o confisco de chaves da residência, proibição de acesso ao lar ou de outros locais que apontem risco à vítima (v.g.: escola ou local de trabalho), de entrar em contato com cônjuge ou filhos e, caso tais medidas sejam insuficientes, deliberação pela prisão do ofensor, em proteção das vítimas¹².

De forma similar, na Áustria, as medidas protetivas em favor de vítimas de violência doméstica implementadas diretamente pela polícia duram até 10 dias, envolvendo afastamento do suspeito do lar e da vizinhança. Para haver prorrogação do prazo dessas medidas, a vítima deve buscar a Justiça¹³.

Na Suécia, a polícia pode diretamente aplicar medidas protetivas em benefício das vítimas, através de monitoramento via GPS, telefone ou uso de alarme. A atuação depende do Ministério Público apenas para medidas que envolvam proibição de contato do suspeito com vítimas¹⁴.

Em Montenegro a lei de proteção a violência doméstica também prevê atuação direta da polícia no implemento de medidas protetivas em favor de vítimas de crimes. Estipulam os artigos 10 e 19 da norma regente a atuação imediata da polícia, se necessário em coordenação com outras instituições protetivas para assistência às vítimas, com tomada de “medidas eficientes para cessar o abuso e eliminar as circunstâncias que podem tornar a revitimização possível”. Nos

¹⁰ ELLIOT, Irina; THOMAS, Stuart D. M.; OGLOFF, James R. P. Procedural justice in contacts with the police: the perspective of victims of crime. *Police Practice and Research*, v. 13, 2012. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15614263.2011.607659>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

¹¹ Disponível em: <<http://www.dw.com/en/domestic-violence-affects-over-100000-women-in-germany/a-36482282>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

¹² Manual *domestic violence: your rights*. Disponível em: <http://www.big-berlin.info/sites/default/files/medien/330_IhrRecht_en.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

¹³ The Austrian model of intervention in cases of domestic violence. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-gp-2005/docs/experts/logar.dv.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

¹⁴ *Swedish Police website on domestic violence*. Disponível em: <https://polisen.se/PageFiles/340173/Kom_till_oss_EN_130611.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2017.

artigos 21 a 28 da norma¹⁵ estão detalhadas as possibilidades de afastamento do lar e de outras restrições aos suspeitos.

No Brasil, temos a Constituição Federal como sustentáculo e limite de atuação policial, na prevenção e repressão de violação a bens mais caros da sociedade previstos em normas penais. A polícia deve atuar sob domínio de que

Uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional¹⁶.

Na proteção dessa dignidade humana, os §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 abrem a ordem jurídica brasileira às inovações dos direitos humanos no mundo. O direito comparado e o cotejo das normas internas com a ordem jurídica de outras nações são necessários à atuação policial, sempre de forma que tenha a dignidade humana como *ultima ratio*.

Os compromissos internacionais de direitos humanos têm supremacia, no ordenamento jurídico brasileiro, sobre as leis ordinárias. Toda atuação estatal deve ser analisada sob a ótica da compatibilidade com a Constituição Federal e com os compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil, pois:

A partir do conceito de soberania do direito público internacional clássico resulta a proibição fundamental de intromissão nos assuntos internos de um estado reconhecido internacionalmente. Embora essa proibição seja reforçada na Carta das Nações Unidas, desde seu surgimento ela entra em concorrência com o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos. O princípio da não intromissão foi minado durante as últimas décadas, mormente pela política dos direitos humanos¹⁷.

A Constituição Federal relativiza a soberania nacional em nome da dignidade da pessoa humana, consoante Piovesan, sobre a Constituição Federal,

¹⁵ *Law on Domestic Violence Protection*. Disponível em: <<http://www.pravda.gov.me/Resource-Manager/FileDownload.aspx?rid=258041&rType=2&file=Law%20on%20domestic%20violence%20protection.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168.

os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a Constituição de 1988 passa a incorporar os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ao universo dos direitos constitucionalmente consagrados¹⁸.

As ações estatais na proteção dos direitos humanos de vítimas de crimes, especialmente o labor do Delegado de Polícia, autoridade estatal que dá o primeiro atendimento jurídico a fatos criminosos no Brasil, em obediência ao artigo 2º da Lei n. 12.830/2013, exige hermenêutica transconstitucional entre os direitos fundamentais pátrios e direitos humanos na ordem internacional¹⁹, para análise e melhor solução em benefício de vítimas.

Deve a polícia atuar com eficiência para a aplicação da lei penal, na prevenção e repressão de crimes, mas sem olvidar dos direitos dos investigados e da primazia da vítima, que teve seus direitos violados pela prática criminosa. As práticas policiais em proteção de vítimas estão determinadas em normas internacionais de direitos humanos, que obrigam atuação estatal perante a sociedade internacional, inclusive policial, *e.g.*, na proteção de vítimas contra a discriminação de gênero, tortura e crianças.

A hermenêutica das normas no Brasil exige compreensão da supremacia das normas internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinariamente votadas no Congresso Nacional. O *status* supralegal dos acordos internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no caso paradigma consistente no *Habeas Corpus* n. 95.967-9/MS, quando restou firmado que

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação²⁰.

Cançado Trindade reforça o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos no século XX:

El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido, a mi juicio, el rescate del ser humano

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

¹⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 297.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 95.967-9. Relatora: Ellen Gracie. Publicado no *DJ* de 27/11/2008, Ementário 2343-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional. Pero este avance viene acompañando de nuevas necesidades de protección, a requerir nuevas respuestas por parte del propio corpus juris de protección. Es el caso, en nuestros días, de las personas afectadas por los problemas planteados en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹.

O advento da Lei Maria da Penha no Brasil – Lei n. 11.340/2006 – foi em decorrência de violações a direitos de vítimas de violência doméstica no Brasil, em afronta aos compromissos brasileiros na ordem jurídica internacional positivados na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará – que elaborou pela primeira vez um conceito de gênero e foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.973/96.

No entanto, o que impactou o Estado brasileiro foi mesmo a condenação, em 2001, por omissão e negligência no enfrentamento à violência conjugal, conforme recurso de Maria da Penha Fernandes à Organização dos Estados Americanos (OEA). Ao fim do processo na Comissão, a OEA recomendou ao Brasil, dentre outras medidas, “Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres”²².

O Brasil se comprometera internacionalmente a condenar “todas as formas de violência contra a mulher” e adotar, “por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência”, especialmente adotando “medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade”²³.

Com isso, deveriam ser inovadas atuações dos poderes públicos, especialmente em âmbito policial, aproveitando a experiência policial internacional para evitar novas omissões no atendimento de vítimas, que culminem em judicialização de casos brasileiros violadores de direitos humanos em âmbito internacional.

²¹ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2017.

²² CIDH – Comissão Interamericana de Derechos Humanos. *Relatório n. 54/01. Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes*, 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

²³ BRASIL. *Decreto 1.973/1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

A judicialização de fatos internos em cortes internacionais expõe negativamente o país, denotando precariedade da atuação brasileira na proteção interna dos direitos fundamentais, em afronta a normas internacionais de direitos humanos integradas ao ordenamento jurídico brasileiro.

PRÁTICAS POLICIAIS NO BRASIL E POSSÍVEIS INOVAÇÕES EM MEDIDAS PROTETIVAS EM BENEFÍCIO DE VÍTIMAS DE CRIMES

Na seção anterior, aferimos a supremacia das normas internacionais de direitos humanos na ordem jurídica nacional e a hermenêutica no sentido de que, em caso de conflito de normas, a solução jurídica se dá em benefício das vítimas que tiveram os direitos violados, bem como a experiência policial estrangeira na aplicação de medidas protetivas em favor de vítimas de crimes.

Observamos que a Constituição Federal de 1988 tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e o país se comprometeu na ordem internacional em prevenir e reprimir atos atentatórios ao ser humano, exigindo atuação estatal na proteção de vítimas de crimes.

Tais premissas têm reflexos diretos nas ações policiais. Da experiência prática policial, em cotejo com as normas internacionais de direitos humanos e a experiência policial estrangeira em atuação em benefício de vítimas, debatemos a seguir algumas possibilidades de inovações de práticas policiais em prol dos direitos humanos.

A concessão de medidas protetivas a mulheres vítimas de violência doméstica na esfera familiar no âmbito das delegacias de polícia vem sendo defendida na literatura jurídica²⁴.

Devem ser pensadas formas de atuação inovadoras na prática policial, tendo em vista que a necessidade de proteção cautelar de vítimas precisa ser enfrentada não apenas no âmbito positivado na Lei Maria da Penha ou nos projetos em discussão no Poder Legislativo. A legislação internacional de direitos humanos determina, em benefício maior das vítimas, efetividade por parte de todo o Estado, seja nos poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, na proteção da dignidade da pessoa humana.

Na proatividade de proteção a vítimas, caberia ao Poder Judiciário a correção, a qualquer momento, de eventuais excessos cometidos por autoridades públicas, incluindo o Delegado de Polícia, em decisões administrativas que determinem medidas protetivas a vítimas de crimes.

²⁴ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; CARNEIRO, Pedro Rios. Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário. *Consultor Jurídico*, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

O limite de atuação do Delegado de Polícia no tocante à imposição de medidas protetivas estaria na reserva de jurisdição, que, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado²⁵.

O Delegado de Polícia, ao comunicar ao Juízo eventual prisão em flagrante ou atuação administrativa com decisão por medidas protetivas tomadas em benefício de vítimas de crimes, informaria as medidas já tomadas em âmbito policial, através de decisões administrativas fundamentadas, que poderiam ser revertidas, reforçadas ou alteradas de qualquer forma pelo Juiz. Até deliberação judicial, já teriam sido impostas medidas policiais para cessar perturbação à(s) vítima(s) de crimes.

