

Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 37, n. 2
ISSN (eletrônico) n. 2447-8709

Editora–chefe:

Prof. Pós-Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz de Assis.

Periodicidade:

O volume anual é composto de um número, com periodicidade semestral.

Secretária:

Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados:

Fernanda Ribeiro Papandrea, Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza, Jéssica Yume Nagasaki, Larissa Faria de Souza e Matheus de Toledo Dalecio.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola – Libera Università Mediterranea “Jean Monnet” Bari – Itália;

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

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

Prof. Dr. José Lebre de Freitas – Universidade Nova de Lisboa – Portugal;

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

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 – Portugal;

Prof^a. Dra. Paula Costa e Silva – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal;

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

Dr. Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;

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

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

Pareceristas atuantes:

Prof. Agostinho Oli Koppe Pereira
Prof.^a Ana Virginia Moreira Gomes
Prof. Aurelio Agostinho da Bôaviagem
Prof. Clarindo Epaminondas de Sá Neto
Prof.^a Cleide Calgaro
Prof. Cristian Kiefer da Silva
Prof.^a Cynthia Pereira de Araújo
Prof.^a Daize Fernanda Wagner
Prof. Douglas Cesar Lucas
Prof. Edson Ricardo Saleme
Prof. Eduardo de Carvalho Rêgo
Prof.^a Gianne Cristina dos Reis Ferreira Mendes
Prof. Guilherme César Pinheiro
Prof. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
Prof. Henrique Weil Afonso
Prof. Hugo Schayer Sabino
Prof.^a Isabelle Dias Carneiro Santos
Prof. Jair Aparecido Cardoso (USP)

Prof. José Alberto Antunes de Miranda
Prof. José Carlos Buzanello
Prof. José Eduardo Lourenço dos Santos
Prof. José Rodrigo Rodriguez
Prof.^a Larissa Araújo Coelho
Prof.^a Larissa Satie Fuzishima Komuro
Prof. Leonardo Simchen Trevisan
Prof. Livio Perra
Prof. Lucas Catib de Laurentiis
Prof. Marco Wandercil da Silva
Prof.^a Maria Virginia Leal
Prof. Rafael Zelesco Barretto
Prof. Raimundo Márcio Ribeiro Lima
Prof. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Prof.^a Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff
Prof. Thiago Penido Martins
Prof. Vinícius Pacheco Fluminhan
Prof. Wagner Silveira Feloniuk
Prof. Wiliander França Salomão

Bibliotecária responsável:

Jaqueline de Faria Monteiro Martins.

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. 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, Periódicos de Minas.

Correspondência:

Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, comentários aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser feita através do site <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/index>. 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: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/about/submissions>.

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

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. 37, n. 2 (jul./dez. 2021)

Semestral 2021

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

PRODUZIR E COMPARTILHAR PARA DEMOCRATIZAR

De acordo com Luis Alberto Warat, uma sociedade para ser democrática precisa, dentre outros aspectos, que seja garantido o espaço de emergência de seus conflitos¹. Um espaço onde se organizam as reivindicações políticas, econômicas e sociais.

Os conflitos sociais sempre estiveram presentes nas sociedades; entre os vários motivos aqueles que mais se destacam são as relações economicamente desiguais. Na sociedade pós-moderna as desigualdades sociais estão cada vez mais *acentuadas*, isso porque ela é majoritariamente baseada num sistema econômico que objetiva o acúmulo de riquezas, beneficiando alguns indivíduos em detrimento dos demais. Essa prática econômica produz relações divergentes e, conseqüentemente, antagônicas².

Para que seja possível a continuidade desse modelo econômico cria-se um aparato voltado a mascarar os conflitos. Esse aparato abrange a construção ideológica da sociedade, fazendo com que as divergências, por si só, não sejam suficientes para cessar as conseqüências desses conflitos. E o direito passa a criar, defender e legitimar esses meios repressivos de controle social³.

Ainda em consonância com Warat, é preciso fugir do “senso comum dos juristas”⁴ que condiciona a racionalidade e aliena o conhecimento do direito. Mas como fugir? De acordo com o autor, é preciso desenvolver um conjunto de interações que produzam conhecimentos capazes de servir de base para um questionamento [ético⁵] social radical.

¹ WARAT, Luis Alberto. As funções constitucionais do saber jurídico e os caminhos da transição democrática. *Seqüência*, v. 7, n. 12, 1986, p. 49.

² NAGASAKI, Jéssica Yume; ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. O viés social da ordem econômica nacional: por uma garantia do desenvolvimento econômico que supere as desigualdades sociais. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, v. 3, p. 1-23, 2020. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/64>.

³ SILVA FILHO, Edson Vieira da. Da modernidade à pós-modernidade: a exigência de uma nova forma de hermenêutica constitucional. *RVMD*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 160-188, jul./dez. 2014.

⁴ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 5, v. 48, 1982.

⁵ Paulo Freire afirma que “não é possível, por outro lado, exercermos o direito de criticar, em termos construtivos, pretendendo ter no criticar um testemunho educativo, sem encarnar uma posição rigorosamente ética.” FREIRE, Paulo. *Política e Educação*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 31.

Dentre os muitos papéis da produção científica, também está o de compartilhar conhecimento com os pares para ampliação do processo crítico, e do exercício democrático. Neste contexto, apresentamos a presente edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas conta com 20 artigos escritos por pesquisadores nacionais e internacionais, de várias áreas e temáticas diversas, cujos textos estabelecem interseções críticas com a democracia e com o constitucionalismo.

O primeiro artigo, **A Constituição viva estadunidense no debate entre David Strauss e Jack Balkin**, a partir do debate dos referenciais teóricos sobre legitimidade democrática, propõe compreender a evolução do constitucionalismo estadunidense, uma vez que seu território aumentou, sua população se multiplicou e se diversificou, sua história alterou o cenário internacional, e a sua Constituição permanece com apenas vinte e sete emendas.

O debate constitucionalista norte americano também traz à tona os limites da interferência da política sobre as questões jurídicas. A partir da teoria de Ronald Dworkin, e diante das discussões que envolvem, de um lado, a segurança jurídica, e de outro, direitos de minorias, os autores pretendem responder à seguinte questão, **Constituição e justiça: porque a política importa para o direito?**

O artigo **A corte em cima do muro: direito individual à saúde X interesse coletivo** trabalha com a afirmação de que a judicialização da saúde é uma complexa controvérsia político-institucional que atinge vários níveis de governo, tendo o STF como protagonista no tensionamento da questão. Então, a partir desse problema, os autores se propõem a responder em que medida a postura indecisa da Corte brasileira agrava o problema e compromete a realização do direito à saúde.

A proteção do meio ambiente está no rol de competência comum entre os entes federativos. Ou seja, o artigo 23 da Constituição Federal de 1988 prevê a cooperação da federação em função do interesse público, e essa cooperação foi regulamentada pela Lei Complementar 140 de 2011. Mas, no seu artigo 17, a LC estabelece a prevalência de um órgão sobre outro. O artigo **A inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar 140/2011 na fiscalização ambiental** problematiza essa questão.

Com a proliferação das mídias e redes sociais, a democratização do acesso à internet e a evolução tecnológica surgiu uma importante reflexão: a vulnerabilidade dos usuários de internet. O texto **A proteção de dados pessoais: constitucionalização e efetividade dos direitos da personalidade no ambiente virtual** faz uma análise da evolução histórica da tecnologia e traça a importância da Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019, para proteger o usuário titular dos dados.

As mídias sociais, além de serem mecanismos de controle, também são mecanismos de incentivo ao discurso de ódio. Em **Uma abordagem sobre biopolítica**

e o discurso de ódio na internet, a partir dos conceitos de biopoder e biopolítica de Foucault e Negri, os autores analisam as redes sociais como um instrumento extremamente eficaz no controle social da vida das pessoas, e buscam soluções de como minimizar os efeitos dos discursos de ódio.

Os direitos humanos e a dignidade da população LGBTQIA+ são respeitados? De acordo com a pesquisa realizada, na metade dos anos 1970, esta população passou da criminalização à vitimização. Em **A solidude da identificação sexual: em busca da dignidade humana** os autores se debruçam sobre um recente estudo de caso focado em jovens adultos homossexuais em uma instituição de educação superior brasileira.

O artigo **Papel das medidas provisórias no contexto sócio-político e seus reflexos para democracia** discute o papel das medidas provisórias dentro do contexto sócio-político brasileiro e retrata as possíveis ameaças ao Estado Democrático quando usadas de forma desvirtuada pelo Poder Executivo.

Já em **Banalização das medidas provisórias como risco à democracia: análise constitucional das medidas provisórias editadas em matéria trabalhista no marco pós-reforma**, os autores procuram desvendar quais os limites constitucionais que balizam o poder atípico outorgado ao Presidente da República através das MPs, e se esses limites foram respeitados naquelas referentes ao direito do trabalho editadas no marco pós-reforma.

Considerado como um dos principais pensadores brasileiros do século XX, Paulo Freire e a sua obra “A pedagogia do oprimido” inspirou o artigo **Democracia transnacional: uma proposta de educação antirracista**, que pretende dialogar com a teoria da democracia transnacional e a educação com base multicultural, com o intuito de combater o racismo, a exclusão e a desigualdade social.

Nessa seara, a partir de um recorte de gênero, **Discriminação interseccional e a Lei Maria da Penha: a raça e o gênero como fatores de risco no âmbito doméstico de mulheres negras** traz uma nova abordagem que permite a compreensão de como as discriminações de gênero e racial operam em convergência, e como a Lei Maria da Penha invisibiliza a problemática da discriminação interseccional nos casos de violência doméstica.

Os autores de **ius migrandi como direito fundamental e racismo constitucional** contribuem com um outro recorte da violação de direitos e bens básicos. O processo migratório tem assumido contornos dramáticos, e a população de imigrantes tem sofrido o chamado “racismo institucional”. A partir da teoria de Luigi Ferrajoli, o direito de locomoção é explorado como um direito fundamental.

Também com uma discussão internacional, em **Não-devolução: a efetividade do princípio à luz do caso Rohingya**, os autores analisam o princípio do

non-refoulement, a sua natureza jurídica e as decisões de Bangladesh em retornar os refugiados do povo rohingya –minoria muçulmana, oriunda de Myanmar, e que se desloca de sua terra natal em decorrência das intensas perseguições.

Excesso de processos judiciais e a responsabilidade dos indivíduos em agir virtuosamente, é um texto cujos autores expõem o problema da morosidade enfrentado pelo Poder Judiciário. Qual seria, então, a solução para esse problema que causa excesso de litigância? O artigo tem o objetivo de apresentar uma reflexão diferente: a autorresponsabilização e o agir ético e virtuoso como possibilidade eficaz de redução dos litígios e do excesso de processos no Poder Judiciário.

Já em **Novos rumos para o acesso à justiça sob o contexto do Processo Coletivo**, temos uma reflexão sobre o acesso à justiça através do processo coletivo (neoprocessualismo) de questões de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como sobre a segurança jurídica para os cidadãos que procuram o Poder Judiciário como forma de garantir direitos fundamentais.

O artigo **Inconstitucionalidade n. 4.451 a partir do direito contado como um romance em cadeia de Ronald Dworkin** tratará da importância da liberdade de manifestação do pensamento no período que antecede a eleição no Brasil a partir do voto do Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451, usando como fundamentação teórica a integridade do direito de Dworkin para se chegar à melhor solução no caso concreto.

VI

Em ***New elections and old concerns: female political rights as a constant fight***, defende-se que a recepção da mulher na política constitui um requisito básico para a realização democrática e garantia dos direitos políticos delas. Contudo, o simples ato de votar e o sistema de cotas é insuficiente para combater a crise de participação política e a exclusão de setores da população. As autoras discutem novos mecanismos para alterar a realidade brasileira.

Preservação do meio ambiente do trabalho equilibrado e o princípio da precaução: limites de intervenção da ação civil pública pela perspectiva discute a efetividade prática do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido no contexto da pandemia do COVID-19, e quais os limites de intervenção do Poder Judiciário, no âmbito da Ação Civil Pública, para fazer valer o princípio da precaução da saúde do trabalhador.

O artigo ***A full deliberation of the Brazilian Supreme Court for the effective creation of binding precedents*** trata da implementação de um sistema de precedentes jurídicos vinculantes no Brasil, através do Código de Processo Civil, e a conseqüente necessidade de ajustar os procedimentos de votação colegiada do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais de comarcas para que o entendimento deliberado do Tribunal prevaleça, e não a compreensão individual de cada juiz.

Por fim, o artigo **Direitos indígenas para imigrantes indígenas: o caso dos Warao no Brasil** problematiza a interpretação dada pela Constituição Federal brasileira à concepção de “índio”, a qual deveria prevalecer como grupo vulnerável, abarcando, inclusive, indígenas imigrados para o Brasil, como é o caso dos venezuelanos da etnia Warao.

Como mencionamos no início do editorial, trata-se de uma edição que traz os mais diversos elementos para compor discussões referentes ao Constitucionalismo e à Democracia.

Boa leitura e boas reflexões!

Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

Profa. Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial.....	III	
A constituição viva estadunidense		
no debate entre David Strauss e Jack Balkin	1	
<i>The living constitution in the debate between David Staruss and Jack balkin</i>		
Almir Megalí Neto ■ Flávio Couto Bernardes		
A corte em cima do muro: direito individual à saúde versus interesse coletivo	23	
<i>The court on the wall: the dissideration of the collective interest by the stf and its influence on health judicialization</i>		
Alessandra Brustolin ■ Edinilson Donizete Machado		
A inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar 140/2011 na fiscalização ambiental.....	43	
<i>The partial unconstitutionality of the Complementary Law 140/2011 in environmental control</i>		
Paulo Campanha Santana ■ Márcia Dieguez Leuzinger		
A proteção de dados pessoais: constitucionalização e efetividade dos direitos da personalidade no ambiente virtual.....	63	IX
<i>The protection of personal data: constitutionalization and effectiveness of personality rights in the virtual environment</i>		
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro ■ Fernando Navarro Vince ■ Patrícia dos Santos Conde		
A solitude da identificação sexual: em busca da dignidade humana	87	
<i>Solitude in sex identification: in search of human dignity</i>		
Maria Anastácia Ribeiro Maia Carbonesi ■ Candido Alberto Gomes		
Banalização das medidas provisórias como risco à democracia: análise constitucional das medidas provisórias editadas em matéria trabalhista no marco pós-reforma.....	107	
<i>Banalization of provisional measures as a risk to democracy: constitutional analysis of provisional measures issued in labor law matters in the post-reform framework</i>		
Leandro do Amaral D. de Dorneles ■ Vitor Kaiser Jahn ■ Pedro Fülber Simon		
Constituição e justiça: porque a política importa para o direito.....	129	
<i>Constitution and justice: why politics matters to law</i>		
Evandro Barbosa ■ Thaís Alves Costa		

Democracia transnacional: uma proposta de educação antirracista inspirada em Paulo Freire..... 151

Transnational democracy: an anti-racist education proposal inspired in Paulo Freire

Luciana dos Santos Silva ■ Mônica Nazaré Picanço Dias

Discriminação interseccional e a lei maria da penha: a raça e o gênero como fatores de risco no âmbito doméstico de mulheres negras..... 169

Intersectional discrimination and the maria da penha law: race and gender as risk factors in the domestic scope of black women

Melody Higino do Bonfim ■ Giovanna Hingreadh do Nascimento Oliveira
■ Eudes Vitor Bezerra

Excesso de processos judiciais e a responsabilidade dos indivíduos em agir virtuosamente 185

Excess of judicial proceedings and the responsibility of individuals to act virtuously

Josemar Soares ■ Rafaela Matiola Schmidt ■ Tarcísio Vilton Meneghetti

***Ius migrandi* como direito fundamental e racismo institucional 205**

Ius migrandi as fundamental law and institutional racism

Sérgio Urquhart de Cademartori ■ Williem da Silva Barreto Júnior

X

Liberdade de expressão humorística em ano eleitoral: uma análise do voto relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451 a partir do direito contado como um romance em cadeia de Ronald Dworkin 223

Freedom of humoristic expression in an election year: an analysis of the presiding judge's vote on the Direct Unconstitutionality Lawsuit n. 4.451 Based on the law told in a prison novel by Ronald Dworkin

Luiz Gonzaga Silva Adolfo ■ Júlia Schroeder Bald Klein

Não devolução: a efetividade do princípio à luz do caso Rohingya..... 241

Non refoulement: the effectiveness of the principle in the Rohingya case

Margareth Vetus Zaganelli ■ Douglas Luis Binda Filho ■ Júlia Chequer Feu Rosa
■ Letícia Pereira de Lemos ■ Maria Carolina Müller Naegele

New elections and old concerns: female political rights as a constant fight..... 261

Novas eleições e antigas preocupações: os direitos políticos femininos como luta constante

Juliana Bertholdi ■ Katya Kozicki ■ Marina Bonatto

Novos rumos para o acesso à justiça sob contexto do processo coletivo 281

New directions for access to justice under the context of the collective process

Milena Zampieri Sellmann ■ Natalia Oliveira de Abreu
■ Diogo Sandret da Costa Fonseca

Papel das medidas provisórias no contexto sócio-político e seus reflexos para democracia	301
<i>The role of provisional measures in the socio-political context and its reflections for democracy</i>	
Douglas Monteiro de Castro ■ Mônica Nazaré Picanço Dias	
Preservação do meio ambiente do trabalho equilibrado e o princípio da precaução	323
<i>Preservation of the balanced work environment and the precautionary principle</i>	
Marcelo Braghini Sebastião ■ Sérgio da Silveira	
Uma abordagem sobre biopolítica e o uso das tecnologias da informação e comunicação e o discurso do ódio da internet como uma das formas de controle social	343
<i>An approach to biopolitics and the use of information and communication technologies and the internet hate speech as one of the forms of social control</i>	
Richard Bassan ■ Jefferson Aparecido Dias	
■ Walkiria Martinez Heinrich Ferrer	
A full deliberation of the brazilian supreme court for the effective creation of binding precedents: a view of the deliberative procedure of the us supreme court.....	363
■ Peter Panutto	
Direitos indígenas para imigrantes indígenas: o caso dos Warao no Brasil	383
<i>Indigenous rights for indigenous immigrants: the case of the Warao people in Brazil</i>	
■ Fernando César Costa Xavier	

A CONSTITUIÇÃO VIVA ESTADUNIDENSE NO DEBATE ENTRE DAVID STRAUSS E JACK BALKIN

THE LIVING CONSTITUTION IN THE DEBATE BETWEEN DAVID STARUSS AND JACK BALKIN

*Almir Megali Neto**
*Flávio Couto Bernardes***

RESUMO

Este artigo se propõe a compreender a evolução do constitucionalismo estadunidense com o passar dos anos. Sendo assim, o debate instaurado entre David Strauss e Jack Balkin sobre a legitimidade democrática de uma constituição viva será o fio condutor deste trabalho que também se dedica, em um primeiro momento, a recuperar parte do debate existente sobre a forma encontrada pelo constitucionalismo estadunidense para se adequar às novas demandas surgidas no seio da sociedade estadunidense. O método utilizado foi o da revisão de bibliografia.