A legislação brasileira já prevê expressamente algumas hipóteses de medidas protetivas de vítimas impostas em sede policial. A hermenêutica constitucional permite aferir possibilidade dessas práticas policiais em prol dos direitos humanos em outros casos nos quais seja exigida a proteção cautelar de vítimas.

Na Lei n. 9.613/98 – que dispõe sobre crimes de lavagem de dinheiro –, está previsto o afastamento de servidor público indiciado pelo delegado de polícia em inquérito policial, medida cautelar que protege a higidez coletiva, afastando do serviço público aqueles servidores suspeitos de crimes e protegendo cautelarmente o serviço público do labor de seus integrantes suspeitos de práticas delituosas:

Art. 17-D. Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno²⁶.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no MS 23452. Relator Celso de Mello, 16 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?sl=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

²⁶ BRASIL. Lei 9.613/1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

Tal afastamento do cargo poderia ser estendido a indiciamento de suspeitos de crimes contra a administração pública e corrupção, bem como outros crimes em que fosse constatado que a manutenção do servidor público suspeito no local de trabalho impusesse severos prejuízos aos princípios da Administração Pública.

Trata-se, além de medidas para possibilitar a coleta de provas em âmbito policial sem interferência dos investigados, de medidas com natureza jurídica protetiva, em prol da moralidade administrativa, retirando cautelarmente do serviço público aquele servidor indiciado que possa afetar o bom andamento dos serviços da Administração Pública, semelhante ao “afastamento do lar”, inscrito no artigo 22, II, da Lei Maria da Penha, que ainda é aplicável somente em âmbito judicial.

Outra medida protetiva aplicada em âmbito policial está positivada no artigo 67-A do Decreto n. 5.123/2004, que prevê:

Art. 67-A. Serão cassadas as autorizações de posse e de porte de arma de fogo do titular a quem seja imputada a prática de crime doloso.

(...)

§ 2º A cassação da autorização de posse ou de porte de arma de fogo será determinada a partir do indiciamento do investigado no inquérito policial ou do recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz²⁷.

Cabe ao Delegado de Polícia a atuação administrativa e preventiva no sentido de cassar o registro e/ou o porte de arma de fogo, quando tal medida for necessária à higidez coletiva, na prevenção de práticas criminosas, com destaque ao objetivo de evitar a revitimização.

Decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região são consonantes com essa atuação administrativa protetiva em âmbito policial para cassar o registro e porte de arma em face de indiciamento de interessado²⁸.

Quanto ao registro ou porte de arma de fogo, pode, de outro lado, ocorrer a hipótese de o Delegado de Polícia aferir a necessidade de concessão de porte de arma de fogo como medida protetiva para vítima de crime, no intuito de reforço da proteção de sua vida ou integridade física contra revitimização.

²⁷ BRASIL. Decreto 5.123/2004. *Regulamenta a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança 00561353220124013400. Relator Néviton Guedes. 21/11/2016c. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 jul. 2017; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança 00013242520134013809. Relator Kassio Nunes Marques. 18/02/2015b. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

Em decisão fundamentada nos autos de investigação criminal em inquérito policial, para proteção da vítima de crime, a Autoridade Policial supriria o requisito inscrito no artigo 10, § 1º, da Lei n. 10.826/2006, em instrução de procedimento administrativo para concessão de porte de arma de fogo. Neste caso, a vítima teria comprovada, na decisão fundamentada do delegado que atua na investigação de crime, a “efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física”²⁹.

No caso de atuação do Delegado de Polícia em atendimento de casos em que se constate haver vítimas de crime de tráfico de pessoas, a Lei n. 13.344/2016 trouxe significativa inovação para a atuação policial protetiva de vítimas, determinando “atenção integral às vítimas diretas e indiretas” e “prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios”³⁰.

Ademais, como a Polícia Federal tem atribuições de Polícia de Imigração no Brasil, cabe ao Delegado de Polícia chefe da unidade policial, no atendimento de vítimas de tráfico de pessoas, a implementação cautelar de medida protetiva inscrita no artigo 7º da Lei n. 13.344/2016, que determina concessão administrativa de “residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial”³⁰, extensível, nos termos da lei, aos membros da família da vítima.

Cabe a reflexão: esta medida protetiva, consistente na concessão de residência permanente no Brasil, deve se restringir tão somente para vítimas de crimes de tráfico de pessoas? O afastamento cautelar do cargo deve ser restrito a suspeitos de crimes de lavagem de dinheiro? A cassação do registro ou porte de arma de fogo deve ser a única medida protetiva possível no âmbito policial para preservação da paz social e da integridade das vítimas de crimes?

Mais que pensar a universalidade dos direitos humanos, cabe ao Delegado de Polícia, dentro de suas atribuições, fazer adequada leitura das normas constitucionais atinentes aos direitos fundamentais em conjunto com as normas internacionais de direitos humanos, com atuação tanto para aplicação da lei penal quanto em benefício das vítimas de crimes, compreendendo o diálogo transconstitucional que tem na vítima de violação de direitos a primazia.

²⁹ BRASIL. *Lei 10.826/2006. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

³⁰ BRASIL. *Lei 13.344/2016d. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

Portanto, a atuação da autoridade policial deve ser repensada, para que se exija um poder-dever de atuação cautelar e protetiva sempre que necessário à salvaguarda da dignidade de vítima de quaisquer crimes, em decisões administrativas que devem ser tomadas de forma eficiente e fundamentada, de forma a evitar novas práticas criminosas e revitimização, tendo a todo tempo a possibilidade de reversão das decisões pelo Poder Judiciário em última instância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas internacionais de direitos humanos vinculam o Brasil na comunidade internacional, cabendo não somente às autoridades judiciais o cumprimento dessas normas, mas a todos os agentes públicos aplicadores da lei, com destaque aos que têm poder de decisão sobre restrições de direitos fundamentais das pessoas.

A atuação do delegado de polícia envolve essa restrição à liberdade de investigados, além de outras ações que podem culminar na constrição de patrimônio ou de outros bens especialmente protegidos pela ordem jurídica. Essas decisões em âmbito policial devem compatibilidade às normas internacionais de direitos humanos, que têm *status* constitucional ou supralegal no país. A atuação de autoridades policiais na proteção de vítimas de crimes merece profunda reflexão, para inovação e proatividade na hermenêutica jurídica para proteção dos direitos fundamentais previstos em normas constitucionais e de direitos humanos inscritos em normas internacionais.

As inovações nas práticas policiais podem consistir na efetiva aplicação diária de hipóteses legais já existentes para proteção cautelar de vítimas em âmbito policial, com interpretação das normas vigentes em prol da proteção das vítimas em âmbito policial, tal como a cassação do registro ou do porte de arma de fogo de indiciados; concessão de registro ou porte de arma de fogo a vítimas de crimes; afastamento de servidores públicos indiciados por crime de lavagem de dinheiro ou a concessão de permanência no Brasil a migrantes estrangeiros vítimas de exploração sexual, independentemente da situação migratória dessas vítimas.

A proatividade na salvaguarda de vítimas em âmbito policial pode ainda exigir criatividade e inovação no caso concreto, pelo Delegado de Polícia, através de hermenêutica transconstitucional de normas ordinárias brasileiras, normas internacionais de direitos humanos, jurisprudência, literatura jurídica e da experiência policial internacional de proteção de vítimas, com o fim de efetivação de medidas administrativas que evitem revitimização e protejam efetivamente as vítimas de crimes, em medidas determinadas imediatamente em âmbito policial e sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, a título exemplificativo, um migrante vítima de crimes que não o tráfico de pessoas e que o país se comprometeu internacionalmente a combater poderia ter sua situação migratória regularizada no Brasil; o afastamento cautelar de um servidor público, de um empregado de uma empresa privada ou de um familiar do seu domicílio; a proibição de aproximação do suspeito de crime e o estabelecimento de tecnologias para seu acompanhamento via GPS, com contatos entre vítimas e policiais, seriam determinados pelo Delegado de Polícia, sempre que necessários à proteção de vítima de crime.

A efetiva salvaguarda de direitos na efetiva proteção de vítimas é possível, mas exige atuação diferenciada dos órgãos policiais na implementação de medidas protetivas, devendo haver aplicação direta de mandamentos de normas internacionais de direitos humanos na delegacia de polícia, local onde as vítimas de crimes buscam primeiramente o Estado para resguardo de direitos que se afirmam violados. Há plena compatibilidade entre atividade policial e direitos humanos.

A experiência policial internacional e as normas internacionais de direitos humanos exigem cotejo em leitura transconstitucional para essa inovação em âmbito policial, na proteção de vítimas de crime. Tal proatividade policial em benefício de vítimas refletirá em maior eficiência na investigação criminal e no sistema de justiça criminal, com colaboração de vítimas, testemunhas e de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLYI, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALESTRELI, Ricardo. *Direitos humanos: coisa de polícia*. Passo Fundo: Capec/Paster, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 586/2015, de 05/03/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=964395>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 1.973/1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 4.377/2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 5.123/2004. Regulamenta a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 99.710/1990. Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo 4/1989. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1989/decretolegislativo-4-23-maio-1989-352859-exposicaoemotivos-146374-pl.html>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei 9.613/1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei 10.826/2006. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei 11.340/2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei 12.830/2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei 13.344/2016d. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Portaria n. 3.233/2012-DG/DPF. Disciplina, em todo o território nacional, as atividades de segurança privada, armada ou desarmada, desenvolvidas pelas empresas especializadas, pelas que possuem serviço orgânico de segurança e pelos profissionais que nelas atuam, bem como regula a fiscalização dos planos de segurança dos estabelecimentos financeiros*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/seguranca-privada/legislacao-normas-e-orientacoes/portarias/Portaria%20n3233.12.DG-DPF.pdf/view>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n. 7, de 2016. Acrescenta dispositivos à Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, para dispor sobre o direito da vítima de violência doméstica de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125364>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1536099. Relator Herman Benjamin. 17/11/2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* 95.967-9. Relatora: Ellen Gracie. Publicado no *DJ* de 27/11/2008, Ementário 2343-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>>. Acesso em: 25 maio 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no MS 23452. Relator Celso de Mello, 16 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança 00013242520134013809. Relator Kassio Nunes Marques. 18/02/2015b. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança 00561353220124013400. Relator Néviton Guedes. 21/11/2016c. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; CARNEIRO, Pedro Rios. Concessão de medidas protetivas na delegacia é avanço necessário. *Consultor Jurídico*, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/concessao-medidas-protetivas-delegacia-avanco-necessario>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2017.

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n. 54/01*. Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

DUMARESQ, M. L. *Os dez anos da Lei Maria da Penha: uma visão prospectiva*. Brasília: Núcleo de Estudos e pesquisas/CONLEG/Senado, 2016.

ELLIOT, Irina; THOMAS, Stuart D. M.; OGLOFF, James R. P. Procedural justice in contacts with the police: the perspective of victims of crime. *Police Practice and Research*, v. 13, 2012. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15614263.2011.607659>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

FRITSCH, Eric J.; CAETI, Tory J.; TOBOLOWSKY, Peggy M.; TAYLOR, Robert W.; Police referrals of crime victims to compensation sources: an empirical analysis of attitudinal and structural impediments. *Police Quarterly*, v. 7, Issue 3, p. 372-393, 2016. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1098611103257691?journalCode=pqxa>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

KITTRIE, Orde F. Federalism, deportation, and crime victims afraid to call the police. *Iowa Law Review*, 91(5), 1449-150, 2006. Disponível em: <<https://asu.pure.elsevier.com/en/publications/federalism-deportation-and-crime-victims-afraid-to-call-the-polic>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. UNIC/Rio/005, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Direito de polícia judiciária: introdução às questões fundamentais. *Revista de Direito de Polícia Judiciária*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 25-58, jan.-jul. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, A. R. A. O impedimento e a repatriação de estrangeiros no Brasil e possíveis inconsistências com a Convenção Americana de Direitos Humanos. *Revista Migrações*, v. 1, p. 137-156, Lisboa, Portugal, 2015.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Data de recebimento: 09/11/2017

Data de aprovação: 18/01/2018

RACIONALIDADE MORAL E A VIRADA LINGUÍSTICO-LITERÁRIA (*LITERARY LINGUISTIC TURN*): REPENSANDO O CAMINHO PARA A COORIGINARIEDADE ENTRE DIREITO E MORAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

MORAL RATIONALITY AND LITERARY LINGUISTIC TURN: RETHINKING THE WAY TO THE CO-ORIGINALITY BETWEEN LAW AND MORALITY IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES

Carlos Alberto Simões de Tomaz*

RESUMO

Sob uma abordagem lógico-dedutiva, o artigo analisa a construção da racionalidade moral desde os discursos do monismo e do pluralismo jurídico. Na manifestação do discurso jurídico contemporâneo, privilegia a contribuição da virada linguístico-literária, apostando, enfim, numa cooriginariedade entre o direito e a moral, voltada para a realização do homem em sua acepção mais ampla de dignidade, o *homo humanus* do direito, projeto do direito e da própria democracia.

Palavras-chave: Direito; Moral; Cooriginariedade; Racionalidade; Virada linguístico-literária; Democracia.

ABSTRACT

Under a logical-deductive approach, the article analyzes the construction of moral rationality from the discourses of monism and legal pluralism, where, in the manifestation of contemporary legal discourse, the contribution of the *literary linguistic turn* is privileged in order to betting, finally, on a co-originality between law and moral aimed at the realization of man in its broadest sense of dignity, the *homo humanus* of law, who is project of the law and democracy itself.

* Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor da Universidade Vila Velha/ES. Magistrado. E-mail: ca.tomaz@uol.com.br

Keywords: Law; Moral; Co-originality; Rationality; *Literary linguistic turn*; Democracy.

INTRODUÇÃO

O fundamento moral de decisões, seja na esfera política ou na esfera jurídica, tem sido objeto de constante preocupação e questionamento aqui, na experiência democrática brasileira, como lá fora, onde quer que se cogite de uma vivência, ainda que mínima, de um Estado de Direito.

Todavia, a relação entre direito e moral não é assunto recente e esteve a merecer a preocupação de filósofos e jusfilósofos desde a antiguidade clássica. Inicialmente voltada para a compreensão de um ideal de vida feliz, mais tarde de utilidade no usufruto de bens e depois como racionalidade pública, à guisa de pautar as condutas no espaço público como exigência da experiência democrática.

Neste artigo, a partir de uma abordagem lógica-dedutiva alavancada a partir de uma revisão literária sobre o tema, nossa preocupação volta-se para a racionalidade jurídica. Se o exercício da jurisdição deve buscar respostas corretamente justificadas para a resolução dos litígios, avulta-se como postulado da vivência do Estado Democrático de Direito que o discurso jurídico – não diferentemente, é claro, do discurso político – apresente fundamento ético. Significa dizer, desde aí, que o fundamento ético do direito deve estar presente tanto no momento da criação quanto no da aplicação normativas, não se podendo a esta altura da experiência estatal admitir que o direito esteja desvinculado da moral, o que se percebe quando muito ainda é verbalizado no sentido de que nem tudo que é direito é moral.

O artigo aposta, portanto, na cooriginariedade entre direito e moral e, para tanto, procede a um exame do apelo à moral no monismo e no pluralismo jurídico para, na sequência, apontar elementos essenciais na construção do fundamento ético do discurso jurídico contemporâneo. Posteriormente, a contribuição da virada linguístico-literária (*literary linguistic turn*) para a racionalidade jurídica é apresentada como uma via – dentre tantas outras – para validar a cooriginariedade entre o direito e a moral. Em conclusão, o artigo questiona a relevância da compreensão da racionalidade moral, tanto para os juristas teóricos quanto para os juristas práticos, para quem, sustenta, investigações que tais – vale dizer: que reavivem a questão moral do direito – não devem valer apenas como mera informação, mas constituir-se atividade rotineira na experiência jurídica cotidiana, sobretudo quando ela se depara com questões complexas, que exponham desacordos morais razoáveis em que valores comunitários devem ser sopesados sob o prisma de uma racionalidade moral a ser alcançada com prudência, sob o veio condutor de uma compreensão comprometida com projeto que se volte para a realização do homem, em sua acepção mais ampla de dignidade, o próprio *homo humanus* do Direito.

ALGUNS ELEMENTOS DE PRÉ-COMPREENSÃO: O APELO À MORAL NO MONISMO E NO PLURALISMO JURÍDICO

A passagem do *estado de natureza* ao *estado de direito* processou-se a partir de um elemento comum: uma ordem normativa que se referisse ao cotidiano, às mais variadas relações sociais, a uma racionalidade ditada pelo monopólio do Estado na criação e aplicação do direito. De fato, esse lento processo de mudança crivou-se a partir da formação do Estado Moderno, no qual “a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar, aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”¹.

Esse monopólio projetou-se, também, segundo faz ver Bobbio², na aplicação do direito, na medida em que, agora, o juiz não mais poderia decidir as controvérsias a partir das regras de costume, ou ainda com base naquelas elaboradas pelos juristas ou de acordo com critérios equitativos, segundo princípios da razão natural. Deixava, portanto, de ser um livre órgão da sociedade para se tornar um órgão do Estado, solucionando as controvérsias de conformidade com os critérios estabelecidos pelo legislador, fazendo emergir, desde aí, a pugna entre direito natural e direito positivo.

Pensar numa *natureza racional* projetada a partir de uma *natureza instintiva ou natural* requer que se considere inevitavelmente a existência de um caminho, uma metodologia que permita assegurar os passos no sentido dessa racionalidade. Esse caminho permite apontar para duas fronteiras conceituais por onde passam os problemas que envolvem a ciência do direito nas democracias contemporâneas: o monismo e o pluralismo jurídico.

O monismo jurídico parte do pressuposto de que o direito é aquele criado ou chancelado (no caso de normas consuetudinárias ou direito natural)³ e aplicado exclusivamente pelo Estado. Podemos, então, falar de um direito oficial, que é posto pelos homens em decorrência de uma convenção, de um contrato, de um pacto social, seja qual for a origem desse (violenta ou contratual), e se contrapõe àquele direito que decorre da natureza e que “prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas

¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 29.

existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros⁷⁴. Essa dicotomia entre direito natural e direito positivo, que se arrasta desde a antiguidade clássica, está a merecer, contemporaneamente, uma atenção maior da parte dos juristas, com vista a uma melhor compreensão do fenômeno jurídico e da própria democracia.

Nesse contexto, Barzotto faz ver que, desde as sociedades pré-modernas (período clássico), o ser humano é definido a partir de sua inserção social (*zoon politikon, animale sociale*), mostrando-se decisivo determinar como devem ser reguladas suas relações com os outros membros da sociedade, avultando-se, desde aí, a relevância do conceito de justiça que consiste em atribuir a cada um o que lhe é devido. De tal sorte, o indivíduo deve atribuir à sociedade o que é necessário para que ela alcance o seu bem (bem comum), e a sociedade deve atribuir ao indivíduo o que é necessário para que este alcance o seu bem (vida boa, felicidade). A justiça deriva, nessa tessitura, da necessidade social de determinar, em situações concretas, quais são as condutas necessárias para equilibrar o bem natural da sociedade (composta por indivíduos) e o bem natural do indivíduo (animal social). A partir daí, o professor gaúcho aponta para a circunstância de que:

Quando o jusnaturalismo moderno propõe uma teoria da sociedade que parte não da comunidade, mas do indivíduo isolado no estado de natureza, ele é compelido a determinar até onde pode ir o arbítrio individual sem que o convívio social degenera em conflito aberto. A Lei Natural, estabelecida pela razão, passa a ser vista como limite necessário que constitui uma esfera de ação para cada indivíduo imune à interferência alheia. Essa esfera constitui um direito subjetivo natural. O Direito Natural é desse modo, o conjunto das leis naturais que disciplinam a liberdade de indivíduos entendidos como *mônadas autossuficientes* (Marx) por meio da outorga de direitos naturais. Ao lado do Direito Natural, oriundo da razão, tem-se o direito positivo, oriundo da vontade⁵.