Palavras-chave: Constituição viva. David Strauss. Jack Balkin. Mecanismos formais e informais de mudança constitucional.

ABSTRACT

This article aims to understand the evolution of american constitutionalism over the years. In doing so, the debate between David Strauss and Jack Balkin on the democratic legitimacy of a living constitution will be

* Mestre e graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Tem interesse nas áreas de Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Endereço: Avenida Augusto de Lima, n. 1135, apto 1201, Barro Preto, Belo Horizonte/MG, CEP: 30.190-002. Telefone: (31) 99288-2303. E-mail: almir_megali@hotmail.com. O autor informa que não recebeu qualquer financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não, e declara não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

** Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte e advogado. Tem interesse nas áreas de Direito Constitucional, Direito Financeiro e Direito Tributário. Endereço: Rua Rio de Janeiro, n. 2299, apto 901, Lourdes, Belo Horizonte/MG, CEP: 30.160-042. Telefone: (31) 98705-9449. E-mail: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. O autor informa que não recebeu qualquer financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não, e declara não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

the guiding thread of this work, which is also dedicated, at first, to recover part of the existing debate on the way that American Constitution found to actualize itself according to the new demands arisen within American society. The method used was the bibliography review.

Keywords: Living constitution. David Strauss. Jack Balkin. Formal and informal mechanisms of constitutional change.

INTRODUÇÃO

Para comemorar o bicentenário da Constituição estadunidense, a Revista *Time* publicou uma edição especial na qual denominava esta Constituição como “um presente para todas as nações”¹. De fato, desde que a Convenção da Filadélfia tornou pública sua proposta de Constituição em 1787, este modelo constitucional produziu grande impacto sobre o constitucionalismo ao redor do globo².

De acordo com Stephen Gardbaum, os Estados Unidos da América teriam sido pioneiros ao institucionalizar um sistema constitucional dotado de uma constituição escrita, à qual se atribui caráter supralegal e que preveja um rol de direitos fundamentais bem como a possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Porém, somente a partir do segundo pós-guerra tais características se tornaram compartilhadas por outros sistemas constitucionais, de modo que, agora, os países que não compartilham algum ou todos desses elementos é que são considerados excepcionais³.

Por outro lado, Jack Balkin, por exemplo, reconhece o fato de que a Constituição estadunidense foi responsável por uma série de injustiças, seja por permiti-las, seja por ter sido utilizada para evitar que reformas fossem promovidas, até mesmo nos dias atuais⁴. No Brasil, destaca-se a leitura de Emilio Peluso Neder Meyer, que, apesar de reconhecer a importância dessa matriz constitucional para o desenvolvimento do constitucionalismo a nível comparado, apresenta uma leitura crítica do constitucionalismo estadunidense, demonstrando, a partir de elementos constitutivos dessa mesma tradição, que os avanços institucionais alcançados conviveram com práticas autoritárias e restritivas de direitos fundamentais, em uma relação muito mais tensional do que aparenta ser⁵.

¹ GREENWALD, John. The world: a gift to all nations. *Time*. Monday, 6th July, 1987. p. 1.

² BILLIAS, George. *American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective*. New York: New York University Press, 2009. p. 15.

³ GARDBAUM, Stephen. The myth and the reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*. Michigan, v. 107, n. 3, p. 393, dez. 2008.

⁴ BALKIN, Jack M. Agreements with hell and other objects of our faith. *Fordham Law Review*. New York, v. 65, n. 4, p. 1703-1738, 1997.

⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. Um processo de desmistificação: compreendendo criticamente o constitucionalismo estadunidense. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 9-32, set./out. 2018.

De todo modo, há pelo menos um aspecto do constitucionalismo estadunidense que torna essa tradição distinta de boa parte dos sistemas constitucionais contemporâneos. Trata-se da forma encontrada para atualização da sua Constituição. Desde a elaboração deste texto, o território dos Estados Unidos da América aumentou consideravelmente, sua população se multiplicou e se diversificou, além de que a tecnologia se desenvolveu, o cenário internacional se transformou, os modos de produção foram aprimorados e os costumes sociais mudaram sensivelmente. Tudo isso de uma forma que ninguém poderia prever no momento no qual a Constituição foi redigida e entrou em vigor.

Diante disso, parece inevitável que a Constituição estadunidense também tenha mudado. No entanto, apenas vinte e sete emendas constitucionais foram acrescentadas ao seu texto. A maioria das alterações constitucionais naquele país se deu, pelo menos a nível federal, por meio de interpretações do texto constitucional, fazendo disso uma peculiaridade da tradição constitucional estadunidense em relação às demais experiências constitucionais ao redor do globo.

O objetivo deste trabalho, portanto, é compreender os termos a partir dos quais pretende-se explicar o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense para além das poucas emendas acrescidas à Constituição. Como uma forma de demonstrar a evolução do processo de autodeterminação política do povo estadunidense com o passar dos anos, adota-se o debate entre David Strauss e Jack Balkin sobre a legitimidade democrática da evolução do sistema constitucional estadunidense para guiar a discussão aqui proposta. Antes, porém, será preciso recuperar parte do debate existente sobre a forma encontrada pelo constitucionalismo estadunidense para se adequar às novas demandas surgidas no seio da sociedade.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL ESTADUNIDENSE: ENTRE PROCESSOS FORMAIS E INFORMAIS DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Até a Revolução Americana, a possibilidade de sugerir qualquer forma de mudança na estrutura do poder divinamente concebido e estabelecido soaria como heresia. Naquele tempo, formas de autogoverno não existiam em nenhum lugar da terra. Pois bem, se de acordo com os ideais que inspiraram a Revolução Americana, o poder estabelecido retiraria seu fundamento de legitimidade do consentimento dos governados, parecia clara a necessidade de se garantir ao povo a possibilidade de alterar os termos estabelecidos nas leis que regiam suas formas de vida e regulamentavam o exercício do poder estatal.

Nesse sentido, a expressão “*We the people*”, que inaugura texto constitucional estadunidense, traz em si o ideal de autogoverno proclamado pela Revolução. Por isso, costuma-se afirmar que “uma das principais contribuições estaduni-

dense para a Ciência Política é a ideia de que deve haver previsão para que se possa fazer alterações na Constituição” (SHEIPS, 1950, p. 48)⁶. Esse movimento teve início logo após a declaração de independência das ex-colônias britânicas na América. Entre 1776 e 1787, oito constituições estaduais, além dos Artigos da Confederação, continham previsão de alteração de seus próprios termos⁷. Referido entendimento foi consagrado no Artigo V da Constituição dos Estados Unidos da América que estabeleceu os “fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da emenda à constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais”⁸. Modelo este que, desde então, tem sido seguido por boa parte das constituições ao redor do mundo.

Não obstante isso, devido ao fato de que, naquele país, a maior parte das alterações da Constituição se dá por vias informais, há quem sustente, no debate constitucional estadunidense, a irrelevância dos procedimentos formais de reforma da Constituição⁹. Por outro lado, a nível global, emendas constitucionais são cada vez mais comuns. Ginsburg e Melton observaram que, “atualmente, cerca de trinta constituições são emendadas por ano ao redor do mundo”¹⁰. A prática também vem sendo seguida pelas constituições estaduais estadunidenses. Sendo assim, por mais que o processo formal de reforma da Constituição estadunidense não tenha sido a principal via de alteração deste texto constitucional, o mesmo não pode ser dito em relação às constituições estaduais daquele país¹¹.

Nesse sentido, quando se diz que na prática constitucional estadunidense o recurso às emendas constitucionais como forma de alteração do texto constitucional é desimportante por ter caído em desuso ao longo dos anos, obviamente, só se pode estar se referindo à Constituição federal daquele país¹². Pelo menos neste aspecto, é certo que a Constituição estadunidense se mostra excepcional,

⁶ SCHEIPS, Paul. Significance and adoption of article V of the constitution. *Notre Dame Law Review*. Indiana, v. 26, n. 1, p. 48, 1950. Tradução livre de: “There seems to be little, if any, doubt that one of America’s principal contributions to political science is the idea that provision should be made for making legal changes in basic Law”.

⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁸ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-6, jul./set. 1992.

⁹ STRAUSS, David A. *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

¹⁰ GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*. New York, v. 13, n. 3, p. 689, jul. 2015. Tradução livre de: “At present, approximately thirty constitutions are amended each year”.

¹¹ TARR, Allan G. Explaining state constitutional changes. *Revista do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 3, n. 2, p. 9-32, mai./ago. 2016.

¹² ALBERT, Richard. American exceptionalism in constitutional amendment. *Arkansas Law Review*. Fayetteville, v. 69, n. 2, p. 217-252, 2016; VERSTEEG, Mila; ZACKIN Emily. American constitutional exceptionalism revisited. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 81, n. 4, p. 1641-1707, 2014.

já que ela se distingue tanto da tendência observada no interior do próprio território estadunidense, quanto se comparada com a tendência observada nas demais experiências constitucionais mundo afora.

Segundo Ginsburg e Melton, a Constituição estadunidense encontrou nos juízes e tribunais uma forma de garantir sua atualização ao longo dos anos. De acordo com os autores, “pode haver uma cultura de resistência, ou de aceitação, a alterações do sentido da constituição pela via jurisdicional em paralelo à cultura de emenda”.¹³ Sendo assim, seria perfeitamente possível que em um país no qual haja pouca aderência aos processos formais de reforma da constituição, haja aceitação à atualização de seu sentido pela via judicial. Não sem resistência, essa parece ter sido a fórmula encontrada em solo estadunidense para a evolução do seu sistema constitucional. Decisões de juízes e tribunais, em especial da Suprema Corte, combinadas com emendas constitucionais (em raros momentos da tradição constitucional estadunidense), ajudam a explicar a vigência daquela Constituição duzentos e trinta anos depois e após.

O EMBATE ENTRE INTERPRETATIVISTAS E NÃO INTERPRETATIVISTAS: A RESISTÊNCIA AOS MECANISMOS INFORMAIS DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL

A Constituição estadunidense, portanto, é composta não apenas pelo texto elaborado pelos convencionais da Filadélfia, mas também pelos precedentes e tradições desenvolvidos durante sua vigência. Sendo assim, a compreensão do sistema constitucional estadunidense deve estar atenta tanto para aquilo que foi e continua sendo construído por tribunais, juízes e pela própria sociedade, quanto para o texto que corporifica este documento. Nesses termos, torna-se preciso conciliar essas duas partes do sistema constitucional daquele país. Isto é, compatibilizar uma Constituição dinâmica com um texto que possui pretensão de permanência e que ao mesmo tempo assume importância central para o desenvolvimento informal deste sistema.

Como destaca Bernardo Gonçalves Fernandes, parte relevante do debate constitucional estadunidense se refere à disputa entre interpretativistas e não interpretativistas. De um modo geral, a primeira corrente defende que a interpretação da Constituição, principalmente aquela realizada por juízes e tribunais, deveria se limitar à captação do sentido expresso pelo dispositivo constitucional interpretado. Quando muito, o intérprete deveria recorrer à compreensão dos fundadores sobre o sentido das disposições constitucionais como forma de orien-

¹³ GINSBURG, Tom; MELTON, James., *op. cit.*, p. 688. Tradução livre de: “There may be a culture of resistance to, or acceptance of, judicial lawmaking that itself parallels the amendment culture”.

tar sua empreitada. Alterar o sentido originariamente conferido às disposições constitucionais desvirtuaria, em última instância, a própria compreensão do princípio do *rule of law*. Já para os não interpretativistas, o objetivo deveria ser o de concretizar o projeto constitucional a partir da exploração do potencial interpretativo das disposições constitucionais nele inseridas, considerando-se, para tanto, as tradições e os precedentes construídos pela própria tradição constitucional estadunidense¹⁴.

Para Keith Whittington, a relação entre interpretativistas e não interpretativistas pode muito bem ser representada pelo debate havido entre o Senador Sam Ervin e o futuro *Justice* Thurgood Marshall, durante a sabatina deste último perante o Senado estadunidense no ano de 1967. Ervin perguntou a Marshall: “o papel da Suprema Corte não seria o de simplesmente apurar e dar concretude à intenção dos autores e das pessoas que ratificaram a Constituição?”¹⁵. Marshall respondeu: “sim, Senador, com o entendimento de que a Constituição foi projetada para ser um documento vivo”¹⁶.

A revolução de direitos promovida pela Corte Warren potencializou o debate em torno do papel que deveria ser desempenhado pela Suprema Corte. Setores conservadores da sociedade estadunidense se opunham à expansão de direitos ocorrida neste período ao argumento de que os juízes estariam impondo à sociedade suas concepções pessoais sobre os assuntos políticos da nação. Como afirma Whittington, “à medida que a revolução dos direitos da Corte Warren se tornava cada vez mais controversa no final dos anos 1960, os críticos da Corte recorreram frequentemente à intenção original dos fundadores para fundamentar seu desacordo”¹⁷.

Como demonstra Ronald Dworkin, Dwight Eisenhower, ao deixar a presidência dos Estados Unidos da América em 1961, condenando aquilo que ele mesmo denominou de ativismo judicial, disse a um jornalista que cometeu dois grandes erros durante o período que exerceu a presidência e que ambos estavam na Suprema Corte. Eisenhower referia-se a Earl Warren e a William Brennan, ambos indicados por ele à Suprema Corte, que, na sua leitura, fizeram com que a Corte viven-

¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 195-197.

¹⁵ WHITTINGTON, Keith. The new originalism. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Washington, v. 2, p. 600, 2004. Tradução livre de: “Is not the role of the Supreme Court simply to ascertain and give effect to the intent of the framers of this Constitution and the people who ratified the Constitution?”.

¹⁶ *Ibid.* Tradução livre de: “Yes, Senator, with the understanding that the Constitution was meant to be a living document”.

¹⁷ *Ibid.*, p. 599. Tradução livre de: “As the Warren Court’s rights revolution became increasingly controversial in the late 1960s, critics of the Court frequently recurred to original intent to ground their disagreement with the Court’s innovative rulings”.

ciasse o período “mais ativista” da sua história, tendo em vista a interpretação extensiva conferida naquele período, pela Corte, aos direitos fundamentais¹⁸.

Como parte de sua campanha presidencial de 1968, cujo lema era “*Law and order*”, Richard Nixon criticou repetidamente o papel da Suprema Corte durante a presidência do *Justice* Earl Warren. Nixon havia se comprometido a indicar somente *Justices* que se limitariam a interpretar as leis e a Constituição tal como entendidas no momento da sua elaboração, em contraposição ao modelo *judge made law* que havia perdurado durante a Corte Warren¹⁹. Segundo Dworkin, Ronald Reagan e George Bush também se mostraram perplexos com aquilo que denominaram de “usurpação” dos privilégios do povo pela Corte. Tanto é assim que teriam afirmado que estavam “determinados a só indicar para a Suprema Corte juízes que não desafiassem a vontade popular, mas a respeitassem”²⁰.

De acordo com Strauss, a princípio, interpretar a Constituição estadunidense deveria ser uma tarefa fácil. O documento é pequeno e escrito de forma acessível. Então, questiona o autor: “por que não fazer apenas o que suas palavras dizem?”²¹. Em alguns casos, o autor afirma que isso seria possível. Na sua visão, “muitos dispositivos da Constituição estadunidense são bastante precisos e não deixam espaço para disputas interpretativas”²², como se passa, por exemplo, com o Artigo II, Seção 1, que estabelece a idade mínima de 35 anos para a presidência da República, o Artigo I, Seção 3, que determina o número mínimo de senadores por estado, dentre outros. O problema residiria em alguns dispositivos que, apesar de escritos de maneira clara, não forneceria um comando inequívoco. São justamente essas “questões que são disputadas nos tribunais e pela sociedade em geral”²³.

Nesses termos, para os interpretativistas, se no momento de elaboração de um dispositivo constitucional o mesmo teria sido compreendido como permitindo ou proibindo algo, então ele deveria continuar sendo entendido da mesma maneira nos dias atuais. Pois, para essa corrente, o mesmo seria expressão da vontade soberana do povo estadunidense, que, por sua vez, estaria contida única e tão somente na redação do próprio dispositivo. Na hipótese de dúvida, a única solução plausível seria recorrer à história dos debates dos tempos que o mesmo teria sido aprovado.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 7.

¹⁹ WHITTINGTON, Keith., *op. cit.*, p. 600.

²⁰ DWORKIN, Ronald., *op. cit.*, p. 7.

²¹ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 7. Tradução livre de: “Why not just do what the words say?”.

²² *Ibid.*, p. 7. Tradução livre de: “Many provisions of the U.S. Constitution are quite precise and leave no room for quarreling, or for fancy questions about interpretation”.

²³ *Ibid.*, p. 9. Tradução livre de: “These questions are the ones that are disputed in the courts and in society at large”.

Para essa corrente de pensamento, contudo, a Constituição não deveria ser inteiramente imutável, tampouco seria um documento que não precisaria de ajustes no decorrer do tempo e, muito menos ainda, seria um documento que não contivesse problemas quando teria sido elaborado. Justamente por isso, segundo os interpretativistas, havia no texto constitucional estadunidense a previsão de alteração dos seus próprios termos por meio do processo de emenda à Constituição, única via por meio da qual seria possível atualizar o sentido do texto constitucional de maneira legítima.

Em “*The Living Constitution*”, David Strauss está preocupado em demonstrar como seria possível ter uma Constituição viva que garanta estabilidade e ao mesmo tempo seja capaz de evitar a manipulação humana. Logo no início do texto, o autor pergunta se os Estados Unidos da América teriam uma Constituição viva. Sua resposta é enfaticamente afirmativa. Uma constituição viva seria, para Strauss, “aquela que evolui, [que] muda com o tempo e [que] se adapta a novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada”²⁴. Pois bem, se a constituição não seria uma constante, alegam os críticos da constituição viva, alguém estaria alterando-a de acordo com suas preferências pessoais, sendo os juízes os principais agentes dessa mudança. Dessa maneira, uma constituição viva não poderia ser de modo algum uma constituição, nem mesmo Direito. Ela não passaria de uma coleção de opiniões proferidas por um grupo de pessoas (os juízes) que, por contingências históricas, estão no poder em um dado momento impondo ao restante da sociedade suas visões pessoais.