Efetivamente, no jusnaturalismo moderno, o processo de racionalização do direito “aponta para uma maior sistematização lógica e dedutiva do pensamento jurídico; contudo não faz o discurso jurídico abandonar as questões típicas da ética, tais como as noções de justiça, de liberdade, de bem-estar geral, de vontade, onde o Direito e a ética não se excluem mutuamente”. De fato, a configuração

⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 17.

⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 643.

do jurídico a partir de qualquer proposta racional não se desvincula, hodiernamente, de um apelo às questões éticas. E é por isso que Pepe prossegue afirmando que “o mundo jurídico tornou-se cada vez mais técnico, mais operacional no sentido de manejar tão somente com elementos da racionalidade técnico-instrumental, onde os juristas se autodenominam de ‘operadores do Direito’, termos típicos da linguagem moral continuam atravessando a prática discursiva dos que legislam, dos que aplicam e dos que ensinam o Direito”⁶. Esse apelo, todavia, nem sempre está voltado para a realização da justiça através da experiência jurídica, seja no momento da criação, seja no momento da aplicação. No mais das vezes, o recurso a argumentos éticos, valorativos ou, enfim, filosóficos revela uma apropriação indevida de tais argumentos, adrede e estrategicamente voltada à satisfação de certos fins à guisa de satisfazer as exigências de justificação do mundo da vida, como lembra ainda, com muita razão, Pêpe⁷.

Nessa contextura, tem razão Barzotto quando lembra que “a modernidade [também, se se quiser, a pós-modernidade] caracteriza-se pelo predomínio de ações estratégicas (Weber, Habermas). Isto é, a conduta dos indivíduos está voltada para a escolha dos meios mais eficientes para a obtenção dos fins, especialmente em dois planos: economia e política”⁸. Parece, efetivamente, que a distinção do bem e do mal, do justo e do injusto se torna instrumental a ser, portanto, validado por um procedimento que será legítimo se o fim preconizado for atingido. A questão agudiza-se quando se percebe que não está em causa escolha de valores. Quando não há temperança. E, num mundo de seis bilhões de habitantes, pode-se falar disso? Não é preferível, nesta sociedade hipercomplexa e contingente, correr o risco de um retorno ao estado de natureza, a uma autoridade moral e politicamente totalitária? Talvez seja por isso que o mestre gaúcho apresente uma visão tão cética, conquanto realista, do contrato social, divisando que “o indivíduo, como agente social, está engajado na tarefa de maximizar sua posse de riqueza e poder. O Direito deve se apresentar como instrumento oportuno para a obtenção desses fins”. Daí professar que o jusnaturalismo moderno

⁶ PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-11, passim.

⁷ PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-11.

⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 644.

(...) vai propor uma teoria do Direito que *naturalize* a busca burguesa pelo acúmulo de riqueza e pela posse do poder político. Essa é a doutrina contratualista. Quais são os instrumentos mais eficazes para a busca dos fins próprios à esfera econômica e política da sociedade moderna (burguesa)? Certas faculdades (direitos) que serão naturalizados: o direito de propriedade (absoluto) e livre-iniciativa, e o direito (dos mais abastados) de participar no processo político. Esses são dos direitos que, pertencendo ao ser humano no estado de natureza, são reconhecidos como *naturais*. O contrato social disporá sobre o arranjo institucional que, do ponto de vista do indivíduo isolado, seja o mais vantajoso para o seu interesse. O resultado é um conjunto de direitos que, impondo-se ao Estado, viabilizem a busca do autointeresse na economia capitalista e no Estado Liberal. A Teoria do Direito não é mais uma teoria ética como no jusnaturalismo clássico, mas uma teoria da escolha racional (Rawls): quais são as escolhas que maximizarão o bem do indivíduo? Valerá como direito os meios (direitos) que o indivíduo autointeressado e racional determinar como sendo os mais eficientes para obter os fins no contexto de uma sociedade moderna. O legislador positivo nada mais deve fazer senão detalhar, por meio de regras gerais e abstratas, as condições ótimas do uso desses direitos⁹.

Todavia, a abertura do direito a elementos éticos, valorativos, enfim, filosóficos e político-sociais coloca a experiência jurídica sobre os trilhos do pluralismo jurídico, que aparece como resposta ao normativismo estatal positivista, que, por sua vez, conforme escreve Wolkmer, tem como principal núcleo “a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o Direito. (...) priorizando a produção de outras formas de regulamentação, geradas por instâncias, corpos intermediários ou organizações sociais providas de certo grau de autonomia e identidade própria”¹⁰. Trata-se, lembra ainda Wolkmer, “de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnofornais”¹¹.

Na verdade, está em moda nos dias presentes o desenvolvimento de profundas e originais reflexões sobre questões morais. Fala-se mesmo de um *eticismo*, que afetaria não apenas o discurso, mas a pragmática das ciências sociais, com preocupação voltada para o espaço público e para o homem, como centro de irradiação de dignidade.

⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 644.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 637.

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 183.

Em razão disso, o discurso, seja jurídico, seja político, tem sido marcado com um forte apelo às questões éticas alavancadas sob o que se pode denominar de *espírito do Estado*¹², divisado ao se colocar o homem como o centro das atenções, ou seja, partindo da ideia de dignidade para afastar justificações políticas e até mesmo jurídicas erigidas sob a ideia de *razão de Estado*.

Esse movimento, como registra Habermas¹³, decorre do “fracasso das ciências sociais convencionais, que não puderam cumprir suas promessas teóricas e práticas”, e veio a ser caracterizado como a virada hermenêutica (*interpretative turn*), propugnando pela crítica do arcabouço metodológico do positivismo para irromper a experiência das ciências sociais a partir da *compreensão*, e foi exatamente esse espaço que permitiu o retorno à ética, de modo a ensejar novas atitudes, novo agir comunicativo no espaço público.

A CONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTO ÉTICO DO DISCURSO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

No direito, é fácil hodiernamente divisar todo um movimento no sentido de revelar uma dependência da axiologia jurídica em relação aos fundamentos éticos voltados para a proteção de direitos fundamentais em defesa da dignidade humana.

Essa dependência ora se faz tentando operacionalizar construções da ética teleológica clássica grega ou cristã, ora sob o prisma de uma ética iluminista de matiz deontológico. No viés teleológico, a ética vai deitar raízes na identificação de um fim na e para a vida do homem, buscando divisar meio ou bem para alcançá-lo, como se pode perquirir nas reflexões de Aristóteles. Já na ética deontológica, o viés dirige-se para o conceito de dever e, portanto, de norma, como se pode verificar no pensamento de Kant, depois em Bentham e ainda em Rawls ou Habermas, entre tantos outros.

O paradigma aristotélico tem sido operado por muitos filósofos e jusfilósofos contemporâneos que enxergam no questionamento básico “para que devo viver?” ou “qual o fim da vida?” uma resposta para enfrentar os problemas da sociedade hodierna a partir de uma pragmática que vise o desenvolvimento de todas as potencialidades humanas em favor de uma vida boa, digna.

¹² O *espírito do Estado* poderia, assim, ser identificado como uma proposta ética positiva de valorização da dignidade humana erigida, segundo Gobardo, sob uma “ética política” de inspiração universalista (hegeliana) e socialista (gramsciana) a partir do abandono do conceito negativo de virtude contemplado por Maquiavel (GOBARDO, Emerson. O pós-moderno Príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 43).

¹³ HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstitutivas *versus* ciências sociais compreensivas. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 38.

Deveras, para Aristóteles¹⁴, a felicidade é constituída a partir de atividades virtuosas, já que as atividades viciosas nos conduzem à situação oposta (infelicidade). Todavia, se de um lado a virtude conduz à felicidade, o que faz com que o homem verdadeiramente bom suporte com maior nobreza e decoro as vicissitudes da vida¹⁵, de outro lado, Aristóteles insistia em que a felicidade também se encontrava vinculada ao homem se encontrar suficientemente provido de bens exteriores¹⁶. Esse realismo de Aristóteles tem sido enfrentado pelos seus seguidores hodiernos como a dificuldade de reunir numa sociedade hipercomplexa e hipercontingente as condições do bem¹⁷, ou, por outra, que o estagirita não estaria olvidando as circunstâncias do “estar-no-mundo”¹⁸.

A conquista do ideal de vida boa (*eudamonia*) afasta a virtude dos extremos e conduz sua prática para o equilíbrio, ou seja, um uso racional das virtudes. Assim, o agir, a práxis igualmente devem ser conduzidos de tal modo que a obra humana também seja boa¹⁹.

A ideia de felicidade humana concebida a partir de um ideal de vida boa, que caracteriza, como se vê, o pensamento da ética aristotélica e, posteriormente, a cristã, restou profundamente abalada em razão do iluminismo. Com efeito, o desenvolvimento das ideias redirecionou a pergunta própria do paradigma ético grego (como viver?) para um questionamento que pode ser traduzido numa das três questões básicas propostas por Kant²⁰: *o que devo fazer?*, ou, por outras

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 33.

¹⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 33.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 34. Nesse ponto o pensamento de Aristóteles confronta com o de Platão, para quem a vida boa decorreria da simples posse da virtude pelo indivíduo, não dependendo de fatores externos. “Para Platão, quem possui a virtude da justiça possui um bem intrínseco, mesmo que seja vítima das maiores injustiças, e é, por isso, feliz”. Conforme SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 23.

¹⁷ Cf. NUSBAUM, Martha C. *The fragility of godness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*. Cambridge, UP, 1986, apud SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 26.

¹⁸ Cf. AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963, apud SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 26.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 41 e 47.

²⁰ São elas: 1. que posso saber? 2. que devo fazer? 3. que posso esperar? (para detalhamento desse aspecto do pensamento de Kant, consultar PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11-12).

palavras, como expressa Santos²¹, “como encontrar no homem, tal qual o pensa a nova antropologia, uma lógica própria para suas razões?”.

Divisa-se, a partir daí, uma verdadeira revolução no pensamento, que se traduz na insistência da autonomia do sujeito ético e da própria ética em relação à religião e à teologia. Kant envereda por esse caminho, apontando ao declarado escopo o método dedutivo e apriorístico a partir dos conceitos da razão pura, como aponta Santos, que, ao confrontar a ética teleológica com a ética deontológica, registra:

Neste último caso, a crítica do recurso à antropologia em ética tem os seus limites, visto que também, aqui se tomou a decisão antropológica de considerar o homem, enquanto sujeito ético, como “ser racional”. Comum a estas duas abordagens opostas da ética há um pressuposto epistemológico que constitui um outro aspecto da *epistémé* iluminista. Do ponto de vista epistemológico, a ética, de acordo com a crítica generalizada do pensamento teleológico, deixa de partir da ideia de um conhecimento dos fins. Ao conhecimento do lugar do homem no cosmos, correspondia, naturalmente, um conhecimento da melhor forma de vida e, portanto, dos “fins” de uma vida propriamente humana, e das “virtudes” necessárias à sua realização. Em vez de causas *finais* para agir, o ético procura, agora, motivos ou móveis, causas *eficientes* da acção, que podem ser ou bem sentimentos (Hume) ou bem um “dever” puramente racional (Kant)²².

Todavia, isso conduz, inegavelmente, ao seguinte paradoxo: “de que vale o homem ter-se emancipado de entidades transcendentais para encontrar em si próprio as razões da sua própria acção, se a sua vontade se torna escrava de ‘sentimentos’, ‘inclinações’ e ‘paixões’?” Ainda conforme Santos, do ponto de vista kantiano, a solução do paradoxo iluminista da liberdade repousa na circunstância de que existe

(...) a lógica do agir “por dever”. Do agir verdadeiramente moral, seja totalmente independente de “inclinações” naturais, aspirações à felicidade ou cálculos de interesse e utilidade, e tenha a sua fonte apenas na razão. “Liberdade” é a independência da razão do “ser racional” em determinar a máxima da sua acção sem constrangimentos sentimentais, pulsões naturais, perspectivas de felicidade, ameaças de sanções ou

²¹ SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 31.

²² SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 31.

promessas de compensações. Esta posição radical de um “dever moral” que corresponde a um agir absolutamente racional, conforme à razão prática, a todas as “inclinações” naturais, leva a uma justificação ou fundamentação desse dever através de um método processual, puramente formal, dedutivista e contraintuitivo. Assim, enquanto, por exemplo, na ética grega o respeito do outro é justificado pela necessidade de o indivíduo ter “amigos”, ou seja, ter relações sociais, para ser feliz, e no contexto cristão através da experiência do “amor”, a fórmula kantiana que imprime a obrigação de respeitar o outro, “o imperativo categórico”, não pode recorrer, para se justificar, nem a argumentos pragmáticos nem a intuições dadas em experiências vividas. A moral, segundo Kant, não só não necessita, mas deve-se interditar o recurso à intuição para se fundar na razão²³.

Isso porque o homem como “ser racional, como inteligência, considera-se como pertencente ao mundo inteligível, e só denomina *vontade* à sua causalidade como causa eficiente pertencente a esse mundo inteligível”²⁴. Decorrentemente, ele tem que considerar as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações conforme esse princípio de deveres²⁵. E assim Kant prossegue, enfaticamente:

Assim são possíveis os imperativos categóricos, porque a ideia da liberdade faz de mim um membro do mundo inteligível; se eu não fizesse parte mais do que desse mundo inteligível, todas as minhas ações seriam sempre conformes à autonomia da vontade; mas como, ao mesmo tempo, me considero membro do mundo sensível, essas minhas ações devem ser conformes à mesma autonomia. E esse dever categórico representa uma proposição sintética *a priori*, porque sobre minha vontade afetada por apetites sensíveis sobrevém, além disso, a ideia dessa mesma vontade, mas como pertencente ao mundo inteligível, pura, prática por si mesma, que contém a condição suprema da primeira, segundo a razão...²⁶

Por isso Höffe afirma que “com o imperativo categórico Kant apresenta um critério supremo de ajuizamento da moralidade e, numa reformulação correspondente, para o todo da moralidade”²⁷.

²³ SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018, p. 32, passim.

²⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86.

²⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86.

²⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 86-87.

²⁷ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197.

Nessa linha, Pêpe registra que “A liberdade de arbítrio vincula o homem a uma ação comprometida com o dever, uma ação conforme o dever, que é estabelecida a partir de normas que ele mesmo se representa, numa superação clara dos impulsos sensíveis, que o afetam, mas que não o determinam”²⁸.

Daí por que, segundo Höffe²⁹, para Kant a validade da moral vincula-se objetivamente ao próprio sujeito, o que ocorre quando “a origem da moral encontra-se na autonomia³⁰, na autolegislação da vontade. Visto que a autonomia é equivalente à liberdade, o conceito-chave³¹ da época moderna, a liberdade, obtém através de Kant um fundamento filosófico”. E, mais adiante, Höffe prossegue afirmando que:

De um lado, segundo Kant, o querer não consiste porventura num simples desejo, mas no emprego de todos os meios – na medida em que estão em nosso poder (GMS, IV 394). A vontade não é de modo algum indiferente em relação à sua manifestação no mundo social e político, ela não é nenhum além da realidade efetiva, muito antes, é o seu fundamento determinante último – na medida em que o fundamento encontra-se no próprio sujeito. Certamente a manifestação da vontade pode, devido a deficiências corporais, espirituais, econômicas e outras, não corresponder ao que é querido; por exemplo, um socorro pode sem culpa chegar muito tarde ou muito debilmente. Todavia, esse risco o homem não pode evitar. Sua conduta se exerce num campo de forças que depende de condições naturais e sociais e não é determinada apenas pela vontade do agente, não sendo sequer totalmente abarcável com a vista. Pelo fato de a moralidade (S.) referir-se apenas ao espaço de responsabilidade do sujeito, ao possível a ele, não pode o resultado nu e cru, o êxito objetivamente observável, ser qualquer medidor de grau da moralidade (M.). A moralidade (S.) pessoal não tem importância na ação como tal, mas só na vontade que lhe serve de fundamento. Uma filosofia moral alternativa à “mera ética da intenção” que vê o padrão de medida decisivo no êxito, considera o homem como

²⁸ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14.

²⁹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 184.

³⁰ Com efeito, Kant proclama a autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade: a autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal (KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 70).

³¹ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 79-81.

totalmente responsável por condições pelas quais ele não pode de modo algum ser totalmente responsável. Desconhecendo a situação fundamental do homem, ela não contribui com nenhuma melhora, mas é, em um sentido fundamental, desumana nos casos em que for aplicada consequentemente³².

É por isso que, sem perder de vista essa compreensão, Pêpe realça a realização do homem livre por meio do direito quando afirma que:

A liberdade só o é enquanto dever, enquanto indicador da ação que aponta os caminhos da universalidade normativa do *ethos*. Entende-se, dessa forma, que o homem detentor da liberdade ética só existe no âmbito da organização política, onde sua vida social é regida por normas racionais estritamente vinculadas a um *dever-ser*, ou seja, sob a égide do Direito. O ser ético do homem o eleva à condição do ser político, cuja forma racional de se constituir reside no Direito³³.

Nessa linha, se se descarta uma filosofia moral que vê o padrão de medida decisivo no êxito, afastando do agir cálculos de interesse e utilidade e projetando-o para se fundar na razão, temos, necessariamente, de objetar o utilitarismo de Bentham. Com efeito, para Bentham “a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: *a dor e o prazer*. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos (...) *O princípio da utilidade* reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei...”³⁴. Assim, a felicidade estaria condicionada à soma dos prazeres e dores dos indivíduos apurada sob um cálculo hedônico, sob o influxo do prazer individual e imediato como princípio e fim da moral. Daí o acerto de Matteucci quando afirma que “El utilitarismo disuelve totalmente la ética, en la medida en que sólo considera los efectos de una acción y no sus motivos”³⁵.

Por outro lado, a razão prática kantiana ampara-se em dois caminhos: o primeiro, a autonomia da vontade, que conduz à liberdade, e o segundo, a heteronomia da vontade – “a vontade como fonte de todos os princípios ilegítimos

³² HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

³³ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

³⁴ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 3 (Coleção Os Pensadores).

³⁵ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 266.

da moralidade³⁶, em que se avulta a função do Direito tal qual divisada por Pêpe, como acima registramos.

É preciso que se perceba, todavia, como o fazem Höffe³⁷ e Pêpe³⁸, que isso não significa dizer que para Kant o direito se encontra separado da moral, ou, dito de outro modo, lhe constitua uma alternativa. Na verdade, conclui Höffe:

A moralidade não se encontra em concorrência com a legalidade, muito antes, contém uma exacerbação das condições. No agir moral é, primeiro, feito o moralmente correto, portanto, é cumprido o dever e, segundo, o cumprimento do dever é tornando fundamento determinante. Assim, a moralidade (M.) não perde terreno para a legalidade, muito antes, proporciona um desenvolvimento e um sobrepujamento³⁹.

É necessário observar – como chama a atenção Höffe⁴⁰ – que o imperativo categórico não é um teste para a conformidade à legalidade em desapego à moralidade da ação, o que poderia conduzir a uma precipitada conclusão no sentido de que o pensamento kantiano revelaria uma indiferença ao bem-estar dos homens e às consequências das ações conforme o dever para com a felicidade de todos os envolvidos.