A imagem que ilustra a capa do livro “*The Living Constitution*”, além de bela, é também bastante significativa da tese sustentada por David Strauss. Uma árvore magistral fica acima de um antigo pergaminho da Constituição estadunidense. Seus galhos crescem para todos os lados e, ao invés de folhas, possuem belas estrelas azuis e vermelhas em suas pontas. Segundo Jack Balkin, a escolha de Strauss pela árvore se justifica, pois ela representaria uma metáfora do que é vivo e orgânico, sugerindo que a verdadeira Constituição estadunidense se desenvolveu para além dos limites do seu antigo texto, a ponto de transcender o documento. Seus galhos, em cujas pontas há estrelas, sugeririam que aquela Constituição se desenvolveu em vários sentidos inicialmente não imaginados pelos seus autores, os convencionais da Filadélfia. As estrelas representariam importantes casos julgados pela Suprema Corte, como, por exemplo, *Brown v. Board of Education* ou *McCulloch v. Maryland*.²⁵

²⁴ *Ibid.*, p. 1. Tradução livre de: “A ‘living Constitution’ is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended”.

²⁵ BALKIN, Jack M. The roots of the living Constitution. *Boston University Law Review*. Boston, v. 92, n. 249, p. 1119, 2012.

A escolha dessa árvore, portanto, não se deu por acaso. É que para Strauss o sistema constitucional estadunidense teria sido construído sob o sistema do *common law* e não sob o texto escrito da Constituição. Isso quer dizer que, ao invés de um desenvolvimento por ele denominado de autoritário, o sistema constitucional estadunidense teria se desenvolvido a partir de precedentes e tradições que se acumularam ao longo do tempo. Ao invés de seguir estritamente os mandamentos inscritos no texto constitucional, preferiu-se seguir, sem que se percebesse, as interpretações feitas deste texto pelas gerações posteriores à dos fundadores. Nas palavras do autor, “o *common law* não é um sistema que se desenvolve a partir de um texto autoritário, fundamental e quase sagrado como a Constituição. Pelo contrário, o *common law* é construído a partir de precedentes e tradições acumuladas no decorrer do tempo”²⁶. Os colonos teriam implantado em solo estadunidense um modelo de *common law* bem aos moldes do *common law* britânico, baseado nas tradições, práticas institucionais e nos precedentes. Assim, para Strauss, o sistema constitucional estadunidense “se tornou um sistema de *common law*, no qual as práticas e os precedentes do passado são, à sua maneira, tão importantes quanto a própria Constituição escrita dos Estados Unidos da América”²⁷. Como explica Balkin,

A capa do livro simboliza importantes características da tese de Strauss. Strauss acredita que a verdadeira constituição dos Estados Unidos da América não seria seu texto propriamente dito, mas algo vivo e crescente além do texto, que evoluiu por meio do sistema de decisões do *common law*, cujas características centrais e muitas de suas realizações mais orgulhosas são decisões judiciais²⁸.

A importância do texto constitucional, para Strauss, seria bastante reduzida, a ponto deste autor afirmar que nos casos submetidos à apreciação dos tribunais estadunidenses envolvendo questões constitucionais, a Constituição raramente seria mencionada. Para ele, grande parte das discussões estão centradas em demonstrar qual seria o entendimento anteriormente fixado pelos tribunais sobre a matéria em disputa e como o caso em questão se enquadraria nos precedentes

²⁶ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 3. Tradução livre de: “The common law is a system built not on an authoritative, foundational, quasi-sacred text like the Constitution. Rather, the common law is built out of precedents and traditions that accumulate over time”.

²⁷ *Ibid.*, p. 4. Tradução livre de: “Our constitutional system, has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way, as important as the written U.S. Constitution itself”.

²⁸ BALKIN, Jack. p. 1129, 2012. Tradução livre de: “The book’s cover symbolizes important features of Strauss’s argument. Strauss believes that the real constitution in the United States is not its text, but a living, growing thing beyond the text that has evolved through common-law decision making, and that its central features and many of its proudest accomplishments are judicial decisions”.

já estabelecidos. O mesmo não aconteceria nos casos em que o que está em questão é a interpretação da legislação infraconstitucional. Em tais hipóteses, os textos legais são fundamentais para a solução do caso submetido à apreciação jurisdicional. Advogados e juízes se dedicariam, portanto, a extrair exatamente o sentido expresso pelas palavras utilizadas na legislação.

Quando um caso se refere à interpretação de uma lei infraconstitucional, os *briefs*, os argumentos orais e os votos geralmente se concentram na captação do preciso sentido das palavras empregadas pela lei. Mas quando um caso envolve a Constituição, o texto rotineiramente não recebe atenção²⁹.

Ora, se assim o for, os Estados Unidos da América realmente teriam uma Constituição? Para David Strauss, sim. No entanto, essa Constituição não seria “apenas o documento que está sob o vidro do Arquivo Nacional”, aliás, segundo o autor, se se pensar assim sequer será possível “começar a entender o Direito Constitucional estadunidense”³⁰. O argumento de Strauss vai no sentido de que a Constituição estadunidense é um documento relativamente curto que, em mais de dois séculos de vigência, teria sido emendado apenas vinte e sete vezes. Nesse sentido, grande parte da tradição constitucional estadunidense se desenvolveu para além do texto constitucional. A combinação entre a constituição que efetivamente operaria na realidade político-social (por ele denominada de *small-c constitution*) e a Constituição guardada no Arquivo Nacional é o que formaria a Constituição viva dos Estados Unidos da América.

Então, para Strauss, a grande questão passa a ser como explicar o processo informal de mudança da Constituição que não se limite a reduzir o texto constitucional àquilo que os juízes dizem que ele é e que tampouco deixe os direitos e as garantias fundamentais à mercê da opinião pública que, por sua vez, é sempre cambiante. Trata-se, assim, de enfrentar o argumento dos interpretativistas no sentido de que o modelo de uma constituição viva não é uma autorização para que os juízes façam aquilo que eles queiram. Para David Strauss, a crítica dos interpretativistas direcionada à constituição viva poderia ser traduzida da seguinte maneira: “a Constituição viva é infinitamente flexível e seu conteúdo é definido tão somente pelos pontos de vista pessoais do intérprete. O constitucio-

²⁹ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 34. Tradução livre de: “When a case concerns the interpretation of a statute, the briefs, the oral arguments, and the opinions will usually focus on the precise words of the statute. But when a case involves the Constitution, the text routinely gets no attention”.

³⁰ *Ibid.* Tradução livre de: “What’s going on here? Don’t we have a Constitution? We do, but if you think the Constitution is just the document that is under glass in the National Archives, you will not begin to understand American constitutional law”.

nalismo vivo significa que as restrições estão desativadas e que vale tudo”³¹ quando o assunto é mudança constitucional.

Segundo Jack Balkin, ao colocar a questão dessa maneira, Strauss coloca os originalistas conservadores como seus principais adversários. Contudo, ao fazê-lo, Strauss acabaria por concordar com seus oponentes em pelo menos um aspecto fundamental: “o foco central da interpretação constitucional é e deve ser os juízes, e o problema central que o constitucionalismo vivo enfrenta é o de restringir os comportamentos judiciais”³².

Sendo assim, para Balkin, essa não seria a melhor maneira de apreender o constitucionalismo vivo, pois, na sua visão, os juízes são apenas um dos vários atores importantes para o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense. Nesse sentido, Balkin afirma que apesar de relevantes para a evolução do sistema constitucional estadunidense, os juízes não seriam atores solo nesse processo. Muito antes pelo contrário, de acordo com Balkin, o “desenvolvimento constitucional estadunidense conta com uma variedade de atores e instituições que lutam continuamente sobre o que é razoável e desarrazoado, ‘on the wall’ e ‘off the wall’ na cultura constitucional”³³.

EXPLICANDO O DESENVOLVIMENTO DE UMA CONSTITUIÇÃO VIVA: O DEBATE ENTRE DAVID STRAUSS E JACK BALKIN

A Constituição viva dos Estados Unidos da América não seria formada apenas pelo conjunto de decisões da Suprema Corte e dos demais tribunais fede-

³¹ *Ibid.*, p. 31. Tradução livre de: “The living Constitution is infinitely flexible and has no content other than the views of the person who is doing the interpreting. Living constitutionalism means that the restraints are off, and anything goes”.

³² BALKIN, Jack. p. 1131, 2012, Tradução livre: “The central focus of constitutional interpretation is and should be judges, and the central problem that living constitutionalism faces is constraining judicial behavior”.

³³ *Ibid.* Tradução livre de: “American constitutional development features a variety of players and institutions that continually struggle over what is reasonable and unreasonable, ‘on the wall’ and ‘off the wall’ in constitutional culture”. Aqui vale um esclarecimento. Para Balkin, a cultura constitucional consiste nas crenças dos integrantes de uma comunidade política sobre o significado da sua constituição. Uma cultura constitucional, como qualquer outra cultura, muda e evolui, ou seja, é composta por diferentes compreensões, formando um todo que é dinâmico: pessoas com visões distintas de mundo disputam, a todo momento, o sentido da sua constituição. Como resultado, o sentido normativo que é expresso pela constituição se altera em resposta às lutas políticas e sociais travadas em torno dele. Assim, Balkin apresenta os conceitos de “off the wall” e “on the wall” como categorias importantes para a compreensão de uma cultura constitucional, pois, considerando que culturas são definidas em parte pelos seus limites, seria preciso compreender o que os participantes de uma cultura constitucional consideram consistente e inconsistente com as normas e valores desta cultura. Isto é, o que estaria, respectivamente, “on the wall” e “of the wall”. Sobre isso, com maiores detalhes, BALKIN, Jack. p. 139-225, 2011.

rais daquele país. Apesar de não deixar isso claro em seu texto, até mesmo David Strauss reconhece que os precedentes, as tradições e os entendimentos construídos sobre a Constituição estadunidense fora dos tribunais constituem parte indispensável da Constituição viva dos Estados Unidos da América³⁴. Sendo assim, o modelo decisório construído a partir do sistema do *common law* “deve incluir mais do que o trabalho da Suprema Corte, ou mesmo dos tribunais em geral; também deve incluir o trabalho dos governos federal e estadual e outros atores governamentais não especificados”³⁵.

Em verdade, conforme aponta Jack Balkin, a constituição que efetivamente operaria na realidade político-social seria composta por um conjunto de leis, instituições, doutrinas e práticas desenvolvidas ao longo do tempo³⁶. Além disso, vale ressaltar que, para Balkin, boa parte desses elementos nunca seria objeto de deliberação perante os órgãos jurisdicionais³⁷. Assim, apesar de Strauss focar “na santíssima trindade formada por precedentes, práticas e tradições, grande parte do regime constitucional é institucional e é formado por leis e atos administrativos”³⁸.

Um regime constitucional é constituído por crenças sobre o sentido constitucional. Isto é, por um conjunto de costumes, práticas e instituições aceitas pela sociedade como expressão do significado das disposições constitucionais. Para dizer com Jack Balkin, em qualquer ponto da história os estadunidenses vivem dentro daquilo que se costumou denominar de regime constitucional. Um regime constitucional combina uma série de crenças sobre o significado constitucional em conjunto com uma série de práticas, costumes e instituições aceitas pela sociedade. Assim, um regime constitucional inclui “(1) princípios e pressupostos básicos sobre direitos, deveres e o papel dos poderes constituídos e (2) as instituições e práticas que crescem em torno desses princípios e pressupostos”³⁹.

A explicação oferecida por David Strauss para o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense é criticada por Jack Balkin. Para esse último autor, os tribunais não estariam necessariamente à disposição da sociedade para ouvir

³⁴ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 35.

³⁵ BALKIN, Jack., p. 1134, 2012. Tradução livre de: “What Strauss means by ‘common law decision making’, then, must include more than the work of the Supreme Court, or even courts in general; it must also include the work of the federal and state governments and other unspecified government actors”.

³⁶ BALKIN, Jack. 2011 b, p. 35, 49 e 69.

³⁷ BALKIN, Jack. p. 1135, 2012.

³⁸ BALKIN, Jack. p. 1136, 2012. Tradução livre de: “Although Strauss tends to emphasize the holy trinity of precedents, practices, and traditions, much of the constitutional regime is institutional and was built through statute and administrative regulation”.

³⁹ BALKIN, Jack. 2011 b, p. 109. Tradução livre de: “We might define a constitutional regime as consisting of (1) basic principles and assumptions about constitutional rights, duties, and powers and the proper role of government and (2) the institutions and practices that grow up around these principles and assumptions”.

suas demandas por mudanças do regime constitucional. Ao contrário do que Strauss pretende comprovar com sua tese, os órgãos do Poder Judiciário não teriam apenas essa função responsiva aos anseios sociais. Eles seriam também atores importantes para a explicação, legitimação e manutenção do regime constitucional em vigor⁴⁰.

Isso porque “os tribunais seriam parte do regime constitucional em vigor. Muito do que eles fazem é manter o regime, legitimá-lo e garanti-lo”⁴¹. Assim, a ideia da possibilidade de manutenção do regime constitucional pelos próprios tribunais oferece uma leitura alternativa à pretensão de Strauss explicar o desenvolvimento constitucional segundo o modelo decisional do *common law*. Dessa maneira, “os tribunais não estariam simplesmente mantendo os ouvidos atentos e se ajustando às demandas sociais por mudanças; em vez disso, estariam participando ativamente da construção do regime dominante e legitimando-o também”⁴².

Além disso, considerando a pluralidade de vozes que necessariamente compõe uma sociedade, seria difícil sustentar algo parecido como demandas inequívocas que precisariam ser reconhecidas pelos tribunais. É que David Strauss caracteriza o *common law* como um sistema “no qual precedentes evoluem, moldados por noções de justiça e boa governança”⁴³. A questão, portanto, argumenta Jack Balkin, seria melhor colocada se o interesse de Strauss fosse direcionado a saber quais seriam as questões levadas aos tribunais, como tais questões seriam respondidas pelos órgãos jurisdicionais e o porquê o sistema do *common law* deveria respondê-las.

O modelo tradicional de desenvolvimento do *common law* vê os juízes como responsivos a algo chamado “sociedade”, em vez de mudanças e desafios ao regime constitucional. Mas pode não haver uma única coisa chamada “sociedade”; em vez disso, a vida social pode ser bastante heterogênea e diferenciada em várias instituições e subculturas, com lutas por poder e reconhecimento entre muitos tipos diferentes de instituições e grupos. Se a sociedade é heterogênea dessa maneira, então, dizer que através do processo de tomada de decisão típico do *common law*, os juízes respondem à sociedade, pode nos dizer algo que não seja muito útil ou interessante. O que queremos saber é a quais elementos, institui-

⁴⁰ Sobre isso, em maior detalhe, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 287-293; BALKIN, Jack. p. 1136-1138, 2012.

⁴¹ BALKIN, Jack. p. 1136, 2012. Tradução livre de: “Courts are part of the existing constitutional regime. Much of what courts do is maintain the regime, legitimate it, and police it”.

⁴² *Ibid.*, p. 1137. Tradução livre de: “Courts are not simply keeping their ears to the ground and adjusting to changing times and mores; instead they are actively participating in the construction of the dominant regime and legitimating it as well”.

⁴³ STRAUSS, David. p. 36, 2010. Tradução livre de: “The kind of development I describe – in which precedents evolve, shaped by notions of fairness and good policy”.

ções ou aspectos da vida social os juízes respondem e por qual razão eles o respondem. Se a sociedade é heterogênea e institucionalmente diferenciada, seus interesses e valores podem não ser unitários ou mesmo coerentes; eles podem ser competitivos e fraturados. A sociedade pode não ter um conjunto claro ou coerente de costumes, necessidades ou demandas às quais o modelo de tomada de decisão do *common law* poderia responder; em vez disso, a vida social pode apresentar uma mistura complicada de afirmações feitas por diferentes grupos e interesses que estão constantemente mudando e evoluindo⁴⁴.

David Strauss sustenta a tese de que o *common law* explicaria as transformações pelas quais a Constituição estadunidense passou durante seu período de vigência. Nessa linha de raciocínio, os tribunais trabalhariam com conceitos e precedentes que somente deveriam ser abandonados ou transformados quando os mesmos se mostrarem insuficientes. A noção por detrás desta tese é a de que os entendimentos sobre o sentido de uma disposição constitucional formados em determinado momento perderiam sua funcionalidade no decorrer do tempo.

No entanto, conforme anota Jack Balkin, a perspectiva defendida por Strauss ocultaria uma série de fatores que seriam imprescindíveis para a compreensão do processo de evolução do sistema constitucional estadunidense. Fatores institucionais poderiam influenciar diretamente esse processo. A renovação dos membros do Poder Judiciário poderia, por exemplo, fazer com que entendimentos constitucionais fixados anteriormente sejam revistos, ou até mesmo superados. Da mesma maneira, o resultado das eleições presidenciais e a composição do Senado Federal também poderiam influenciar diretamente esse processo⁴⁵.

Por outro lado, a ideia de que a manutenção de um precedente foi se tornando insustentável ao longo do tempo também é questionada por Balkin. Ora, considerando o pluralismo característico das sociedades modernas, sempre ha-

⁴⁴ BALKIN, Jack. p. 1138, 2012. Tradução livre de: “The traditional model of common-law development sees judges as responsive to something called ‘society’, rather than to changes in and challenges to a constitutional regime. But there may not be a single thing called ‘society’; rather, social life may be quite heterogeneous and differentiated into various institutions and subcultures, featuring struggles for power and recognition among many different kinds of institutions and groups. If society is heterogeneous in this way, then saying that through common-law decision making judges respond to society may not tell us very much that is helpful or interesting. What we want to know is what elements, institutions, or aspects of social life judges respond to and why. If society is heterogeneous and institutionally differentiated, its interests and values may not be unitary or even coherent; they may be competitive and fractured. Society may not have a clear or coherent set of mores, needs, or demands that common-law decision making could respond to; rather, social life may feature a complicated mixture of claims made by different groups and interests that are constantly shifting and evolving”.

⁴⁵ Sobre os constrangimentos institucionais impostos aos juízes pelo sistema constitucional estadunidense, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 16-20, 74-99, 293-296; BALKIN, Jack. p. 1145, 2012.

verá defensores e opositores de um entendimento constitucional. Para aqueles, uma doutrina constitucional formada no passado não apenas poderia ser sustentada no tempo em que a mesma fora construída, como também continuaria parecendo adequada até os dias atuais. Para estes, no entanto, o mesmo entendimento sobre o sentido constitucional poderia ser inadequado desde o momento em que fora firmado.

Isso quer dizer que nem sempre objeções a determinado precedente serão apenas de ordem funcional. Elas também poderão ser de ordem política e ideológica. Nesse sentido, ao contrário do que defende Strauss, um entendimento constitucional se mostraria passível de superação não porque algum observador externo, apolítico e não especificado entenda que, por razões pragmáticas, o mesmo mereça ser revisto ou abandonado, mas devido à pressão de atores sociais e de fatores institucionais nas disputas do sentido constitucional.