Deveras, a felicidade é apresentada por Kant como um grau de racionalidade. Um grau da razão, todavia, atrelado aos imperativos pragmáticos da prudência voltados para a promoção do objetivo efetivo de entes racionais necessitados: a própria felicidade. Nas suas palavras:

Há, no entanto, um fim do qual se pode dizer que todos os seres racionais o perseguem realmente (enquanto lhes convêm os imperativos, como seres dependentes que são); há um propósito que não só podem ter, mas que podem pressupor com segurança que todos o têm por uma necessidade natural. E esse propósito é a felicidade. O imperativo hipotético que representa a necessidade prática da ação como meio para fomentar a felicidade é assertórico. Não é certo apresentá-lo como necessário para um propósito incerto e meramente possível, mas sim para um propósito que se pode admitir como certo e *a priori* para todos, pois que pertence à sua essência. Ora, a habilidade na escolha dos meios para

³⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71.

³⁷ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

³⁸ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15.

³⁹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196.

⁴⁰ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197.

atingir o maior bem-estar próprio pode chamar-se prudência [*Klugheit*], no sentido mais restrito da palavra. Portanto, o imperativo que se relaciona com a escolha dos meios para alcançar a própria felicidade, ou seja, o preceito a prudência, continua sendo hipotético; a ação não é ordenada de maneira absoluta, mas unicamente como meio para outro propósito⁴¹.

Os imperativos pragmáticos da prudência, ao lado dos imperativos técnicos, são hipotéticos porque a validade deles se encontra subordinada a pressupostos limitantes. Como Höffe esclarece, “Se eu quero *x*, então tenho de fazer *y*”⁴². Já o imperativo categórico mostra-se como terceiro grau de racionalidade, revelando obrigações que são válidas sem reserva, sem pressupostos, justamente categóricas e portanto sem exceção e universalmente válidas.

Assim, se é verdade que *os imperativos técnicos e os pragmáticos* voltam-se para a aspiração natural da felicidade, também é verdade que *o agir moral* eleva-se acima de toda a funcionalidade como com agudeza assenta Höffe⁴³, mas isso não significa dizer que esses três níveis de racionalidade do agir, pois, da razão prática se justaponham; ao contrário, constroem-se cumulativamente.

Ora, bem já se vê que Kant não apresenta a felicidade como um propósito certo, concebido *a priori* para todos. E, se o imperativo revela-se hipotético quando estão em causa os meios para a própria felicidade, já que não podem ser ordenados de maneira universal e absoluta, o mesmo não se pode dizer quando está em causa a felicidade alheia. E aqui o próprio Kant pondera:

(...) devo (...) procurar fomentar a felicidade alheia não como se eu tivesse qualquer interesse por sua existência (por inclinação imediata, ou, indiretamente, por qualquer satisfação obtida pela razão), mas somente porque a máxima que exclua essa felicidade não pode estar incluída em um só e mesmo querer como lei universal⁴⁴.

Percebe-se, desde aí, o acerto do pensamento de Höffe⁴⁵, aqui já revelado, quando divisa que os níveis da razão prática não se justapõem, mas se constroem cumulativamente.

Não se pode divisar, sob tal contextura, que o pensamento kantiano revele indiferença ao bem-estar dos homens e à felicidade de todos. É imperativo cate-

⁴¹ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 46-47.

⁴² HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 201.

⁴³ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 200.

⁴⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71-72.

⁴⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 200.

górico procurar fomentar a felicidade alheia. E isso somente pode ocorrer a partir de um querer, uma vontade livre que tenha ciência de que o homem – tal qual enxerga Pêpe – “como detentor da liberdade ética só existe no âmbito da organização política, onde sua vida social é regida por normas racionais estritamente vinculadas a um *dever-ser*, ou seja, sob a égide do Direito. O ser ético do homem o eleva à condição do ser político, cuja forma racional de se constituir reside no Direito”⁴⁶.

Efetivamente, esse é o caminho a ser palmilhado, inteiramente dividido por Kant, a fim de que “a razão prática (vontade) não seja mera administradora de interesse alheio, e sim manifeste a sua própria autoridade imperativa como legislação suprema”⁴⁷. Dito de outro modo, pensamos, com efeito, que a razão prática apenas se manifestará como liberdade moral se considerarmos como imperativo categórico que “só se é livre quando todos são livres”, como outrora proclama Sartre. E é, de fato, a consideração da igualdade como lei universal que permitirá que se procure fomentar a felicidade alheia como máxima que não pode ser excluída.

É bom, aliás, termos sempre presente que para Kant “o imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”. Indo mais além, considerando que “a universalidade da lei pela qual certos efeitos se produzem constitui aquilo a que se chama propriamente *natureza* no sentido mais amplo do termo (quanto à forma), ou seja, a realidade das coisas enquanto determinada por leis universais”, Kant alerta para que “o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se da seguinte forma: *age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza*”⁴⁸.

Enfim, Kant afirma que o imperativo categórico é um fim necessariamente para todos porque é um fim em si mesmo (*a natureza racional existe como um fim em si*). E por isso conclui:

É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em consequência do mesmo fundamento

⁴⁶ PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 12.

⁴⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 71.

⁴⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 51-52, passim.

racional válido para mim; é pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo, do qual, como princípio supremo, não se pode derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*⁴⁹.

É sob tal contextura que o imperativo categórico se apresenta como padrão de medida da moralidade⁵⁰, de tal sorte que se avulta como critério ético do discurso, seja como limitação, seja mesmo como fundamento, por mais abstrato que ele possa parecer significa, arremata Höffe, “a forma suprema de toda racionalidade, o grau de consumação da racionalidade prática”⁵¹.

O CONTRIBUTO DA VIRADA LINGÜÍSTICO-LITERÁRIA (LITERARY LINGUISTIC TURN) PARA A RACIONALIDADE JURÍDICA

No discurso jurídico, tem sido objeto de nossa preocupação a racionalidade do discurso judicial. A razão é simples, não podemos olvidar: os tribunais apresentam-se como o centro da autopoiese do direito, como com propriedade registra Luhmann⁵². Há, sem dúvida, um discurso dos agentes do ministério público, um discurso dos advogados, dos delegados, de peritos, enfim, de todos os que possam contribuir para a formação dialógica de uma decisão judicial que culmine com uma resposta corretamente justificada. Mas o peso do discurso daquele que deve decidir imparcialmente avulta-se como elemento decisivo na experiência democrática.

Um rápido exame nas práticas judiciais cotidianas permite de plano vislumbrar que os juízes se movem em direção a uma eficiência na prestação da tutela tolhida em nome de dados estatísticos. Deveras, escondidos dentro da “caixa preta”, o despertar do papel – até mesmo para que a comunidade dele conheça e o prestigie – está exigindo que a magistratura mostre o que faz para ser conhecida. Isso implica cotidiana divulgação de números, números e números. Do juiz do mais longínquo rincão do Brasil até a Suprema Corte, a divulgação de dados estatísticos tornou-se rotina cotidiana. Ao lado disso, o apelo de ordem econômica vem erigido sob o viés do princípio da eficiência e é verbalizado em jargões do tipo: “A justiça tal paga-se a si própria em face da arrecadação que propicia aos cofres do Estado...”, ou na roupagem: “O que se arrecada com tributos é

⁴⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59.

⁵⁰ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

⁵¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 203.

⁵² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. Conferir o capítulo 7, intitulado “El lugar de los tribunales en el sistema jurídico”.

superior à despesa, inclusive com pessoal...”, tudo no afã de imprimir eficiência (econômica!) ao Judiciário. A ideia de que se está fazendo muito imprime certa racionalidade pública, que passa a ser chancelada com os dados estatísticos, e a qualidade da produção não é ou pouco é (?) perquirida, quando é realmente essa que vai imprimir o grau de eficiência institucional que a democracia reclama.

As práticas judiciais, com efeito, entregues aos arbítrios e amarras incontroláveis das estatísticas, não se apresentam em grande proporção alimentadas pelas fontes de conhecimento externo que as humanidades, incluindo a filosofia e a crítica literária, lhes proporcionam. O resultado disso são decisões que, conquanto engrossem as colunas estatísticas, apresentam-se assépticas, muitas vezes fundamentadas por referência a um certo precedente sem a devida contextualização hermenêutica, cruas, insensíveis, como se não tivessem sido proferidas por um homem (o *homo humanus*, que é projeto do direito) e igualmente a ele destinada. Isso tudo acontece sob o império de uma fachada positivista onde ainda predomina a ideia de reduzir o direito à norma jurídica escrita.

A compreensão do direito e da prática judicial sem dúvida se encontra submetida às amarras de muitos outros fatores. Aqueles, presentemente tão vislumbrados na experiência brasileira, já se avultam suficientes, como estamos convencidos, para justificar o testemunho que Martha Nussbaum⁵³ assume “quando invoca as implicações políticos-sociais do *literary linguistic turn*, mas sobretudo enquanto confia à <imaginação literária> (tanto mais fecunda quanto inseparável de experiências *situadas* de <perdão> e de <compaixão>, de <respeito pela singularidade> e de <paixão pela justiça>) a tarefa imprescindível de uma *mediação* (...) que se cumpre privilegiadamente como *resistência*: denunciando uma certa concepção da <razão pública> (que se pretende científica)... e esboçando-abrindo o *work in progress* de uma alternativa (*a vivid conception of public reasoning that is humanistic and not pseudo-scientific*)”⁵⁴.

A aproximação entre direito e literatura defendida por Martha Nussbaum deflagra uma resistência à *racionalidade normativista* alavancada sobre os trilhos de uma experiência unilateral da cidadania democrática⁵⁵ e da neutralidade

⁵³ NUSSBAUM, Martha C. *Poetic justice*. Aqui utilizaremos a versão espanhola: *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997. Especificamente para o capítulo 3, “Emoções Racionais”, privilegamos a tradução brasileira. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 345-377.

⁵⁴ AROSO LINHARES, José Manoel. Imagem literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta”? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 270.

⁵⁵ “... se trata já claramente de invocar o horizonte integrador de uma experiência de cidadania democraticamente participatória e democrática (uma típica *comunidade de ideias!*) – só que

judicial erigidas a partir de emoções racionais que se apresentariam aptas a desenvolver um papel valioso na vida pública (racionalidade pública), ao exigir “que o <sentido da vida> da <imaginação literária> assuma uma participação <interpretativa> lograda no tratamento das controvérsias juridicamente relevantes”, de modo a <<acordar a *juris-prudentia* do seu torpor positivista>>, anota Aroso Linhares⁵⁶ com vista no pensamento de Douzinas⁵⁷.

Com efeito, Martha Nussbaum mostra-se convencida da importância das emoções na construção de um juízo imparcial. E, se, por um lado, as pessoas podem ser consideradas, como quer Posner, como “potencializadoras racionais de satisfações”⁵⁸, alguns tipos de emoções são frequentemente elementos essenciais em uma boa decisão, e, portanto, a leitura de bons livros que despertam e sugerem alguns tipos de emoções não poderia ser menosprezada. Significa dizer, com outras palavras, que as decisões tomadas pelas pessoas não são exclusivamente produto da razão. Há nelas uma considerável influência de fatores emocionais⁵⁹.

As objeções ao espaço das emoções como guia apropriado na deliberação pública, ou seja, guia para uma resposta correta (o caráter normativo das emoções), repousam, em primeiro lugar, na consideração das *emoções como forças animais cegas*, que não têm nada (ou nada de mais) a ver com o raciocínio, não incorporam a reflexão ou o julgamento, não respondem bem aos juízos da razão e, portanto, deveriam estar dissociadas da deliberação dos cidadãos e dos bons

agora também para exigir que esta (sob a máscara constitutiva de uma verdadeira *república de leitores*), longe de se reduzir ao eixo de inteligibilidade consagrado pela representação da *societas* (e pela cristalização hipertextual da modernidade), possa oferecer-se-nos ela própria (tal como todas as outras propostas do *common ground*) como a institucionalização lograda de uma dialéctica *societas/communitas*” (AROSO LINHARES, José Manoel. *Imaginação literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta?”* In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 286).

⁵⁶ AROSO LINHARES, José Manoel. *Imaginação literária e “justiça poética”: um discurso da “área aberta?”* In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 281.

⁵⁷ DOUZINAS, Costa e NEAD, L. (Ed.). *Law and the image: the authority of art and the aesthetics of law*. Chicago-London: University of Chicago Press, 1999, p. 11.

⁵⁸ POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 1-2. Nussbaum mostra que Posner “justifica sua proposta de extensão da análise econômica para todas as áreas da vida humana apelando à concepção como se fosse uma norma estabelecida, e como se essa norma excluísse a tomada de decisão com base emocional” (NUSSBAUM, Martha C. *Emoções racionais*. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 347).

⁵⁹ NUSSBAUM, Martha C. *Emoções racionais*. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 345-377, passim.

juízes, porquanto ameaças ao bom julgamento. Em segundo lugar, as emoções revelariam *reconhecimento de carências*, na medida em que se relacionam de maneira próxima (ou, em alguns casos, idêntica) aos julgamentos, que se mostrariam falsos porque atribuem um valor muito alto a pessoas ou a acontecimentos que não são inteiramente controlados pela virtude ou vontade racional das pessoas. Um bom juiz seria alguém estável, alguém que não pode ser influenciado pelas correntes do acaso ou da moda, como o são pessoas agarradas às emoções, ora esperançosas, ora chorosas, ora serenas, ora mergulhadas em violento pesar a quem falta a estabilidade e a solidez da pessoa sábia, que encontra um constante e calmo prazer na imutabilidade de sua própria virtude. Uma terceira objeção aponta para que as emoções focam nos reais laços e vínculos da pessoa, especialmente com objetos concretos ou pessoas próximas de si. Elas consideram o objeto não abstratamente, como um dentre vários, mas como especial, e especial, ao menos parcialmente, por conta de sua proeminência na vida do agente. Ao estimular e fortalecer emoções, os romances estariam encorajando uma forma autocentrada e desigual de atenção para os sofrimentos de outros seres humanos, e por isso se deve preferir a imparcialidade do intelecto calculista, e da prosa em que ele está incorporado: porque aqui cada pessoa conta como uma só, e nenhuma conta como mais do que uma.⁶⁰

Para a professora da Universidade de Chicago, todavia, as emoções são, ao menos em parte, modos de percepção e não apenas impulsos cegos. Ela registra com firmeza que “o amor não é, no sentido relevante, cego: ele percebe seu objeto como dotado de uma especial maravilha e importância (...) O ódio distingue-se do amor em nada além do que no caráter oposto de suas percepções”.⁶¹ Há, portanto, uma crença que é parte constitutiva da emoção e, nela, a emoção não pode se enraizar. As crenças e os juízos cognitivos que formulamos a partir delas podem ser verdadeiras ou falsas.⁶² Dar valor a esses juízos é reconhecer em si a própria carência e a falta de autossuficiência, anota Nussbaum, que vê, a partir daí, a dimensão cognitiva das emoções quando precisamente elas habilitam o

⁶⁰ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 345-377, passim.

⁶¹ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 354.

⁶² “Uma crença pode ser falsa apesar de racional, se eu a firmei com base em boas evidências, mas acontece de estar errada; ela também pode, como ocorre mais frequentemente, ser verdadeira apesar de irracional, se eu a formei precipitada e acriticamente, mas acontece de estar correta. Porém, de modo algum as emoções serão irracionais no sentido de estarem totalmente dissociadas da cognição e do juízo” (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 356).

agente a perceber certa espécie de valor e se avultam, assim, necessárias para uma visão ética completa⁶³. A partir daí, Nussbaum se mostra convencida da contribuição que pode advir da visão moral dos romances e dramas realistas, em que as vulnerabilidades da vida humana e a carência por “bens externos” retem expostas, a exemplo do que ocorre com *Tempos difíceis*, de Charles Dickens, tomado como fio condutor para sua análise. Segundo ela, “podemos dizer dos romances realistas mais em voga o que Aristóteles afirmou sobre o drama trágico: que sua própria forma edifica compaixão nos leitores, posicionando-os como pessoas que se importam intensamente com os sofrimentos e a má-sorte dos outros, e que se identificam com estes na medida em que se mostram as suas próprias possibilidades”⁶⁴.

Charles Chaplin nos convida a pensar sobre o dilema que se debruça sobre o binômio *razão-emoção* quando proclama, no último discurso de *O grande ditador*: *Não sois máquinas! Homens é que sois*. Efetivamente, o problema reside em como conciliar as emoções como guia de racionalidade pública – para o que nos interessa de perto, da racionalidade judicial – se não raro, lamentavelmente, a racionalidade judicial se apresenta mergulhada em uma proximidade não desejável do eu, de grupos estritos, sejam políticos ou econômicos, em que “os vínculos com a família e com os amigos próximos parecem tomar conta de tudo, borrando as justas reivindicações da maioria distante”, maculando a imparcialidade que o intelecto calculista sustenta apresentar, porém em nome de uma justiça – estritamente numérica – lembra Nussbaum – e sobretudo com nítido propósito de afastamento das emoções, porque preconceituosas. E a mestra norte-americana apresenta-se inteiramente convencida de que “a visão abstrata do intelecto calculista mostra-se relativamente míope e não diferenciadora, a menos que ajudada pela vívida e empática imaginação de como realmente é viver um certo tipo de vida”⁶⁵. Um certo tipo de vida que perpassa a vida de miséria de Severina e tantas outras Severinas que fez o poeta pernambucano⁶⁶ registrar

⁶³ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura*: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 357-358.

⁶⁴ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura*: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 360.

⁶⁵ Nussbaum, coerentemente, está convencida de que as emoções são uma parte integral dessa visão mais abrangente. Para tanto, contextualiza essa posição sob o fio condutor das personagens de Charles Dickens em *Tempos difíceis* (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura*: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 362-363).

⁶⁶ MELO NETO, João Cabral de. Morte e vida Severina. In: *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 201-202.

que é difícil defender, só com palavras, a vida, ainda mais quando ela é esta que se vê. Intelecto sem emoção é valorativamente cego: falta-lhe o senso de significado, proclama Nussbaum, que, todavia, pontua para a circunstância – tão comum na racionalidade jurídica e política – de que não é preciso o raciocínio embasado em emoção sustentar que a vida humana é “sagrada” ou “de valor infinito”, noções vagas que provavelmente não representam as intuições de muitas pessoas quando são examinadas de perto quando, por exemplo, direcionada a discussão para a terminação da vida, o tratamento de humanos severamente debilitados, o direito dos animais⁶⁷ etc.

Se a emoção racional é uma emoção confiável, o que lhe confere a possibilidade de guiar a racionalidade, existem, contudo, emoções não confiáveis. O critério de filtragem para a seletividade das emoções em que podemos confiar foi divisado por Nussbaum a partir da figura do *espectador judicioso*, criada por Adam Smith, que acreditava que a orientação de certas emoções era um ingrediente essencial na racionalidade pública provida por juízos e respostas de um *espectador judicioso* projetado para modelar o ponto de vista da moral racional⁶⁸.

O espectador judicioso, conquanto imparcial, não é desinteressado, mas seu interesse não retoma aos seus próprios objetivos e projetos senão para assumir uma *identificação empática* com as partes, por isso é um *amigo interessado*⁶⁹. Ele se valerá como guia da racionalidade de emoções confiáveis, que resultam, portanto, apropriadas na medida em que “são informadas por uma visão verdadeira do que está acontecendo – dos fatos do caso, de sua significância para os atores da situação, e de quaisquer dimensões de seu verdadeiro sentido e importância que possam escapar ou se distorcer na própria consciência do ator”. Mas essa emoção, registra ainda Nussbaum, não se confunde com a emoção de um participante, porquanto havida a partir de uma avaliação reflexiva da situação para decidir se os participantes a entenderam corretamente e reagiram razoavelmente. Por isso ela é imparcial, porque “devemos omitir aquela parcela da emoção que deriva de nosso interesse pessoal em nosso próprio bem-estar”⁷⁰.