Em contraste, uma abordagem do *common law* na qual as decisões são gradualmente derrubadas porque os juízes acabam por considerá-las “impraticáveis” não toca nessas características fortemente políticas – e fortemente contingentes – do desenvolvimento constitucional. De fato, tal abordagem as obscurecem. No entanto, devemos prestar atenção a essas e outras características institucionais do sistema constitucional, se quisermos entender como a Constituição viva realmente funciona na prática. Tais fatores institucionais incluem o sucesso de mobilizações e contra-mobilizações, resultados eleitorais, as demandas políticas enfrentadas pelos presidentes, a composição do Senado, os candidatos qualificados e confirmados disponíveis aos Presidentes no momento da nomeação [aos órgãos do Poder Judiciário e à Suprema Corte], o papel dos meios de comunicação e o tempo e esforço investido pelas organizações da sociedade civil na reformulação da opinião pública sobre questões constitucionais e na organização de campanhas de litigância estratégica⁴⁶.

Mantendo a metáfora arbórea de Strauss, Jack Balkin sustenta ser mais importante investigar as origens das raízes da Constituição viva estadunidense do que

⁴⁶ BALKIN, Jack. p. 1149, 2012. Tradução livre de: “By contrast, an account of the common law in which decisions are gradually overturned because judges eventually find them ‘unworkable’ does not touch on these strongly political – and strongly contingent – features of constitutional development. Indeed, it obscures them. Yet we must pay attention to these and other institutional features of the constitutional system if we want to understand how the living Constitution actually works in practice. Such institutional factors include the success of mobilizations and countermobilizations, election results, the political demands facing presidents, the composition of the Senate, the qualified and confirmable candidates available to Presidents at the time of appointment, the role of mass media, and the investments of time and effort by civil society organizations in reshaping public opinion about constitutional issues and in staging concerted litigation campaigns”.

saber para onde seus galhos crescem. É que para Balkin, em diálogo com Strauss, uma árvore não é algo que simplesmente cresce e se alastra por aí. Pelo contrário, ela é fixada em algum lugar pelas suas raízes que a estabiliza, alimenta e a mantém viva. Igualmente, uma matriz institucional de restrições e influências estabilizaria, constrangeria, nutriria e sustentaria a Constituição viva dos Estados Unidos da América. A partir de então, essas instituições da cultura política estadunidense permitiriam que os mais variados grupos sociais articulassem e expressassem suas opiniões na sociedade civil, na mídia, nas ONGs, nos partidos políticos, nas campanhas de litígio estratégico nas legislaturas e nos tribunais estaduais e locais.

Em “*Living Originalism*”, Jack Balkin sustenta que a Constituição viva estadunidense seria constituída pelos processos de construção e de manutenção do regime constitucional⁴⁷. Da sua perspectiva, o constitucionalismo vivo não deveria ser uma corrente que tentaria prescrever um modelo decisional a ser seguido pelos juízes. Não seria, portanto, uma teoria de como os juízes deveriam decidir os casos submetidos à sua apreciação para tornar o trabalho destes mais consistentes com as exigências de ordem democrática. Em vez disso, o propósito de Balkin é o de descrever os processos por meio dos quais a mudança constitucional ocorre, tanto no âmbito dos poderes constituídos, quanto no âmbito da sociedade civil, para, a partir de então, explicar como esses processos promoveriam a legitimidade democrática do sistema constitucional estadunidense como um todo ao longo do tempo. Nesse sentido, apenas parte da construção e da manutenção do regime constitucional poderia ser descrita a partir do modelo decisional do sistema do *common law*, que, por sua vez, não se preocuparia em explicar os propulsores da mudança e da manutenção, seja nas instituições estatais, seja na sociedade civil⁴⁸.

Da perspectiva de Jack Balkin, o constitucionalismo vivo não deveria ser compreendido como uma teoria direcionada somente aos juízes. Segundo o autor, o constitucionalismo vivo deveria estar direcionado a todos os cidadãos que queiram saber como sua Constituição opera na prática e como seu sistema constitucional se modifica ao longo do tempo de maneira legítima, por meio do processo por ele denominado de construção constitucional (*constitutional construction*)⁴⁹. Como uma das faces da interpretação constitucional, a construção constitucional (*constitutional construction*) envolve a implementação e aplicação da Constituição por meio de todos os métodos interpretativos disponíveis⁵⁰.

⁴⁷ Os parágrafos que se seguem, resumem os argumentos utilizados pelo autor nos capítulos 13 e 14 da obra *Living originalism*. Sobre isso, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 277-339.

⁴⁸ Sobre isso, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 278.

⁴⁹ Sobre as pressuposições que devem orientar a doutrina do constitucionalismo vivo para uma abordagem mais útil, *Ibid.*, p. 279.

⁵⁰ Sobre isso, *Ibid.*, p. 5. Nas palavras do autor: “O que as pessoas chamam de ‘interpretação constitucional’ envolve mais de uma atividade. A primeira é a determinação do significado. A segunda atividade é a construção constitucional – implementação e aplicação da Constituição

Para Jack Balkin, o texto constitucional estadunidense constitui um projeto (*framework*) aberto ao futuro e que, justamente por isso, deve perdurar ao longo de várias gerações. Da sua perspectiva, cada geração deveria fazer sua parte para manter a continuidade deste projeto inaugurado pelos convencionais da Filadélfia, de modo que o seu sentido permaneça sempre adequado às necessidades e aos valores do povo estadunidense⁵¹. Esse projeto se realizaria pelo método interpretativo do texto e princípio (*text and principle*).

O método do texto e princípio requer fidelidade ao significado original da Constituição e, em particular, às regras, padrões e princípios estabelecidos pelo texto constitucional. Também requer que nós apuremos e fiquemos fiéis aos princípios que fundamentam o texto, e que façamos construções constitucionais que melhor apliquem o texto constitucional e os princípios a ele associados à luz das circunstâncias atuais⁵².

Da perspectiva dos participantes, o processo de construção constitucional (*constitutional construction*), por meio do método do texto e princípio (*text and principle*), faria com que eles se vissem como responsáveis pelos rumos tomados pela sua própria Constituição, na medida em que a participação no projeto constitucional permitiria a eles alterar, argumentativamente, o sentido das disposições constitucionais. Por outro lado, a relação entre os poderes constituídos também contribuiu para o processo de evolução daquele sistema constitucional. Para o autor, portanto, mudanças constitucionais ocorreriam devido a (1) mudanças na cultura constitucional; (2) na forma encontrada pelos tribunais para racionalizar e legitimar as políticas públicas implementadas pelo governo federal; e (3) na composição dos órgãos do Poder Judiciário, por meio dos processos de nomeação de novos juízes⁵³.

por meio de todas as modalidades de interpretação: argumentos históricos, de estrutura, de ethos, consequencialistas e precedentes”. Tradução livre de: “What people call ‘constitutional interpretation’ involves more than one activity. The first is the ascertainment of meaning. [...] The second activity is constitutional construction – implementing and applying the Constitution using all of the various modalities of interpretation: arguments from history, structure, ethos, consequences, and precedent”.

⁵¹ Sobre isso, *Ibid.*, p. 21-34.

⁵² *Ibid.*, p. 3. Tradução livre de: “The method of text and principle requires fidelity to the original meaning of the Constitution, and in particular, to the rules, standards, and principles stated by the Constitution’s text. It also requires us to ascertain and to be faithful to the principles that underlie the text, and to build out constitutional constructions that best apply the constitutional text and its associated principles in current circumstances”.

⁵³ Isso quer dizer que, apesar de terem sido promulgadas doze emendas constitucionais durante o século XX, essas emendas não oferecem um retrato exato das principais mudanças ocorridas no constitucionalismo estadunidense nos últimos cem anos. De acordo com o autor, essas emendas dizem pouco sobre as grandes transformações constitucionais ocorridas naquele país, dentre elas: o crescimento do Estado de bem-estar social, a expansão dos poderes presidenciais, a criação do estado de segurança nacional, ou a revolução dos direitos civis. Sobre isso, *Ibid.*, p. 318-320.

Devido ao fato de que a Constituição estadunidense está envolta a uma série de forças políticas, econômicas e sociais, a expressão “constituição viva” compara a Constituição a um organismo vivo que se desenvolve e se transforma em resposta aos estímulos oferecidos por tais forças. Justamente por isso, Jack Balkin argumenta que os juízes não deveriam estar situados no centro dos processos de mudança constitucional, pois, por mais que quisessem, eles mesmo assim não conseguiriam controlar as pressões por mudanças impostas ao sistema constitucional estadunidense.

Aliás, não apenas os juízes não conseguiriam, por assim dizer, tomar as rédeas dos processos de desenvolvimento constitucional estadunidense. É que de acordo com Balkin, ninguém e nenhuma instituição poderia garantir qual o caminho será seguido por uma constituição viva no futuro. Não haveria como garantir para onde os processos de mudança constitucional levarão a Constituição estadunidense. Se a um futuro permeado por grandes injustiças ou até mesmo por desastres políticos, ou, ao contrário, a um futuro marcado pela superação das desigualdades e pelo aprimoramento das formas de boa governança. O sucesso de uma constituição não é garantido por seu texto, nem pelas suas instituições e tampouco pela capacidade supostamente distintiva do povo que vive sob seus preceitos. Não há um roteiro que deva ser seguido para que se alcance, por meio de uma constituição, o progresso e a justiça.

Isso quer dizer que por mais que a Constituição ofereça as condições de possibilidade para a evolução do sistema constitucional estadunidense, ela não é capaz de por si própria garantir que este projeto constitucional tenha um final feliz. A história da humanidade mostra que instituições não duram para sempre e com a Constituição estadunidense não seria diferente. Não há nada que garanta a permanência e tampouco o sucesso daquele projeto constitucional. Nesse sentido, sustenta Balkin, que é preciso ter fé, não apenas no texto constitucional, mas também nas práticas herdadas das gerações passadas e no trabalho que será realizado pelas gerações do presente e do futuro no sentido de dar continuidade ao desenvolvimento do projeto constitucional.

Ao conceber que o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense está diretamente relacionado às disputas interpretativas sobre o melhor sentido que deveria ser extraído das disposições constitucionais, Balkin acredita que o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense seria dependente das disputas em torno do melhor sentido das disposições constitucionais daquele país à luz das necessidades do presente⁵⁴. Não é sem motivo que, segundo o autor, “o fato de a Constituição estar nas mãos dos cidadãos estadunidenses, e não simplesmente nas mãos dos juízes, é a razão pela qual aquela Constituição ainda vive”⁵⁵.

⁵⁴ Sobre a postura que deve ser adotada pelo povo estadunidense para a legitimação do seu projeto constitucional e os riscos inerentes a essa postura, BALKIN, Jack. 2011 a, p. 33-138.

⁵⁵ BALKIN, Jack. 2011 b, p. 339. Tradução livre de: “The fact that the Constitution is in all of our hands, and not simply the hands of the justices, is the reason why our Constitution still lives”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do debate instaurado entre David Strauss e Jack Balkin é possível constatar em quais aspectos os autores diferenciam o processo de evolução da Constituição estadunidense. Para Strauss, o processo de tomada de decisão jurisdicional proporcionado pelo sistema do *common law* garantiria a legitimidade democrática necessária para o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense. Isso porque, na sua visão, juízes e tribunais se manteriam responsivos aos anseios sociais por mudanças do sentido que se expressaria nas disposições constitucionais daquele país, sem desconsiderar, contudo, as tradições, as práticas institucionais e os precedentes acumulados ao longo do tempo.

Por sua vez, segundo Jack Balkin, Strauss daria uma ênfase excessiva aos processos de tomada de decisão dos órgãos jurisdicionais, acabando, assim, por desvalorizar outros atores relevantes para o desenvolvimento constitucional estadunidense. Balkin sustenta que as mudanças constitucionais observadas em solo estadunidense são produto da influência de uma série de fatores que vão desde as pressões exercidas pelos cidadãos e pelas instituições da sociedade civil em geral, até questões relativas ao desenho institucional adotado pela Constituição de 1787. Assim, juízes e tribunais seriam apenas mais um dos atores que participam do processo de evolução do sistema constitucional estadunidense. Preocupado em focar nas raízes da Constituição viva estadunidense, Jack Balkin sustenta que os juízes são importantes atores no processo de evolução constitucional estadunidense, contudo eles não estão sozinhos nesta empreitada, razão pela qual seria preciso considerar que o sentido da Constituição se altera em resposta às lutas políticas e sociais e a estímulos institucionais em torno dela. Tendo em vista o embate entre interpretativistas e não interpretativistas, originalismo e constitucionalismo vivo, a proposta do autor se mostra sensível à necessidade de compatibilizar ambas as perspectivas teóricas. Por isso, seu projeto teórico denomina-se originalismo vivo. A evolução do sistema constitucional estadunidense, então, é compreendida como um processo que guarda fidelidade ao texto constitucional cujo sentido está aberto à construção, no presente, pela sociedade civil e pelos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. American exceptionalism in constitutional amendment. *Arkansas Law Review*. Fayetteville, v. 69, n. 2, p. 217-252, 2016. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2094&context=lsfp>. Acesso em: 20/09/2020.

- BALKIN, Jack M. Agreements with hell and other objects of our faith. *Fordham Law Review*. New York, v. 65, n. 4, p. 1703-1738, 1997. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/26/>. Acesso em: 20/09/2020.
- BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M. The roots of the living Constitution. *Boston University Law Review*. Boston, v. 92, n. 249, p. 1129-1160, 2012. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4609/. Acesso em: 20/09/2020.
- BILLIAS, George. *American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective*. New York: New York University Press, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- GARDBAUM, Stephen. The myth and the reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*. Michigan, v. 107, n. 3, p. 391-466, dez. 2008. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss3/1/>. Acesso em: 20/09/2020.
- GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*. New York, v. 13, n. 3, p. 686-713, jul. 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/13/3/686/2450807>. Acesso em: 20/09/2020.
- GREENWALD, John. The world: a gift to all nations. *Time*. Monday, 6th July, 1987. Disponível em: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,964901,00.html>. Acesso em: 28/09/2020.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176002/000468011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/09/2020.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. Um processo de desmistificação: compreendendo criticamente o constitucionalismo estadunidense. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 9-32, set./out. 2018.
- SCHEIPS, Paul. Significance and adoption of article V of the Constitution. *Notre Dame Law Review*. Indiana, v. 26, n. 1, p. 46-67, 1950. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3758&context=ndlr>. Acesso em: 20/09/2020.
- STRAUSS, David A. *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TARR, Allan G. Explaining state constitutional changes. *Revista do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 3, n. 2, p. 9-32, mai./ago. 2016. Disponível: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46487>. Acesso em: 20/09/2020.

VERSTEEG, Mila; ZACKIN Emily. American constitutional exceptionalism revisited. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 81, n. 4, p. 1641-1707, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416300. Acesso em: 20/09/2020.

WHITTINGTON, Keith. The new originalism. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Washington, v. 2, p. 599-613, 2004. Disponível em: https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/new_originalism_0.pdf. Acesso em: 20/09/2020.

Data de recebimento: 06/10/2020

Data de aprovação: 28/12/2020

**A CORTE EM CIMA DO MURO:
DIREITO INDIVIDUAL
À SAÚDE VERSUS INTERESSE COLETIVO¹**

**THE COURT ON THE WALL: THE DISSIDERATION
OF THE COLLECTIVE INTEREST BY THE STF AND
ITS INFLUENCE ON HEALTH JUDICIALIZATION**

*Alessandra Brustolin**
*Edinilson Donizete Machado***

RESUMO

A judicialização da saúde é uma complexa controvérsia político-institucional, que têm atingido os múltiplos níveis de governo. Apesar da ampla produção acadêmica sobre o tema, a judicialização da saúde ainda é um problema ainda sem solução no Brasil. Pesquisas recentes apontam que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) pode estar contribuindo com o agravamento dessa situação. Diante disso, surge o problema de pesquisa: em que medida a postura do STF contribui para a judicialização da saúde? A hipótese de que a Corte pode estar contribuindo para o agravamento da situação foi confirmada. Foi possível concluir que ao longo dos anos a postura indecisa adotada pelo STF, que desconsidera o interesse coletivo frente ao direito fundamental individual e isso pode comprometer a realização do direito à saúde.

-
- ¹ Artigo baseado na dissertação em processo de elaboração, intitulada “Justiciabilidade de medicamentos experimentais: o posicionamento das Cortes da Colômbia e África do Sul e as contribuições para o Brasil”, a ser apresentada para obtenção do título de Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR
- * Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR. Especialista. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Univel, Cascavel/PR, e da Rede Gonzaga de Ensino Superior, Realeza/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7897449138181057>. Endereço postal: Rua Terezina, 2093, apto. 4, Recanto Tropical, Cascavel/PR. Endereço eletrônico: alessandrabr.adv@outlook.com.
- ** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Especialista. Coordenador do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas *lato sensu* em Direito. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP e da Universidade Estadual Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5801377676380146>. Endereço postal: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Av. Manoel Ribas, 215, Jacarezinho/PR, CEP: 86400-000.

Palavras-chave: Direitos sociais. Interesse coletivo. Direito à saúde. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718/MG.

ABSTRACT

The judicialization of health is a complex political-institutional controversy, which has reached multiple levels of government. Despite the wide academic production on the subject, the judicialization of health still an unsolved problem in Brazil. Recent studies indicates that the Federal Supreme Court (STF) itself may be contributing to the worsening of this situation. Therefore, the research problem arises: to what extent does the STF posture contribute to the judicialization of health? The hypothesis that the Court may have contributed to the worsening of the situation has been confirmed. The article concludes that, over the years, the indecisive stance adopted by the STF, which disregards the collective interest in face of the individual fundamental right, and this can compromise the realization of the right to health.

Keywords: Social rights. Collective interest. Right to health. Supreme Federal Court. RE 657.718/MG.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é, em parte, responsável pelo crescente papel institucional do Poder Judiciário no espaço público do país, diante das promessas constitucionais não efetivadas. Com o direito à saúde, isso não foi diferente.

O Judiciário brasileiro que, logo após a promulgação da CF/88, ainda tinha uma atuação tímida, diante das dificuldades de efetivação deste direito pelas demais esferas de governo, foi convertido em uma nova arena de reivindicação de direitos sociais. Desde então, inúmeras foram as críticas lançadas à atuação judiciária, especificamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), que com o passar dos anos passou a adotar posturas questionáveis e, muitas vezes, interferindo nas escolhas políticas, governamentais e técnicas que integram as políticas de saúde.

De um lado, essas intervenções nem sempre são pautadas por critérios minimamente objetivos e racionais, provocando insegurança jurídica no tratamento dado ao tema, além de faltar aos magistrados capacidade institucional para enfrentar questões técnicas e complexas sobre saúde pública. Por outro lado, os atores políticos não podem simplesmente ignorar os riscos da judicialização no planejamento e execução das políticas públicas, o que, ao final, aumenta as tensões institucionais entre os poderes do Estado.