⁶⁷ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 363-364.

⁶⁸ Nussbaum remete o leitor para a obra de Adam Smith: *A teoria dos sentimentos morais (The theory of moral sentiments)*.

⁶⁹ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 368.

⁷⁰ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 370.

O juiz e o bom cidadão seriam beneficiados, como espectadores judiciosos, a partir de uma fonte de orientação moral emergente da leitura literária. A leitura é, na verdade, uma construção artificial da *plateia judiciosa*: “Enquanto lemos, somos participantes imersos e intensamente preocupados, e mesmo assim carecemos de conhecimento concreto de onde estamos na cena diante de nós”. Somos e não somos as personagens. Temos, cada um, enquanto *leitores judiciosos*⁷¹, a possibilidade de fazer uso daquilo que precede e constitui nossa história, sobre o que está acontecendo, mas trabalhando racionalmente as emoções envolvidas.

Enfim, tem-se avultado outra ordem de objeção à aproximação entre direito e literatura sugerida por Martha Nussbaum, e ela pode ser resumida na seguinte indagação: Que livros devem ser lidos para ensejar a pretendida filtragem das emoções racionais pelo espectador judicioso? Nussbaum está atenta para que as obras literárias podem distorcer o mundo de seus leitores apresentando falsamente fatos científicos e históricos⁷² ou um quadro distorcido das capacidades de mulheres e minorias, bem como representando mal a importância de vários tipos de sofrimento ou dano. Para afastar a orientação falível e incompleta dos romances, ela conclama para o exercício de um juízo crítico na seleção deles, que deve ser prorrogado durante a leitura, estabelecendo diálogo com outros autores.⁷³ Enfim, convencida de que as obras literárias constituem valiosos guias para a resposta correta, Martha Nussbaum insiste em que não recomenda uma confiança acrítica e ingênua na obra literária; ao contrário, chama a atenção para que a experiência literária exige um continuado escrutínio do pensamento moral e político, de nossas próprias instituições políticas e morais, e do julgamento dos outros.⁷⁴

⁷¹ “A visão das esperanças e medos humanos que o leitor judicioso forma no processo de leitura de um romance não é infalível. Como já afirmei, emoções são bons guias apenas se são baseadas em uma visão verdadeira dos fatos do caso e da importância das várias espécies de sofrimento e alegria para atores humanos de vários tipos. (Como outros juízos, elas devem ter testada a sua coerência com nossas outras experiências e com nossas teorias morais e políticas)” (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 371).

⁷² Mas, “não se precisa ter a política de uma obra como totalmente correta para se considerar a própria experiência como politicamente válida” (NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 373).

⁷³ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 371-372.

⁷⁴ NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 371-372, passim.

Se lembrarmos que por trás do processo judicial, de regra, existe essa preconizada singularidade, que há um indivíduo, uma pessoa à espera de, igualmente, uma resposta certa, a atuação do juiz como espectador judicioso na esteira do pensamento de Martha Nussbaum pode, no mínimo, contribuir para a formação do juízo crítico e tornar os magistrados mais sensíveis. Por isso, tenhamos presente: a complacência baseada em números baixos (pouca quantidade de processos), por si só, não é indicativo de resposta certa, assim como não é indicativo de resposta certa, da mesma maneira, o comprazer com os altos índices estatísticos se, em cada processo, a situação de vida não for contextualizada e verbalizada a partir de emoções racionais.

PARA CONCLUIR: POR QUE TUDO ISSO IMPORTA?

Hodiernamente, cada vez mais se torna difícil separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, o delegado etc. –, daquele exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas já não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática, e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos genéricos, certas categorias e os caminhos hermenêuticos que viabilizam a mobilização de tais conceitos e categorias que a racionalidade do direito deixa a desejar.

Evidentemente, não queremos dizer que o cientista prático do direito deva ser um jurista teórico ou um filósofo, mas que os dois modos operacionais – o instrumentalista e o teórico – não se encontram completamente separados. Já não se pode dizer que o primeiro apenas utiliza os resultados alcançados pela investigação sistemática do segundo. Cada dia mais a ciência é para o jurista prático atividade e não apenas fonte de informação.

A esta altura, que nos seja permitida uma última reflexão, porque oportuna. Recordemos do conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains* ou *dwarf tossing*): em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de anão, na qual, vestindo roupas de proteção, anões eram arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguisse lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre-iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do

arremesso de anão. A edilidade recorreu e o Conselho de Estado francês, reformando a decisão, interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa.⁷⁵ Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposta foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.⁷⁶

É nessa contextura que se pode divisar quão complexas⁷⁷ são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que, quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada a partir da consideração dos valores comunitários enfrentados sob uma racionalidade moral. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de anão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia institucionalizacional naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo – as vezes, para nós outros (de outra cultura) – exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, como fiel da balança, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado. O equilíbrio aponta para o princípio da tolerância, que, inserido no “processo de democratização-constitucionalização (*judicialização*), perde o caráter <unilateral> e a intenção paternalística que histórico-culturalmente

⁷⁵ Extrato da decisão pode ser consultado em: <<http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/g/e/georgemlima/anao.pdf>>.

⁷⁶ Informação e contextualização apresentadas pelo constitucionalista brasileiro Luís Roberto Barroso na entrevista intitulada *Conversas acadêmicas*: Luís Roberto Barroso (I). Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

⁷⁷ Esse rótulo de complexidade passa por questões como o aborto, a eutanásia, a tutela às relações homoafetivas, o sério problema do equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, a redução da maioridade penal, entre outras.

lhe corresponderam⁷⁸”, anota Aroso Linhares,⁷⁹ e reclama atenção à pontuação feita por Castanheira Neves quando ensina que a “pessoa, enquanto *homem real*, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um *eu pessoal* (aquele próprio da existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico <incomparável no comparável>) – a unidade dialéctica, se quisermos, da objectividade e da subjectividade humanas”.⁸⁰ E, no conflito, o emérito catedrático de Coimbra não deixa dúvida quanto ao caminho a seguir:

(...) se o <eu pessoal> depara no seu horizonte dialéctico de realização com um <eu social> ou comunitário, sem que um ou outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo <eu>, não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade – que assim será verdadeiramente um direito – da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos *direitos do homem* e dos *direitos fundamentais*.⁸¹

Não é outra a razão pela qual Barroso, ao registrar que quando se “tem um desacordo moral razoável, ou seja, quando os dois lados têm argumentos que merecem consideração e respeito, o papel do Estado e do Direito não é escolher um dos lados, mas assegurar que cada um viva sua crença, que cada um viva a sua autonomia privada”.⁸² É, preciso, contudo, não perder de vista que, na pugna entre o projeto existencial pessoal de cada um *versus* o projeto existencial social, o direito deve aparecer como um interlocutor em defesa do projeto do *homo humanus*, e a reposta certa se valida na medida em que se apresentar comprometida com este último projeto, que se mostra, assim, apto a colocar no vértice da atual compreensão autêntica da existência humana a *pessoa*, que implica, como assenta Castanheira

⁷⁸ O unilateralismo e o paternalismo que ainda conformam o princípio da tolerância ficam evidenciados em verbalizações do tipo “nós somos tolerantes em relação àquilo que não somos capazes de proibir”, o que revela certa supremacia, diria mesmo certa soberba do tolerante em relação ao tolerado, impondo redobrada atenção por ocasião de justificações.

⁷⁹ AROSO LINHARES, José Manuel. *O homo humanus do direito e o projecto inacabado da modernidade*. *Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 546, nota 123.

⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69.

⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido?: o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69-70.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Conversas académicas*: Luís Roberto Barroso (I). Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

Neves, “a compreensão e a assunção de nós próprios como pessoas. O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo”.⁸³

É por isso que tudo interessa!

Interessa porque a experiência democrática exige uma racionalidade jurídica que, untada pela imparcialidade do juiz, conduza a uma resposta corretamente justificada que não vise, apenas, a uma racionalidade pública alavancada a partir de critérios afetos à eficiência económico-financeira, mas, antes, vinculada à satisfação de um projeto do Direito que seja edificado e ao mesmo tempo se volte para a realização do homem, em sua acepção mais ampla de dignidade, o próprio *homo humanus* do Direito.

Para esse desiderato, a racionalidade moral acompanha o direito cooriginariamente, vale dizer, desde o seu nascimento até sua aplicação, pois é ela que imprime o rito em direção a respostas corretamente justificadas como exigência da experiência democrática.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

AROSO LINHARES, José Manuel. *O homo humanus do direito e o projecto inacabado da modernidade*. *Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

AROSO LINHARES, José Manoel. Imaginação literária e justiça poética: um discurso da “área aberta”? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Conversas acadêmicas: Luís Roberto Barroso (I)*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo-Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Coleção Os Pensadores).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

⁸³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 69.

GOBARDO, Emerson. O pós-moderno Príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Ciências sociais reconstrutivas *versus* ciências sociais compreensivas. In: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder e libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida Severina*. In: *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

NUSSBAUM, Martha C. *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*. Barcelona: Editorial Andres Bello, 1997.

NUSSBAUM, Martha C. Emoções racionais. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. Kant e a modernidade jurídica: razão e liberdade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O jusnaturalismo e o juspositivismo modernos. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

SANTOS, José Manuel. *Ética da comunicação*. Covilhã, Portugal: Universidade da Beira Interior. Disponível em: <www.bocc.ubi.pt/pag/santos-jose-manuel-etica-comunicacao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.