Gradativamente, isso culminou uma complexa controvérsia político-institucional, atingindo os múltiplos níveis de governo. Em primeiro lugar, porque questões orçamentárias e de eficiência administrativa na execução de políticas públicas de saúde passaram a ter sua legitimidade contestada na esfera judicial,

deslocando para este *locus* o conflito entre o indivíduo e o Poder Público. Em segundo lugar, a ausência de critérios claros e razoavelmente objetivos que embasem as decisões judiciais provoca consequências negativas na organização e planejamento dos serviços públicos de saúde.

Muitos são os enfoques direcionados ao problema, principalmente, aqueles que questionam a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões que envolvem a criação de políticas públicas ou aqueles que vislumbram no âmbito do Poder Executivo uma possível solução.

Este artigo, por outro lado, objetiva uma nova proposta de discussão e, dessa forma, indicar caminhos que possam levar a uma possível solução para o problema. Na contramão do caminho que vinha sendo trilhado pela produção acadêmica, estudos recentes (2019/2020) apontam indícios de que tanto o problema quanto a solução da judicialização da saúde concentram-se no próprio STF.

As conclusões do estudo realizado por um grupo de pesquisadores ao serviço do CNJ (2019) e da pesquisa de Natalia Pires de Vasconcelos (2020), referenciados ao longo do estudo, apresentam indicativos de que o próprio STF pode ser o responsável pela experiência da busca em larga escala do Judiciário para solucionar questões que envolvem a saúde em âmbito nacional. Diante disso, questiona-se: em que medida a postura do STF contribui para a judicialização da saúde? A hipótese é a de que o STF, com o seu posicionamento, tem contribuído para o agravamento da judicialização.

O artigo se divide em duas seções, tendo como objetivo geral analisar de forma crítica o posicionamento da Corte e apresentar a sua percepção a partir do direito constitucionalmente tutelado. O primeiro capítulo busca verificar o posicionamento adotado pelo STF a partir da promulgação da CF/88 com relação ao direito à saúde com base na produção acadêmica e jurisprudência da Corte sobre a temática. O segundo, tem como objeto de análise especificamente o posicionamento da Corte no julgamento do RE 657718/MG. Os métodos utilizados foram o dedutivo e análise de caso.

DIREITO À SAÚDE, POSICIONAMENTO DO STF E REPERCUSSÕES

O exercício da função jurisdicional tem como objetivo assegurar a vontade do Poder Constituinte, uma vez que como guardião da Constituição, espera-se que controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado.

Hesse¹ concluiu seu estudo sobre a força normativa da Constituição sob a afirmação de que não se deveria esperar que as tensões entre a ordenação cons-

¹ HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

titucional e a realidade política e social deflagrassem um sério conflito, mas admitiu não ser possível a previsão sobre o desfecho de tal embate, diante da confirmação de que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. Bonavides² faz a mesma advertência ao advertir que “a obediência aos comandos normativos da Constituição evita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se distanciam da rigidez de seus cânones”.

Por mais contemporâneas que sejam essas teorias, entre elas a do pós-positivismo de Dworkin³, seus fundamentos partem de dogmas já consolidados na doutrina, como é o caso dos postulados da unidade, coerência ou outros, para a formulação de críticas ou adesão a determinada linha de argumentação.

Alexy⁴ demonstra que o campo de incidência da sua teoria compreende a estruturação do ordenamento a partir do Estado Constitucional Democrático e, portanto, de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento. De acordo com Canotilho⁵ a articulação de princípios e regras iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno “[...] assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, se assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios”⁶.

Assim, a probabilidade de uma decisão ser correta será sempre maior, quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido⁷.

A grande dificuldade que se apresenta atualmente, mesmo diante de tais considerações, reside justamente sobre a prestação efetiva e adequada da tutela jurisdicional e a discussão que ganhou espaço no debate jurídico tem como tema o ativismo judicial, defendido por alguns e rechaçado por outros.

Ao longo dos anos, o Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das formas de expressão do poder estatal⁸. E, assim, a desempenhar um importante papel político no desenho institucional. Esta se tornou uma das problemáticas a serem enfrentadas

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 484.

³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes., *op. cit.*, p. 1.099.

⁷ MACHADO, Edinilson Donizete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

⁸ MACHADO, Edinilson Donizete. *Ibid.*

pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente, por seu impacto na formação de políticas públicas.

O posicionamento do STF nas demandas que envolvem a saúde já há alguns anos vem sendo questionado por defensores⁹ e aqueles que atacam o ativismo judicial. Na maioria das vezes, o debate insiste na análise dos *limites* de atuação do Tribunal nas questões que envolvem políticas públicas com base na teoria da separação dos poderes. Este, todavia, não é o enfoque que se pretende realizar.

A parte das discussões que envolvem questões como o conceito, origem e aplicação (ou não) do ativismo judicial, o que por si só já suscitaria uma produção científica autônoma – que não é o objetivo deste artigo – a discussão sobre o ativismo judicial, também envolve e está relacionada à problemática existente entre o ativismo judicial e a judicialização da política.

Esse tema é igualmente objeto de controvérsias jurídicas. Isso porque a doutrina chamada de judicialização da política¹⁰ propõe que as questões políticas se afastem da decisão judicial em seu contexto de escolha, ficando restrito ao controle do exercício da política por meio do ordenamento.

O ativismo judicial, apesar de ter se tornado um importante meio de acesso a direitos também reflete uma complexa (e problemática) solução para a tutela dos mesmos direitos. Aqui também não se pretende discutir a (i) legitimidade do Judiciário na criação de políticas públicas, mas avaliar se a atuação judicial ainda que para complementação de políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo tem sido ou não positiva, na medida em que a realização de direitos sociais implica em custos, ou seja, gastos públicos¹¹.

Nos casos de omissão ou deficiência no agir do Estado que comprometa a eficácia de direito fundamental, o artigo 5º, §1º, da CF/88 ao conferir aplicabilidade imediata a estes direitos possibilita eles sejam reclamados perante o Judiciário. Essa tutela jurisdicional consensualmente designada nos trabalhos produzidos sobre o assunto como positiva, mas isso não a afasta dos problemas decorrentes.

O texto constitucional ao garantir o direito à saúde em seu *grau máximo* e lhe conferir aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF/88) possibilita a *plena justiciabilidade* deste direito incluindo, inclusive, os medicamentos experimentais. Assim, com base na constituição brasileira, não é possível evitar que demandas sobre essa matéria cheguem aos tribunais.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁰ LOEWNSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. *Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

O que se parece maleável é a *interpretação judicial*. Da análise da tese desenvolvida por Silva¹², é possível concluir que a aplicação de uma teoria interna dos direitos fundamentais e a busca pela vontade do legislador, ou seja, daquilo que o legislador pretendia proteger e o tratamento dos direitos sociais como se tivessem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, não conduzem para a resolução do problema da judicialização. Por outro lado, incluir no processo de ponderação e da aplicação da proporcionalidade, interesses coletivos não protegidos diretamente por direitos, permite uma aproximação da solução.

Diante disso, sem considerar fatores externos que serão levantados de forma crítica ao longo desta seção, tem-se como objetivo específico mapear o comportamento do STF nos últimos anos, verificando se a postura adotada considera interesses coletivos não protegidos diretamente por direitos e as repercussões deste posicionamento, com ênfase na análise do julgamento do RE 657.718 (Minas Gerais).

Com o passar dos anos, em detrimento da postura “autocontensiva” que vinha sendo adotada, o Judiciário passa a atuar de forma “ativista”¹³. Essa não é e aqui nem se pretende retratar como sendo uma questão simples, mas que decorre da análise e compreensão de uma série de noções e fatores. É justamente em razão da complexidade que envolve esses conceitos, que eles não serão abordados no trabalho, visto que não consistem a centralidade do artigo, mas não poderiam deixar de ser mencionados.

No que refere ao direito à saúde, a primeira decisão no âmbito do STF relevante para a análise realizada nesse estudo e que também reflete essa mudança de postura é a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello em sede de Medida Cautelar na Pet 1246 MC/SC – SANTA CATARINA, que reconhece de forma irrestrita; de aplicabilidade imediata; e em dimensão estritamente subjetiva o direito à saúde na sua interconexão com o direito à vida ao paciente (menor impúbere portador de “Distrofia Muscular de Duchene” que segundo consta na decisão não dispunha de condições para custear o tratamento) em detrimento do “interesse financeiro e secundário” do Estado de Santa Catarina¹⁴.

A decisão proferida no RE 271.286 no ano de 2000, tendo novamente como Relator o Ministro Celso de Mello que condenou solidariamente o Município de Porto Alegre e o estado do Rio Grande do Sul a fornecerem gratuitamente me-

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibid.*, p. 593.

¹³ LIMA, Flávia Danielle Santiago. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 300 f. *Tese* (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013. p. 208.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Pet 1246 MC SC – SANTA CATARINA*. Ministro Celso de Mello, 1997.

dicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes portadores do vírus HIV e destituídos de recursos, destacando-se a decisão do STF no AGRG n. 271.286-8.

Alguns pontos seguem o entendimento adotado em 1997: a relação “indisociável” com o direito à vida; a consideração única do direito à saúde em seu aspecto subjetivo; que o Poder Público deve garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos cidadãos, “inclusive àqueles portadores de HIV”; imposterabilidade da efetivação do dever constitucional; a prevalência do respeito indeclinável à vida e à saúde humana sobre um “interesse financeiro e secundário do Estado”; que a posição adota pelo Tribunal confere “efetividade” ao texto constitucional; a legitimidade jurídico-constitucional do Judiciário, diante do dever que se impõe ao Poder Público “qualquer que seja a dimensão institucional” em que este atue no plano de nossa organização¹⁵.

Foi assim que os tribunais se tornaram uma rota alternativa (e rápida) para o acesso aos serviços de saúde, a partir de então compreendido como o acesso a medicamentos que estão nas listas governamentais ou só são disponibilizados no mercado¹⁶.

Essa pode parecer, à primeira vista, uma “história de sucesso” na justiciabilidade de direitos sociais, mas a consequência que decorre dessa decisão é apontada como motivo de preocupação em alguns estudos, principalmente “[...] por promover o alargamento das hipóteses de tutela a direito individual”¹⁷.

Houve o crescimento das demandas individuais em saúde com o êxito para os autores em 85% dos casos entre janeiro de 1997 e junho de 2004 em pesquisa empírica realizada no ano de 2004, envolvendo todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em 93% das decisões sobre concessão de medicamentos, constatou-se que o direito à saúde foi individualmente considerado e não houve preocupação com eventual existência de política pública ou não, implantada pelo governo¹⁸. Esse cenário se deu no mesmo período em que “[...] a política de combate à AIDS do governo brasileiro – que inclui a distribuição gratuita de medicamentos, entre outras medidas – é considerada pela Organização Mundial da Saúde como uma das mais eficazes do mundo”¹⁹.

¹⁵ STF. *Ibid.*, p. 1421.

¹⁶ BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz. v. 23, n. 1, p. 173-192, jan./mar 2016.

¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 135.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da., *op. cit.*, p. 594 *apud* FERREIRA, Duran et al., 2004.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibid.*, p. 595.

No ano de 1996, quando respostas globais ao HIV/AIDS eram mais baseadas em prevenção, o Brasil tornou-se o primeiro país do sul global a assinar uma lei e aprovar uma política de distribuição livre e universal de medicamentos antir-retrovirais (ARVs). Nos anos seguintes, o Brasil assistiu à formação de alianças sem precedentes entre ativistas, reformadores governamentais, órgãos multilaterais e a indústria farmacêutica. E foi assim que o país consolidou-se como líder no esforço global para universalizar o acesso ao tratamento da AIDS²⁰.

Mesmo diante de uma política efetiva e de reconhecimento mundial, confirma-se diante desse desenho, que o Judiciário foi convertido em uma estrada de via rápida para o acesso a medicamentos, tanto aqueles constantes nas listas de medicamentos oficiais, quanto os medicamentos de alto custo e de caráter experimental e que o Judiciário tanto não percebia esse fenômeno de forma racional quanto ignorava suas consequências.

O problema da influência que o marketing realizado pela indústria farmacêutica exerce sobre a prescrição médica, objeto de pesquisa, realizada por Pepe e Veras²¹ quando relacionado ao crescimento do mercado farmacêutico no Brasil e ao litígio pelo tratamento que ocorre no contexto de um sistema descentralizado e disfuncional de saúde pública.

Isso foi observado por Bihel e Petryna²² sob a perspectiva do que os autores chamam de “fator chave”: o fato de que “[...] pacientes de baixa renda não estão simplesmente aguardando que o mercado eventualmente baixe os preços e torne as novas tecnologias médicas acessíveis: eles estão usando a assistência jurídica pública e as alavancas de um Judiciário responsivo para obter acesso agora”.

Além disso, há indícios de que os municípios, em termos orçamentários, são os maiores prejudicados com as decisões judiciais que obrigam o fornecimento de bens e serviços de saúde, especialmente, medicamentos²³.

O Judiciário, portanto, têm sido um importante ator político e que esse não pode ser um fenômeno isoladamente considerado. Daí que a mudança na cultura de uma atual “sociedade da automedicação”, o crescimento da indústria farmacêutica no Brasil e o aumento da justiciabilidade de medicamentos, especialmente experimentais, enquanto fatores inter-relacionados, como vem sugerindo estudos recentemente publicados, devem ser levados em consideração para

²⁰ BIEHL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 177.

²¹ PEPE, Vera. Lucia Edais; VERAS, Claudia Maria Travassos. A prescrição médica. *Instituto de Medicina Social*. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. n. 111.

²² BIHEL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 176.

²³ WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, p. 1191-1206, set./out. 2014.

compreender e iluminar possíveis soluções para a judicialização da saúde no Brasil e seus reflexos.

Outras importantes decisões no âmbito do STF que envolvem postulações relativas ao direito à saúde e à demanda de medicamentos poderiam ser mencionadas (ADI 5.592; RE 657.718; ADI 4.066; RE 566.471; RE 855.178). Mas por já terem sido objeto de outras pesquisas empíricas ou não, o estudo desse complexo de decisões não é, contudo, o foco do artigo.

A reiteração do comportamento judicial interventivo estendendo-se a políticas públicas nos mais diversos campos tem evidenciado fragilidades que podem se manifestar em detrimento do objetivo formalmente enunciado, que é aquele do empoderamento dos direitos sociais²⁴.

O traçado das próprias políticas públicas em execução é ainda insuficientemente denso ou por vezes sequer existe, a margem de alternativas postas ao controle jurisdicional aumenta, já que ausente o critério de racionalidade formal emanado da lei. Essa a razão para advertir-se quanto aos riscos de regressão decorrentes do favorecimento ao controle judicial de políticas públicas, ao menos no modelo substitutivo desenvolvido ordinariamente na crônica da jurisprudência nacional²⁵.

Para além das controvérsias que questionam a legitimidade do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente sobre o povo, para interferir nas escolhas feitas pelos outros Poderes (Executivo e Legislativo) em face a escassez de recursos, o volume das demandas judiciais que envolvem casos de saúde cresceu significativamente ao longo dos anos e a “judicialização da saúde” é atualmente uma preocupação em todas as esferas de governo, mas que é também essencialmente jurídica.

Alguns importantes “indicadores da judicialização da saúde” com base em pesquisa realizada pelo CNJ²⁶: 1) Levando-se em consideração a base de dados utilizada na pesquisa, o litígio por medicamentos corresponde a 91% (noventa e um por cento) das demandas, concluindo-se que “[...] no que se refere à judicialização contra o SUS, os medicamentos são responsáveis por grande maioria das demandas”²⁷.

²⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. de 2013.

²⁵ VALLE Vanice Regina Lírio do., *Ibid.*, p. 396.

²⁶ INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. In: AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (coord.). *Conselho Nacional de Justiça*, 2019.

²⁷ INSPER. *Ibid.*, p. 128.

Outro fator que se destaca na pesquisa realizada pelo CNJ²⁸ é o forte indício que a atual demanda de saúde perante os tribunais é individual. Isso porque o estudo concluiu que apenas 2,35% das demandas são intituladas “coletivas” e que mesmo estas promovem interesses individuais²⁹.

Um problema que é frequentemente levantado na academia refere-se ao questionamento seguinte: até que ponto as intervenções do Judiciário favorecem os mais excluídos? Nesse ponto residem algumas das críticas que vem sendo realizadas à atuação do judiciária no sentido de que este seria um espaço “privilegiado” e que as demandas não refletem as mazelas da sociedade, especialmente as que chegam até o STF.

Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados³⁰.

Há quem afirme que não é “[...] sustentável ou, pelo menos, não será universalizável – a crítica de que os tribunais sejam necessariamente porta-vozes das elites [...]”³¹, porque a arena do Judiciário tem sido palco na sindicabilidade de diversas pautas importantes e tem avançado na tutela de direitos fundamentais e sociais.

A “tese da judicialização pelas elites”³² foi trabalhada em estudo realizado por Medeiros, Diniz e Schwartz³³, concluindo que essa tese não pode ser confirmada e nem refutada: “[...] Não há como dizer que a judicialização é uma questão de classe. O que se coloca é se essa conclusão pode ser extrapolada para a judicialização de outros medicamentos ou mesmo outros tipos de judicialização da saúde”.

A pesquisa realizada pelo INSPER³⁴ também sugere que o perfil dos demandantes é um dado importante com relação ao fenômeno da judicialização da saúde, especialmente em sua dimensão a acesso a medicamentos. Aponta-se a existência de indicadores diversos sobre hipossuficiência econômica, sendo que isso é uma variante de acordo com cada estado da federação considerado.

O estudo indica a variação nos indicadores de hipossuficiência econômica, sugerindo que um quinto das demandas são oriundas de pessoas em situação de

²⁸ INSPER. *Ibid.*, p. 128.

²⁹ INSPER. *Ibid.*, p. 134.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. 2009.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 145-146.

³² MEDEIROS, Marcel; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. v. 18, n. 4, p. 1079-1088, 2013.

³³ MEDEIROS, Marcel; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. *Ibid.*, p. 1096.

³⁴ INSPER., *op. cit.*, p. 72-73.

vulnerabilidade econômica. Esse é um dado importante e, apesar da pesquisa assim não concluir, sugere um índice de baixa justiciabilidade pela parcela menos abastada da sociedade e, sobretudo, daquela que possui acesso à via processual.

Essa não é uma questão que se pretende aprofundar, mas já foi considerado que se existe um problema distributivo que deve ser discutido no âmbito da judicialização da saúde, ele não parece estar na origem de classe daqueles que recorrem aos tribunais, mas reside em outros fatores³⁵.

A demanda por medicamentos tem ocupado posto de maior de relevância no índice de judicialização da saúde pública. Verificou-se que até os anos de 1998 esse tipo de demanda envolvia quase que exclusivamente medicamentos para o tratamento do HIV/AIDS, mas com a implantação da política universal para tratamento da doença (1999), atrelado ao surgimento de novas patologias e consequentemente a modernização dos serviços de saúde e de medicamentos com cada vez menos efeitos colaterais, a demanda de medicamentos pela via judicial sofreu um aumento significativo³⁶.

Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil (consolidando, de uma forma mais ampla, a farmacêuticalização da saúde), os vários braços do governo ainda precisam desenvolver avaliações sólidas da tecnologia em saúde³⁷.

A crescente judicialização da saúde no Brasil é normalmente percebida como um reflexo de políticas públicas ruins ou de investimentos insuficientes. Essa percepção tem como principal consequência a assumida tendência de grande parte dos juízes de pressupor que todas as demandas de saúde resultam de falhas do Estado. No entanto, os dados coletados em pesquisa realizada pelo CNJ no ano de 2019, apontam que os obstáculos para solução dos problemas relacionados à judicialização da saúde estão sob o controle do próprio Judiciário e são fruto da discricionariedade que gozam os vários tribunais.

A ausência de um padrão comum seguido, restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária³⁸, pendente ainda de uma solução eficaz. Isso faz com que o Poder Judiciário se torne um dos principais atores da judicialização da saúde no que se refere às suas causas e consequências. Ressalte-se ainda o papel político e de impacto das políticas públicas.

É questionável o “[...] o posicionamento sistematicamente favorável do STF às demandas individuais coexiste com uma atuação mais estrutural da Corte,

³⁵ MEDEIROS, Marcel; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein., *op. cit.*, p. 1096.

³⁶ BIEHL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 183.

³⁷ BIEHL, João; PETRYNA, Adriana, *Ibid.*

³⁸ INSPER., *op. cit.*

que procura gerir a judicialização por meio do Conselho Nacional de Justiça³⁹. Este é um dos fatores determinantes para compreender o contexto das demandas de saúde no Brasil e a aparente contradição que envolve a sua atuação enquanto “parte do problema” e “gestora” da solução de um impasse que ajuda a criar⁴⁰.

A grande dificuldade têm sido o modo como a Corte concebe o problema. No ano de 2009 já se tinha conhecimento do panorama de judicialização e das complexidades que decorriam deste fenômeno. Tanto que foram buscadas estratégias para a solução. Nesse mesmo ano, após quatro audiências públicas que haviam sido realizadas, o STF convocou uma audiência pública com a finalidade de ouvir opiniões de autoridades no âmbito do SUS, que envolvem desde informações jurídicas até científicas e políticas⁴¹.

O que chama atenção é que “[...] a maior parte dos expositores selecionados [pelo Ministro Gilmar Mendes] pertencia ou a gestão da saúde federal ou eram operadores do direito, o que explica certa prevalência de posições críticas em relação à judicialização⁴². Após a realização da audiência pública, a STA-175 no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi a primeira decisão importante na busca de respostas para a judicialização da saúde. Todavia, “[...] foi utilizada poucas vezes contra a pretensão de demandantes. Das vinte decisões monocráticas em ações de saúde em que é citada, apenas 4 decisões são favoráveis a administração pública⁴³.

O STF teve papel determinante na experiência de justiciabilidade do Brasil, diante da atuação contraditória da Corte, que ora sustenta posição favorável a demandas individuais de medicamentos e tratamentos hospitalares e ora promove ações para reduzir a judicialização da saúde, destacando-se a atuação ativa e fiscalizatória do CNJ visando a redução dos indicadores.

Sem ignorar os acontecimentos que sucederam esse período até o ano de 2019, o Recurso Extraordinário 657.718/MG, julgado pela Corte em 2019 teve como tema central analisado a possibilidade de concessão de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA⁴⁴.

A CORTE EM CIMA DO MURO: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 657.718/MG E A DESCONSIDERAÇÃO DO INTERESSE COLETIVO

O processo principal originário discutia o fornecimento do medicamento não registrado na ANVISA (Mimpara 30 mg) para o tratamento de hiperparati-

³⁹ VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*. v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

⁴⁰ VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 87

⁴¹ VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 87.

⁴² VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 90.

⁴³ VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 90.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 657718 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019.

reoidismo secundário, sendo a autora da ação portadora de insuficiência renal em diálise. O caso foi objeto do RE 657.718 interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O juízo de primeiro grau condenou o Estado ao fornecimento do medicamento pleiteado e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão a fim de dar procedência ao pedido do Estado.

A temática, em razão da sua relevância sócio jurídico e econômico-política, por tratar sobre o fornecimento ou não de medicamento, com restrições pela normativa brasileira, para tratamento indispensável de um indivíduo, culminou no reconhecimento da repercussão geral, sendo, portanto, admitido o Recurso Extraordinário, que ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Relator destacou a insegurança quanto ao uso de um medicamento que não possui registro na ANVISA, precisamente por ser condição essencial para fins do art. 12 da Lei n. 6.360/1976, ou seja, necessários à industrialização, comercialização e importação do produto, sendo que a inobservância do dispositivo configura uma conduta ilegal.

Segundo o Ministro, o registro na ANVISA pressupõe a eficácia do produto, isso porque, a submissão ao crivo técnico do controle de qualidade, visa permitir ou não sua circulação no território nacional. Desse modo, o Ministro Marco Aurélio em seu voto entende que cancelar experiências laboratoriais, terapêuticas, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontornáveis pelas autoridades públicas, é permitir o experimentalismo farmacêutico a expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições⁴⁵.

O STF no julgamento do recurso não retira da ANVISA a autoridade técnico-legal se certo produto ou substância possui um nível de qualidade de forma a não provocar prejuízos ao corpo humano, medindo aqueles que comprovadamente não oferecem riscos à saúde humana e, via de consequência, registrando-os.

Nos termos da decisão, o Poder Judiciário não poderia colocar em risco a vida de um indivíduo em particular, diante da arguição de garantir o direito à saúde, ao coagir o Estado a fornecer um medicamento, o qual não possui segurança técnica quanto aos seus efeitos, segundo atestado pela ANVISA.

O Ministro *não levanta o problema escassez de recursos, mas abre precedente para a judicialização de medicamento de alto custo*, registrado pela ANVISA, mesmo que não integre as listas do SUS, nos casos de hipossuficiência do paciente, deixando abertos os critérios para estabelecer em que casos o medicamento poderá ser concedido.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

Em conclusão, votou pelo desprovimento do recurso e propôs a fixação da seguinte tese: “[...] o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”⁴⁶.

No entanto, em seguida, fez um acréscimo ao seu voto, modificando o seu entendimento, decidindo pelo provimento parcial, de forma a assegurar que poderia haver o fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa pelo Poder Público quando estes fossem certificados em outros países e desde que, perante prova de que o adquirente do remédio é hipossuficiente.

Dado o posicionamento adotado em decisões anteriores, a decisão não gera maiores surpresas. Entretanto, simplesmente ignora o problema orçamentário e considera o direito à saúde como um direito que guarda estrutura de um direito individual e imediatamente realizável. Também desconsidera importante aspecto que se ressalta da teoria de Silva, os *interesses da coletividade*.

Foi reformulada a presunção da tese no sentido de que o Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na ANVISA, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que *comprovada à indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e possua registro no país de origem*.

O posicionamento não foi seguido pela maioria do plenário, predominando posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso. Argumenta que a Constituição Federal prediz a saúde como um direito fundamental social de todos, como sendo um dever do Estado, garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF/1988, arts. 6º e 196)⁴⁷.

Do voto de Barroso extrai-se em reiteração que a Corte concebe o direito à saúde como um *direito individual e imediatamente realizável*, adotando, deste modo, uma posição baseada na teoria interna dos direitos fundamentais, eis que desconsidera qualquer restrição externa a este direito, isto é, que decorre de circunstâncias fáticas ou jurídicas. Deste posicionamento, segundo Silva, não é possível extrair a solução para a inflação judiciária no número de ações⁴⁸.

Obviamente que a realização e a garantia de qualquer direito pelo Estado têm um custo, mas no caso de direitos sociais e econômicos, esse custo é bem mais

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 152.

elevado⁴⁹. Ocorre que decisões como essa custam muito mais dinheiro. Implicam, para além dos gastos com a realização dos direitos sociais econômicos no âmbito do Poder Executivo, mas interferem na “conta comum de todos os direitos”⁵⁰.

Apesar de ser possível verificar em outras passagens da decisão a menção a um cenário de “crise econômica e estrutural na esfera da saúde pública brasileira”⁵¹, a todo o tempo é reforçada a ideia da saúde como um direito de *proteção do indivíduo*.

O entendimento foi firmado no sentido de que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sendo excepcionalmente possível, o fornecimento de medicamentos não submetidos ao crivo do registro sanitário, porém com eficácia e segurança cientificamente comprovados.

No julgamento do (RE) 657718, o STF concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA. Todavia, possibilitou, excepcionalmente a concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário, no caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, desde que presentes três requisitos específicos: “I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil”⁵².

As regras fixadas, ao invés de oferecerem critérios razoáveis para serem utilizados por magistrados e desembargadores em ações que envolvam a demanda de medicamentos experimentais colocam maior responsabilidade em todos os atores da judicialização da saúde, inclusive, o próprio Judiciário, ao permitir *excepcionalmente*, a concessão judicial de medicamento sanitário, sem enfrentar questões complexas e delicadas que não podem ser ignoradas.

Na ordem jurídico-constitucional brasileira não há, propriamente, uma definição mais precisa do conteúdo e das prestações no âmbito da saúde. Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil, ainda se demonstra a carência no debate público sobre o significado e quanto ao objeto do direito à saúde diante dos novos avanços da medicina⁵³.

Deve-se atentar também para os aspectos mais abrangentes do direito à saúde, incluindo intervenções infraestruturais e com respeito aos determinantes sociais da saúde, como educação, água potável, sanea-

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da., *op. cit.* p. 593.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da., *Ibid.*, p. 594.

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *op. cit.*

⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

⁵³ BIHEL João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 183.

mento, controle de vetores, poluição do ar e prevenção da violência. Enquanto isso, pacientes cidadãos-consumidores, de difícil definição, valem-se da linguagem e da jurisprudência dos direitos humanos, e fazem com que os governos funcionem para eles, enquanto navegam os imprevistos do mercado e da sobrevivência. [...] o sujeito econômico que toma a decisão racional (necessariamente um consumidor de tecnologia) também é o sujeito de direitos jurídicos⁵⁴.

A experiência do Brasil representa uma abordagem dos direitos sociais como garantias quase que imediatamente realizáveis pelo Estado a indivíduos específicos que se não realizados através da política constitucional de saúde, são efetivados por litígios individuais que resultam em decisões *inter-partes* que obrigam o Estado a financiar ou fornecer medicamentos específicos⁵⁵.

A Colômbia, sem ignorar as particularidades de cada ordem constitucional e ressaltados todos os aspectos que diferenciam este país do caso brasileiro, principalmente a situação de influência política direta que não pode ser ignorada, se destaca pela alta justiciabilidade do direito à saúde. Todavia, a repercussão deste posicionamento naquele país não foi positiva.

Prada e Chaves⁵⁶ apontam que a interferência do Judiciário no espaço social forçou ajustes regulatórios do poder público. Young e Lemaitre⁵⁷, ao analisarem essa situação, concluem que a experiência de justiciabilidade e privatização da saúde na Colômbia, atrelada à má administração do governo “[...] resultaram em um sistema que incentivava o aumento das despesas governamentais, que nem sempre se refletiam na melhoria da prestação de serviços de saúde. Segundo as autoras, talvez a maior preocupação que decorreu disso é a falta de crescimento nos serviços preventivos de saúde”⁵⁸.

O Brasil e Colômbia parecem estar trilhando o mesmo caminho. O protagonismo de juízes, desembargadores e magistrados tem interferido na alocação dos recursos de saúde, sob uma perspectiva individualista e, muitas vezes, elitista. Isso faz com que se afastem cada vez mais da noção mundialmente estabelecida de saúde enquanto “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁵⁹.

⁵⁴ BIHEL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 183-184.

⁵⁵ ROSEVEAR, Evan. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 3, set./dez. 2018, tradução nossa.

⁵⁶ PRADA, C.; CHAVES, S. Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study (tradução livre). *Critical Public Health*, 2018. p. 8.

⁵⁷ YOUNG, K.; LEMAITRE R. J. The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa (tradução livre). *Harvard Human Rights Journal*. v. 26, p. 182, 2013.

⁵⁸ YOUNG, K.; LEMAITRE R. J., *op. cit.*, p. 183, tradução nossa.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Feita em Nova Iorque, 22 de julho de 1946.

Ao se estabelecer a concessão de medicamentos fora das listas do SUS e de alto custo, as Cortes voltando-se e privilegiando a ascensão de uma saúde curativa, o que ao invés de resolver todos os problemas que decorrem da escassez de recursos ou da má gestão destes recursos, pode polarizar ainda mais os conflitos existentes e estabilidade do acordo constitucional mais amplo.

CONCLUSÃO

Comungando a análise do posicionamento do STF percebe-se que o Tribunal, ao utilizar a indefinição constitucional como sustentáculo e para não enfrentar questões que demandam enfrentamento, ainda é orientado pelo viés individual do direito à saúde, na lógica do “quanto mais direitos, melhor”.

Ocorre que tal posicionamento, especialmente com relação à concessão de medicamentos experimentais, não é capaz de colocar uma solução ao problema da judicialização. Pelo contrário, acaba por privilegiar uma minoria que é capaz de acessar a via judicial na busca por tratamentos que tanto não se encontram previstos na política de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS), quanto não possuem registro perante o órgão de regulação do país ANVISA, em detrimento daqueles que se encontram sem condições mínimas e dignas de existência e desassistidos diante do deslocamento de verbas que seriam empregadas em políticas preventivas.

Esperava-se que o STF por meio da decisão proferida no RE 657718/MG estabelecesse critérios razoáveis para a questão que envolve os medicamentos experimentais. Todavia, a Corte permaneceu em cima do muro. Da análise do acórdão, foi possível concluir que o STF, em sede de repercussão geral, diferenciou medicamentos “experimentais” de “medicamentos sem registro” na ANVISA.

Para o primeiro caso, concluiu pela impossibilidade de concessão pelo Judiciário, mas com relação ao segundo é que se concentram as maiores críticas. O STF permite, excepcionalmente, a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA nos casos em que o registro do medicamento já tenha sido solicitado ao órgão e tenha ocorrido demora injustificada para apreciação ou quando cientificamente questionada a decisão da Agência sobre o registro do medicamento. Sobre a concessão do medicamento, o STF dá apenas algumas pistas do que deve ser considerado pelos magistrados das instâncias inferiores, estabelecendo alguns poucos critérios abertos sobre quando o medicamento poderá ser concedido, como por exemplo, no caso de hipossuficiência do paciente, sem sequer esclarecer o que se considera hipossuficiência neste aspecto.

Estas são algumas das críticas apresentadas à decisão, mas a principal delas diz respeito à postura da Corte que ainda ignora a escassez de recursos, privilegia as demandas individuais e investe em uma perspectiva de saúde curativa, o que não tem se mostrado uma experiência de sucesso em países como a Colômbia, por exemplo.

O Brasil e a Colômbia possuem situações muito similares. Da experiência da Colômbia, verificou-se que a atuação da Corte Constitucional Colombiana foi determinante nos rumos que seguiu a judicialização da saúde e, consequentemente, de todos os problemas decorrentes. No caso do Brasil, há também indícios de que o posicionamento do STF é que contribuiu para os rumos da judicialização no âmbito nacional. Há evidências, de que restringir a justiciabilidade de medicamentos experimentais é contribuir para a solução da judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROSO, L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz. v. 23, n. 1, p. 173-192, jan./mar. 2016.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. *BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)*. São Paulo, v. 12, n. 3, p. 220-226, 2010.
- HESSE, K. *Elementos do direito constitucional da República da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. In: AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (coord.). *Conselho Nacional de Justiça*, 2019.
- LIMA, F. D. S. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 300 f. *Tese* (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013.
- LOEWNSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986.
- MACHADO, E. D. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública* [online]. v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Feita em Nova Iorque, 22 de julho de 1946, num único exemplar, em línguas chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, sendo cada um dos textos igualmente autêntico. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-daSaude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 07/02/2020.

PEPE, V. L. E.; VERAS, C. M. T. A prescrição médica. *Instituto de Medicina Social*. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. n. 111.

PRADA, C.; CHAVES, S. Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study (tradução livre). *Critical Public Health*, 2018.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 3, set./dez. 2018.

SARLET, I. W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?* Porto Alegre; Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

SARMENTO, D. A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2009. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 19/11/2019.

SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, V. A. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. *Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *RE 657718 MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019.

VALLE, V. R. L. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. 2013.

VALLE, V. R. L. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*. v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, p. 1191-1206, set./out. 2014.

YOUNG, K.; LEMAITRE R. J. The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa (tradução livre). *Harvard Human Rights Journal*. v. 26, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920289. Acesso em: 10/09/2019.

Data de recebimento: 14/10/2020

Data de aprovação: 11/12/2020

A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011 NA FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL

THE PARTIAL UNCONSTITUTIONALITY OF THE COMPLEMENTARY LAW 140/2011 IN ENVIRONMENTAL CONTROL

*Paulo Campanha Santana**
*Márcia Dieguez Leuzinger***

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade do Art. 17, § 3º, da LC 140/2011, que estabelece a prevalência de auto de infração ambiental do órgão licenciador, em caso de duplicidade de atuação com ente diverso. A análise deve-se ao fato de a proteção do meio ambiente estar no rol da competência comum prevista no artigo 23 da Constituição Federal de 1988, cuja cooperação entre os entes federativos foi regulada por esta lei complementar. Ademais, ela define que um órgão prevalece em relação a outro, sem considerar a estrutura dos envolvidos, onde vários possuem precária condição de atuação. Portanto, o mencionado dispositivo normativo é parcialmente inconstitucional, sem redução de texto, em razão das circunstâncias dos órgãos envolvidos, estando em trânsito para constitucionalidade.

* Pós-doutorando em Direito e Novas Tecnologias pelo Mediterranea International Centre for Human Rights Research (MICHR) – Reggio Calabria, Itália. Advogado. Mestrado e doutorado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Coordenador do curso de Direito e professor da graduação e do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). E-mail: pcampanhap@gmail.com. Telefone: (61) 98141-4977. Endereço: SQS 102, bloco D, apto. 306, Asa Sul, Brasília/DF, CEP: 70.330-040. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2078012822920263>.

** Procuradora do Estado do Paraná em Brasília/DF – Brasil, mestre em Direito e Estado, doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB) – Brasília/DF, Brasil, pós-doutora pela University of New England, Armidale (Armidale – NSW, Austrália), professora de Direito Ambiental da graduação, do mestrado e do doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Brasília/DF, Brasil. E-mail: marcia.leuzinger@uol.com.br. Telefone: (61) 99985-0235. Endereço: SQSW 103, bloco A, apto. 604, Brasília/DF, CEP: 70.670-301. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1126026846563992>.

Palavras-chave: Lei Complementar 140/2011. Fiscalização ambiental. Inconstitucionalidade parcial.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the constitutionality of Article 17, paragraph 3, of LC 140/2011, which establishes the prevalence of the environmental infraction notice of the licensing body, in case of duplication of notice with different entity. The analysis is due to the fact that the protection of the environment is part of the common competence provided for in article 23 of the Federal Constitution of 1988, whose cooperation between federal entities was regulated by this complementary law. Furthermore, it defines that one entity prevails over another, without considering the structure of those involved, where several have a precarious condition of performance. Therefore, the aforementioned article is partially unconstitutional, without reducing the text, due to the circumstances of the organs involved, being in transit to constitutionality.

Keywords: Complementary Law 140/2011. Environmental control. Partial unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

A cooperação entre os entes da federação está prevista desde a Constituição Federal de 1934, no seu artigo 9º, mas era apenas entre União e Estados, tendo a Constituição de 1946 consolidado a estrutura cooperativa no federalismo brasileiro. Em 1988, a Carta Magna passou a prever expressamente esta cooperação entre todos os entes da federação, em seu artigo 23. Este artigo prevê um rol de competências comuns, em função do interesse público na preservação de certos bens, o que demanda soma de esforços¹.

Para regulamentar a cooperação na proteção ambiental, entrou em vigor a Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011. Esta Lei trata do licenciamento e da fiscalização ambiental, além de apresentar um rol exemplificativo de instrumentos de cooperação a serem celebrados entre os entes da federação. Ela define que apenas um ente federativo será responsável pelo licenciamento ambiental.

Entretanto, na atuação fiscalizatória dos entes federativos em atividades e empreendimentos que não tenham sido por eles licenciados, a norma prevê que, se um auto de infração for lavrado em duplicidade por mais de um ente da federação, prevalecerá o que foi lavrado pelo órgão licenciador, ou seja, desconsidera o auto de infração lavrado pelo ente não licenciador. Esta prevalência não estabelece limite temporal para que ela ocorra, não leva em consideração a capacida-

¹ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39, 42, 56 e 113.

de estrutural do órgão licenciador, não avalia a norma utilizada para aplicação de eventual multa aplicada e nem considera a efetividade do ente na proteção do meio ambiente. Logo, ela torna-se mais vulnerável.

Até a entrada em vigor desta Lei, a fiscalização da União era supletiva à atuação dos órgãos estaduais e municipais (Art. 10, § 3º, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981), sem o estabelecimento de condições. O parágrafo 4º deste artigo também foi revogado, dissociando o impacto ambiental dos casos de licenciamento ambiental de responsabilidade da União, restringindo-se a uma lista de hipóteses.

Com isso, poderá ocorrer um evidente retrocesso na proteção do meio ambiente, muitas vezes impulsionado por exclusivos interesses econômicos. Inclusive, o próprio projeto desta Lei foi apresentado em conjunto com outros do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal, com o objetivo de eliminar entraves jurídicos e burocráticos para novos empreendimentos.

Por fim, enfrentar-se-á a possível inconstitucionalidade da LC 140/2011, nas questões fiscalizatórias, diante da (in)efetividade dos entes da federação nas autuações ambientais. Nestas, serão tratados os valores autuados e arrecadados e as principais infrações ocorridas, a conversão das sanções em serviços ambientais, a inconstitucionalidade na diferença dos valores da multa, os casos de duplicidade de autuação.

A FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011

A redação original do *caput* do artigo 11 da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, previa que competia à Secretaria Estado do Meio Ambiente (SEMA) propor ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) normas e padrões de para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento previsto no seu artigo 10. Com a entrada em vigor da Lei n. 7.804, de 1989, o artigo foi alterado e esta competência passou a ser do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), mantendo toda a redação restante.

O parágrafo 1º deste artigo 11 estabelecia que a fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental seriam exercidos pela SEMA, em caráter supletivo, da atuação do órgão estadual e municipal competentes. Com a mencionada lei de 1989, este exercício passou a ser do IBAMA. Entretanto, com a entrada em vigor da LC 140, de 2011, este parágrafo foi revogado, passando a nova lei tratar da fiscalização, deixando de existir o mencionado caráter de atuação supletiva.

O artigo 17 da LC 140/2011 dispõe que compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, lavrar auto de infração ambiental e instaurar

processo administrativo para apurar infrações à legislação ambiental cometidas pelo que se licenciou ou autorizou. O § 1º deste artigo prevê que qualquer pessoa legalmente identificada, se constatar infração ambiental em razão de empreendimento ou atividade que utilize recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode representar perante o órgão licenciador ou autorizador, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

O § 2º do artigo estabelece que, em caso de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tomar conhecimento do ocorrido deverá determinar medidas para evitar que se degrade a qualidade do meio ambiente, fazendo cessar ou mitigar a ocorrência. Imediatamente, o órgão competente deverá ser comunicado para as providências decorrentes.

O § 3º deste artigo², resumidamente, define que, se houver um dano ambiental decorrente de empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada por um órgão estadual ou municipal, e um órgão federal lavrar auto de infração em duplicidade com o licenciador, independentemente do valor sancionado ou do momento de ambas lavraturas, o auto do ente diverso do responsável pela licença/autorização será desconsiderado.

Por conseguinte, o acompanhamento e monitoramento das atividades ocorrem pelo empreendedor, que deve cumprir as normas ambientais em vigor, com todas as medidas preventivas para não ocorrência de dano ao meio ambiente; pelos órgãos fiscalizadores, que acompanham e avaliam o programa proposto; e por qualquer pessoa.

Entretanto, as consequências deste texto normativo podem ser nefastas para a proteção do meio ambiente, pois simplesmente define a prevalência do auto de infração do órgão licenciador, sem analisar a estrutura e eficiência deste órgão. Como exemplo, na hipótese de duplicidade de lavratura entre o IBAMA e um órgão estadual ou municipal, prevalecerá o auto do ente licenciador, sem qualquer avaliação de sua capacidade estrutural ou efetividade de cobrança.

Logo, diante da dimensão territorial do país, com tanta diferença de desenvolvimento entre as regiões, é necessário conhecer a estrutura estatal para defesa do meio ambiente, para poder ter a real noção dos reflexos desta lei complementar. Como nem todos os dados sobre a atuação estatal na proteção do meio ambiente estão disponíveis para acesso, há grande chance de ter uma percepção equivocada dos órgãos do Estado quanto à sua efetividade para atuar.

² Art. 17. (...) § 3º “O disposto no *caput* deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o *caput*”.

Enfim, a entrada em vigor da LC 140/2011, estabelecendo a prevalência do auto de infração do ente licenciador (Art. 17, § 3º, LC 140/2011) motivou discussões sobre a sua aplicabilidade, haja vista adentrar em questões do exercício do poder de polícia ambiental decorrente da competência comum material. Inclusive, para orientar o executivo federal, a procuradoria do IBAMA emitiu orientação a respeito, abordando a questão da duplicidade de autuação dos entes da federação, conforme será tratado a seguir.

PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

O artigo 78 do Código Tributário Nacional define o que se entende por poder de polícia³. Nas questões ambientais, este poder de polícia é exercido por várias polícias ambientais voltadas para proteção do meio ambiente, como a polícia sanitária, florestal, da pesca, das águas, entre outras. Ele ocorre no limite das competências que lhe são asseguradas, que, se ultrapassado, legitima o administrado (particular) a recorrer ao Poder Judiciário para garantir direito que lhe é constitucionalmente protegido⁴.

O Poder de Polícia Ambiental não é prerrogativa autônoma, e sim o poder de polícia que incide nas matérias ambientais⁵. Nas questões fiscalizatórias, encontra amparo no próprio artigo 225 e seu parágrafo 3º da CF/88, pois confere ao Poder Público o poder-dever de fiscalizar condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente. A atuação ocorrerá quando elas forem potenciais ou efetivamente poluidoras, tendo o constituinte conferido competência a todos entes da federação, podendo eles agirem simultaneamente no que se refere às matérias do artigo 23.

Cumpre destacar que o próprio licenciamento ambiental também é o exercício de poder de polícia. Ele avalia e limita que certa atividade potencialmente poluidora seja exercida, em razão do direito ao meio ambiente, pois as atividades que degradam recursos ambientais não se limitam à esfera individual do empreendedor, cabendo ao Estado atuar para que a atividade econômica e a preservação do meio ambiente conciliem-se. Portanto, se uma atividade mostrar-se viável do

³ Art. 78. Considera-se 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 a respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

⁴ BANUNAS, Ioberto Tatsch. *Poder de polícia ambiental e o município*. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 150-152.

⁵ RODRIGUES, Lucas de Faria. Autuações concorrentes e as infrações administrativas ambientais: a disciplina da Lei Complementar n. 140/2011. *Revista PGE/SP*. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 187, jan./dez. 2013.

ponto de vista socioambiental, o procedimento em que houver o licenciamento definirá as medidas que prevenirá os danos, mitigará os impactos e compensará os não mitigáveis⁶.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu, na Suspensão de Tutela Antecipada n. 286, que há uma fiscalização inerente ao licenciamento ambiental. O órgão que licenciar controlará e fiscalizará nos limites que licenciou a atividade ou empreendimento, sem que haja interferências de outros órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), salvo em situações legais excepcionais.

Em decisão no ano de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que licenciar não se confunde com fiscalizar. O Recurso Especial n. 1.728.334/RJ (relator Ministro Herman Benjamin, segunda turma, data do julgamento: 05/06/2018, publicação: 05/12/2018), em resumo, destacou que a fiscalização deve ser independente, preventiva e eficaz, além de outras características. Ressaltou, também, que se omitirem, descuidarem ou forem inertes na fiscalização, a proteção transmudar-se-á em “encenação estatal, típica do Estado Teatral, e, no seu rastro, revela-se um “Direito Ambiental de mentirinha”. O dever-poder de licenciamento não se confunde com o de fiscalização.

Na perspectiva constitucional, ao adentrar-se na repartição de competência prevista na Carta Magna de 1988, o artigo 23 trata da comum, onde todos os entes federativos a exercem. Nele, os incisos III, IV, VI, VII e XI preveem as questões ambientais⁷. Portanto, tal qual na legislativa concorrente, na comum, também caberá à União o comando geral, ou seja, o seu exercício seguirá uma hierarquia⁸.

Entretanto, se a cooperação não chegar a um consenso, sugerem-se dois critérios para solucionar eventual controvérsia, que será baseada na preferência: 1) do ente que tenha competência constitucional para o tema, que pode ser local, regional ou nacional; ou 2) para aquele que a Constituição preveja a competência expressa para o assunto⁹.

⁶ ELLOVITCH, Mauro da Fonseca. O controle judicial do licenciamento ambiental. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; BADINI, Luciano (coord.). *Meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 141-142.

⁷ A LC 140/2011 regulamenta os incisos III, VI e VII deste artigo. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; (...) VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – preservar as florestas, a fauna e a flora; e (...) XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

⁸ LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio ambiente: propriedade e repartição de competências*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. p. 134-135.

⁹ MUKAI, Toshio. A competência comum na Constituição de 1988 (artigo 23 e parágrafo único): distorções de interpretações. In: ROSSI, Fernando F. et al (org.). *Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 375.

O mencionado artigo 23 é a efetivação do mandamento constitucional do artigo 225 da Carta Magna, que impõe ao Poder Público a defesa e preservação ambiental. O rol deste artigo (23) propiciou aos entes federativos uma extensa atuação nas questões do meio ambiente, onde cada um poderá atuar concorrentemente. Com isso, cada um poderá atuar em conjunto ou em separado com este objetivo¹⁰.

Todavia, a previsão de lei complementar federal para fixar normas de cooperação dos entes da federação decorre do fato de a atuação comum não poder desperdiçar esforços nem os sujeitar à superposição de atividades. Eles devem atuar de forma cooperativa e harmônica, sem entrechoque¹¹. E esta cooperação é fundamental, diante da continentalidade do país e seus desafios.

No exercício da competência comum material, todos os entes da federação têm o poder-dever de cuidar pela observância dos princípios e regras de proteção ambiental. Para tanto, implementarão políticas e instrumentos de controle e fiscalização¹². Todavia, esta competência não pode tornar letra morta as competências privativas dos entes da federação, o que poderia gerar uma equivocada e inconstitucional interpretação. As normas para cooperação evitam que isso venha acontecer¹³.

Logo, na hipótese de a qualidade ambiental ser degradada ou na iminência de o ser, o outro ente federativo deve agir para evitar, fazer cessar ou mitigar tal situação¹⁴. A proteção do meio ambiente é uma questão nacional. O inciso VI da CF/88 prevê a proteção do meio ambiente no rol das competências comuns dos entes da federação. Portanto, cabe a todos eles agirem com este objetivo.

O município exerce a competência suplementar prevista no inciso II do artigo 30 da CF/88. O suplemento é da legislação federal e estadual, no que couber. Obviamente, este exercício está adstrito ao interesse local, seja tratando de matérias não reguladas pelos demais entes federativos, seja regulando-a no âmbito de seus jurisdicionados¹⁵.

Os entes da federação são competentes para aplicar a legislação ambiental, ainda que não a tenha editado no âmbito da sua competência local. Os municípios

¹⁰ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37-38.

¹¹ GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 116, out/dez, 1992.

¹² SALES, Rodrigo. *Auditoria ambiental e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2001. p. 182.

¹³ MUKAI, Toshio. A competência comum na Constituição de 1988 (artigo 23 e parágrafo único): distorções de interpretações. In: ROSSI, Fernando F. et al (org.). *Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 374.

¹⁴ CIRNE, Mariana Barbosa. A Lei Complementar 140/2011 e as competências ambientais fiscalizatórias. *Revista de Direito Ambiental*. v. 72, p. 67-113, 2013.

¹⁵ MARTINS, Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares. O município e as políticas públicas ambientais. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 176.

devem cumprir o mandamento constitucional de defesa e preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações. Logo, a ação municipal que se funde em mecanismos de controle previstos no nível federal e estadual devem estar nos seus programas de governo¹⁶.

A proteção e preservação do meio ambiente envolvendo os entes da federação enfrenta o desafio de definir o limite do impacto local e regional. Como garantir que o impacto local não se depare com o interesse de toda uma coletividade? Até que ponto o impacto local não comprometerá o equilíbrio de um ecossistema, com reflexos na qualidade de vida das pessoas? Por essa razão, elas (proteção e preservação) estão inseridas no exercício da competência comum material¹⁷.

Sobre esta temática, o STF entende que o fato de incluir certa função administrativa na competência comum não implica que todos devem agir simultaneamente. Por outro lado, lei complementar que estabeleça a cooperação entre os entes federativos não poderá demitir União e Estado de seus encargos constitucionais para descarregar sem limite sobre os entes municipais a proteção de bens de valor arqueológico e pré-histórico. (ADI 2.544, relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 28-6-2006). Em outra decisão, a Corte ressaltou que o poder de polícia em prol do meio ambiente decorre da competência comum (art. 23, VI, CF/88).

No mesmo sentido, o STJ decidiu que, se o órgão ambiental estadual se omitir na fiscalização, ainda que tenha outorgado a licença ambiental, o IBAMA pode exercer o poder de polícia administrativa, pois as competências de licenciar e fiscalizar não se confundem. A fiscalização para proteção do meio ambiente é decorrente da competência constitucional comum conferida aos quatro entes da federação (Agravo Regimental no Recurso Especial n° 711.405-PR, relator Ministro Humberto Martins, j. 28-4-2009).

A Colenda Corte, no Agravo Interno no REsp 1530546/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Data do julgamento: 07/02/2017, publicação: 06/03/2017, assim decidiu:

“não há falar em competência exclusiva de ente da federação para promover medidas protetivas, impondo-se amplo aparato de fiscalização a ser exercido pelos quatro entes federados, independentemente do local onde a ameaça ou o dano estejam ocorrendo, bem como da competência para o licenciamento. É certo ainda que a fiscalização das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao Ibama interesse jurídico suficiente para exercer poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja

¹⁶ MARTINS, Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares. O município e as políticas públicas ambientais. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 185.

¹⁷ CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. 2. ed. Campinas: Servanda, 2012. p. 37.

situado dentro de área cuja competência para o licenciamento seja do município ou do estado”.

Portanto, fica clara a distinção entre o licenciamento e a fiscalização ambiental, e, por vezes, a duplicidade de atuação dos entes da federação pode ocorrer, conforme será apresentado no tópico a seguir.

A FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL E A DUPLICIDADE DE AUTUAÇÃO NA LC 140/2011

A atuação dos entes federativos eventualmente depara-se com conflitos no exercício de suas competências, pois, em um mesmo território, aplicam-se três ordens jurídicas. Quando isto ocorre, como solução, aplica-se o princípio da subsidiariedade, onde o nível superior exerce a competência, quando não for possível ao inferior, ou seja, quem estiver mais próximo do poder local possivelmente terá melhores condições para sanar o surgimento de algum conflito¹⁸.

Este princípio da subsidiariedade é implícito no texto constitucional, no caso das competências comuns, uma vez que elas estão vinculadas aos interesses locais, não se limitando no campo da competência legislativa. Ademais, a não intervenção de instância política superior em determinadas hipóteses, como na omissão ou atuação insuficiente em um licenciamento ambiental, seria um “desserviço” para a proteção ecológica¹⁹. Esta situação também se caracteriza quando não há uma estrutura organizacional de um ente da federação para cumprir suas competências na proteção do meio ambiente.

No caso do § 3º do artigo 17 da LC 140/2011, que define a prevalência do auto de infração lavrado em duplicidade, há autor que defende que este dispositivo normativo evita o desperdício de recursos públicos e a perda da eficiência. Em consequência, torna irracional a atuação estatal, denominando a competência do ente licenciador de fiscalização primária, e a do não competente de colaborativa, na hipótese do § 3º do artigo 17, e de acautelatória, a do § 2º.

Diferentemente de quando há delegação de competência, pois ocorre a sub-rogação de quem delega. Em termos de lógica, o órgão que licencia tem mais capacidade de fiscalizar a atividade²⁰. Ademais, intencionou o legislador a cooperação e o diálogo para solucionar conflitos que ocorram por atuações que venham se sobrepor²¹.

¹⁸ KRELL, Andreas J (org.). *A aplicação do Direito Ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 219.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 204-205.

²⁰ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 61-64.

²¹ RODRIGUES, Lucas de Faria. Autuações concorrentes e as infrações administrativas ambientais: a disciplina da Lei Complementar n. 140/2011. *Revista PGE/SP*. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 187, jan./dez. 2013.

Em situações diversas das previstas neste artigo 17, ou seja, atividades que não sejam licenciáveis, o critério é o temporal para que seja definido o auto de infração que prevalecerá, em caso de duplicidade de atuação. Entretanto, esta dupla atuação estará configurada se os bens tutelados forem iguais. Do contrário, não poderá se falar em *bis in idem*. Como exemplo de não configuração desta hipótese, é quando o petróleo é derramado no mar, pois viola-se as normas ambientais e do setor petrolífero²².

Há posicionamento de que se o critério de escolha fosse a sanção mais severa, ela atentaria contra a moralidade administrativa, e criaria o que denomina de “corrida fiscalizatória”. Isto faria com que as sanções administrativas tivessem seus valores de forma artificial alavancados para cima. O ente fiscalizador tentaria se sobressair e conquistar espaço na mídia, tentando passar a mensagem de mais eficiente na tutela do meio ambiente²³.

Antes da edição da LC 140/2011, a Lei n. 9.605, de 1998, já previa no artigo 76, que, quando havia o pagamento de multa dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, ela substituía a multa federal, quando a hipótese de incidência era a mesma. Com a nova lei, não há mais esta compensação de multa, e sim o critério de prevalência na hipótese legal.

Na distribuição de funções entre os níveis de governo, a matéria ambiental está baseada no princípio da subsidiariedade, onde há entendimento que ela deve ser desenvolvida no nível mais próximo da população, não devendo o governo nacional ter competências que, de forma eficiente, possa ser cumprida pelos governos regionais. Da mesma forma, estes não devem voltar-se para o que está voltado para governos locais, pois a função ambiental deve ser desenvolvida pelo nível mais próximo da população²⁴.

Com a entrada em vigor da LC 140/2011, para interpretar as normas nela contida e suas consequências nas atribuições do IBAMA e na forma de condução do poder de polícia ambiental, no ano de 2012, foi instaurado procedimento administrativo no âmbito da Procuradoria Federal do IBAMA. Para tanto, naquele ano, as procuradorias federais especializadas do órgão em todo território nacional reuniram-se por meio de vídeo conferência, para discutir temas polêmicos referentes à nova lei.

Em razão da divisão de competência fiscalizatória entre os órgãos do Sisnama, foi elaborado um parecer jurídico sobre a aplicação do artigo 17 da lei em

²² BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 62-63.

²³ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 62-63.

²⁴ QUISPE, Iván K. Kanegra. *El (ausente) Estado ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima, 2008. p. 96-97.

estudo, aprovado pelo Procurador-Chefe Nacional do IBAMA e pelo Presidente do Instituto, como parecer normativo. Ela se tornou a Orientação Jurídica Normativa (OJN) n. 49/2013/PFE/IBAMA, ora em estudo.

Adentrando especificamente no ponto objeto desta pesquisa, a orientação definiu que, para atividades ou empreendimentos que utilizam recursos ambientais, de preferência, devem ser fiscalizados pelo órgão ambiental que licenciou, que terá as melhores condições técnico-administrativas para exercer esta função. Ele poderá avaliar eventual inobservância de condições e limites da licença concedida.

A previsão normativa consagra o princípio do licenciador-fiscalizador primário, evitando que um órgão interfira no mérito da decisão de outro. Se o órgão licenciador fiscalizou o empreendimento que tenha licenciado, aos outros órgãos do Sisnama não cabem instaurar processo administrativo que tenha o mesmo fim. Entretanto, se o órgão licenciador se omitir ou desconhecer eventual prática infracional, qualquer outro órgão ambiental poderá lavrar o correspondente auto de infração.

Todavia, o ato supletivo não prevalecerá perante o licenciador primário, se, uma vez cientificado da lavratura, decida lavrar auto próprio ou até mesmo entenda que a infração não foi cometida (Art. 17, §§ 2º e 3º), ainda que o fiscalizador supletivo discorde da decisão. O auto inicialmente lavrado prevalecerá na hipótese de o licenciador deixar de adotar qualquer medida.

Se o órgão licenciador primário optar por lavrar outro auto, o originalmente lavrado será desconsiderado se o substituto ocorrer até a constituição definitiva do crédito, que ocorre com a homologação por decisão irrecurável. A partir de então, o crédito da entidade estará constituído e será regido pelas normas financeiras (Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964) e de execução fiscal (Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980), e não pelas normas ambientais.

Enfim, a LC 140/2011 é um marco normativo com o objetivo de racionalizar o sistema de competências administrativas nas questões ambientais, anteriormente previstas em atos variados. Ela deixa claro que esta área comum não pode desperdiçar esforços, com sobreposição de atividades. Os entes federativos devem exercer suas competências de forma harmônica, cooperando uns com os outros. Com isso, os diversos poderes (locais, regionais e nacionais) limitar-se-ão por regras de interligação e de coexistência²⁵.

Sobre a autuação de mais de um ente da federação, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.132.682/RJ, relator Ministro Herman Benjamin,

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

Segunda Turma, data do julgamento: 13/12/2016, decidiu controlar e fiscalizar são competências constitucionais comuns a todos os entes da federação, devendo ser mantidas as multas da União e do município, em desfavor da Petrobrás, por ter derramado óleo na Baía de Ilha Grande, sendo a municipal no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e a de Angra dos Reis, no valor de R\$ 10 milhões (dez milhões de reais).

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, o TRF/1 decidiu que o IBAMA lavrou auto de infração por fato que já tinha sido autuado pela SEMA/MT, que é o órgão competente para a atividade de licenciamento, a quem cabe lavrar eventual auto e instaurar processo administrativo para apurar infrações às normas ambientais. Com esse entendimento, prevaleceu o auto da SEMA/MT (Agravo de Instrumento n. 0068772-25.2015.4.01.0000, relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma. DJe: 06/12/2016).

Neste mesmo alinhamento, o TRF/5 enfrentou a temática. Após o não pagamento de multa aplicada pela SEMACE, em razão da degradação em determinado Loteamento, o IBAMA não teria legitimidade para atuar, pois inexistiam requisitos da LC 140/2011, que autorizassem a atuação supletiva do Instituto, considerando também que a competência para licenciar é do Estado (Apelação Cível n. 00001600420114058103, relator Desembargador Federal Alexandre Luna Freire, Primeira Turma. DJe: 02/10/2017).

Portanto, pode-se constatar que em as decisões no âmbito desses TRFs o entendimento é da prevalência do auto de infração do órgão licenciador, bem como o competente para realizar o licenciamento. Em sentido diverso, o STJ entendeu que, no exercício da competência comum, devem prevalecer os autos de infração dos entes da federação que aplicaram multa.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 140/2011, NA QUESTÃO FISCALIZATÓRIA

No contexto da controvérsia existente do § 3º do artigo 17 da LC 140/2011, cumpre destacar que ela é presente, desde a tramitação de seu projeto de lei. Nesta fase, no final do ano de 2011, durante seu trâmite, o Presidente do IBAMA emitiu a Nota Técnica n. 6/2011-GAB/PRESID/IBAMA à então Ministra de Estado do Meio Ambiente, ressaltando a existência de dispositivos normativos que prejudicavam o meio ambiente.

Ele alegou que este prejuízo advém da limitação do poder de polícia do IBAMA, que atuava supletiva e cooperativamente, na vigência do revogado artigo 10, § 3º, da PNMA, aliado ao fato de os Órgãos Estaduais do Meio Ambiente (OEMAs) carecerem de estrutura e de pessoal. Argumentou, ainda, que a limitação da atuação de um dos entes da federação significaria um retrocesso ambiental.

Nesse alinhamento e por entender que este dispositivo (Art. 17, § 3º) é inconstitucional, a Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Especialista em Meio Ambiente e do Plano Especial de Cargos do Ministério do Meio Ambiente e do IBAMA – PECMA (ASIBAMA Nacional) ajuizou perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4757.

Ela foi protocolada no dia 9 de abril de 2012, arguindo esta inconstitucionalidade, e que o meio ambiente passou a ficar menos protegido com a sua entrada em vigor. Ela foi distribuída à Ministra Rosa Weber, e, no dia 5 de março de 2013, a Associação Nacional dos Órgãos Municipais do Meio Ambiente (ANAMMA) foi admitida na ação, na qualidade de *Amicus Curiae*.

Nesta ação, a parte autora destaca que a estrutura da maioria dos Estados e Municípios não está preparada para cumprir as competências privativas a eles estabelecidas pelo novel marco legal, por estarem inadequadas. Ela ressalta, também, que o citado artigo 225 da Constituição não permite o fracionamento privativo de atribuições do Poder Público para a defesa ambiental, sendo dever de todos o encargo de proteger o meio ambiente.

Da mesma forma, argumenta a violação ao artigo 23 da Carta Magna, que dispõe de competências comuns, não excludentes. Aponta que a LC 140/2011 transformou tais competências em privativas, exemplificando que a inação estatal pode ocorrer tanto por parte da União quanto dos demais entes da federação. Destaca, também, que os órgãos ambientais estarão desestimulados para planejar e realizar operações de fiscalização, pois correrá o risco de um ente autuar um infrator em uma dessas atividades, e, posteriormente, o órgão licenciador realizar a autuação, prevalecendo sobre o lavrado anteriormente.

Em consequência, no dia 3 de dezembro de 2018, a então Procuradora-Geral da República (PGR) protocolou sua manifestação, data desde a qual os autos estão conclusos à ministra relatora. Neste ato, ela posicionou-se pelo conhecimento da ação com deferimento parcial da medida cautelar. Ela entendeu que deve ser aplicados os princípios da subsidiariedade e da vedação da proteção deficiente para que seja conferida ao § 3º do artigo 17 da LC 140/2011 interpretação conforme à Constituição, com o seguinte sentido: “apenas prevalece o auto de infração lavrado pelo órgão que detenha atribuição para o licenciamento ou autorização caso este tenha possibilidade real de impedir ou fazer cessar o dano”. Ou seja, deve prevalecer se a tutela apresentada for efetiva, adequada e suficiente para reprimir a lesão ao meio ambiente.

No revogado artigo 10, § 3º, da PNMA, a atuação era supletiva, e os autos de infração, na hipótese de duplicidade de atuação pelos entes da federação, prevalecia o que fora primeiramente lavrado, por razões de eficiência e economicidade. E agora o artigo 17, § 3º, da LC 140/2011, trata da prevalência do órgão licenciador, nos casos de duplicidade.

Ao analisar este controverso dispositivo normativo, levando-se em consideração a realidade dos órgãos ambientais em todos os níveis, pode-se inferir que a proteção do meio ambiente está ameaçada, pelos seguintes motivos:

- a. Falta de estrutura mínima de pessoal e material para realizar a fiscalização ambiental em diversos entes da federação;
- b. Os valores das multas de alguns entes são irrisórios, não cumprindo o papel inibidor de práticas lesivas ao meio ambiente;
- c. Inexistência de estrutura estatal para cobrança das multas aplicadas, gerando a impunidade do infrator;
- d. Inexistência de uma análise da eficiência estatal da defesa do meio ambiente; e
- e. A maior parte dos municípios com poucos habitantes é precária.

Portanto, considerando a realidade da federação brasileira, na proteção do meio ambiente, a aplicação desta norma pode ser equiparada à situação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), apresentada na ADI 4.068, de 2008, com a criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Esta ADI 4.068/2008 foi proposta em razão da entrada em vigor da Lei n. 11.457, de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal que passou a nominar a Secretaria da Receita Federal como Secretaria da Receita Federal do Brasil, e alterou diversos atos normativos, incluindo o que trata da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). O artigo 16²⁶ desta norma (capítulo II – da PGFN) trata da dívida ativa da União. No § 1º, ela engloba a dívida do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE).

Esta lei criou a Super Receita e, entre outras normatizações, transferiu integralmente, a partir de 1º de abril de 2008, o acervo da dívida ativa do INSS e do FNDE para a PGFN. Em consequência, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou perante o STF a ADI n. 4.068, com pedido de medida cautelar, impugnando este parágrafo primeiro, protocolada no dia 14 de abril de 2008.

O autor da ação destacou que a procuradoria vinha operando com uma grande sobrecarga de atividades, agravada com uma infraestrutura precária e recursos humanos e materiais carentes. Como exemplo, citou a falta de carreira

²⁶ Lei n. 11.457, de 2007: “Art. 16. A partir da 1º (primeiro) dia do 2º (segundo) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o débito original e seus acréscimos legais, além de outras multas previstas em lei, relativos às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei, constituem dívida ativa da União. § 1º A partir do 1º (primeiro) dia do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o disposto no caput deste artigo se estende à dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE decorrente das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei”.

de apoio e a insuficiência numérica de procuradores da fazenda para as mínimas atividades, e de um sistema de informática adequado para as demandas. Ressaltou que o quadro não tratava de especulação, e sim da realidade vivenciada pelo órgão, identificada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no ano de 2003.

A ação questiona exatamente o parágrafo 1º do artigo 16, cuja constitucionalidade entende-se como de eficácia parcial, haja vista a transferência dos mencionados créditos ter ocorrido para União, sem que existisse uma estrutura mínima na PGFN. O autor argui que há uma inconstitucionalidade circunstancial, pois, até que 1.200 (hum mil e duzentos) cargos fossem efetivamente providos, a Instituição estava circunstancialmente incapacitada de cumprir seu papel constitucional.

Portanto, a hipótese apresentada é que a norma é ainda inconstitucional. O pedido é que haja a declaração de inconstitucionalidade desta norma (Art. 16, § 1º), sem a pronúncia de sua nulidade, reconhecendo-se a sua inconstitucionalidade circunstancial até a implementação das condições fáticas da PGFN. Os autos estão conclusos ao relator, desde 8 de junho de 2018.

Nesse mesmo alinhamento, o STF decidiu acerca da atuação do Ministério Público (MP) ao invés da Defensoria Pública, conforme situações apresentadas a seguir.

Os artigos 127 e 129 da CF/88 conferem ao MP a incumbência de atuar na defesa dos interesses individuais e indisponíveis. Nesse sentido, diante da indisponibilidade²⁷ do reconhecimento do estado de filiação, a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, legitima o órgão ministerial para propor eventual ação de investigação de maternidade em face de suposto pai, se houver elementos suficientes para o pleito (Art. 2º, § 4º).

Entretanto, em uma das ações propostas pelo MPSP, o réu alegou a ilegitimidade ativa do *Parquet*, fundamentando que o mencionado parágrafo 4º era inconstitucional, por afrontar o direito à intimidade. O órgão do primeiro grau rejeitou a preliminar e considerou saneado o feito. O réu interpôs agravo de instrumento e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entendeu que o MP não agiu na defesa de interesse público, seja coletivo seja difuso. Para esta Corte, a ação deveria ser proposta pela Defensoria Pública, por ser pessoa pobre, sendo este o motivo de a mãe que representava o menor ter procurado o órgão ministerial.

Diante da decisão de segundo grau, o MP interpôs o Recurso Extraordinário (RE) n. 248.869-1/SP (relator Ministro Maurício Corrêa, D.J. 12/03/2004),

²⁷ Artigo 27 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

destacando a legitimidade extraordinária, em razão da indisponibilidade do interesse. Ao julgar o recurso, o STF ressaltou que, diante de tantas deficiências na área social, intencionar que os pobres sejam defendidos exclusivamente pelos defensores públicos, é “tapar o sol com a peneira”. É não considerar a realidade dramática de quem precisa recorrer ao Poder Judiciário neste país de grandes dimensões, sendo razoável a atribuição excepcional do órgão ministerial. Logo, o ministro relator votou que o reconhecimento desta legitimidade é fundamental, pelo menos onde não há defensoria pública efetiva.

Em três outros julgados, a Suprema Corte já havia enfrentado a temática da legitimação do MP, conforme se segue:

a. RE 135.328/SP, relator Ministro Marco Aurélio, DJ 29/06/1994. No recurso, foi questionada a legitimação do MP prevista no artigo 68²⁸ do Código de Processo Penal (CPP). Alegou-se que cabe à Defensoria Pública orientar e defender, em todos os graus, os necessitados (Art. 134 da CF/88), estando o MP restrito ao campo dos interesses sociais e individuais, indisponíveis. Entretanto, decidiu-se que o artigo questionado permanece em vigor até a criação e organização da Defensoria no Estado.

b. RE 147.776/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19/05/1998. No recurso, houve o questionamento da constitucionalidade do mencionado artigo do CPP. No julgamento, destacou-se que a alternância da constitucionalidade plena para a revogação por inconstitucionalidade de lei com eficácia *ex tunc* é um processo, e não ocorre instantaneamente. Ela estará subordinada, em alguns casos, à realidade fática que a torne viável. Por fim, decidiu-se que a atribuição do MP deve ser considerada constitucionalmente transferida para a Defensoria Pública. Todavia, esta somente poderá ser considerada existente, onde e quando estiver organizada, de direito e de fato. Até que isto ocorra, o artigo 68 será considerado vigente.

c. RE n. 213.514/SP, relator Ministro Moreira Alves, DJ 04/05/2001. Neste recurso, questionou-se novamente o mencionado artigo do CPP. O RE sequer foi conhecido, por entender-se que, no Estado de São Paulo, persistia a mesma situação que foi levada em consideração, nos REs 135.328/SP e 147.776/SP, todos comentados acima.

Dos julgados acima, retornando à LC 140/2011, pode-se constatar que o seu artigo 17, § 3º, é parcialmente inconstitucional. Todavia, ele pode ser considerado em trânsito para constitucionalidade, pois a sua entrada plena em vigor somente poderá ocorrer quando os órgãos ambientais licenciadores, em nível estadual e municipal, estiverem efetivamente atuando, ou seja, de direito e de fato, com eficiência.

²⁸ Artigo 68 do Código de Processo Penal: “Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”.

O autor da ADI 4757 defende que o dispositivo normativo seja declarado totalmente inconstitucional e a PGR entende pela interpretação conforme. Entretanto, pelas técnicas de controle de constitucionalidade, cabe neste dispositivo a declaração de sua inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, nos termos do parágrafo único do artigo 28²⁹ da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Nesta declaração, a Suprema Corte exclui determinadas hipóteses para ser aplicada, sem alterar os textos legais. Com isso, a lei terá validade para alguns casos e inválida para outros. Ela é considerada técnica de decisão judicial, enquanto a interpretação conforme é princípio de exegese. Para a Suprema Corte, nesta técnica, as situações de inconstitucionalidade devem ser consideradas nulas³⁰. Com isso, define-se a aplicação que é inconstitucional, tornando-a constitucional para as demais. Esta técnica desenvolvida na Alemanha, desde 1954, equivale a utilização da expressão “desde que”, podendo o Tribunal declarar inconstitucional determinada hipótese³¹.

Portanto, é parcialmente inconstitucional o artigo 17, § 3º, da LC 140/2011. Ele define que prevalece o auto de infração do ente licenciador, em caso de duplicidade de atuação. Todavia, desconsidera a real precariedade existente nos entes da federação. Logo, esta inconstitucionalidade é circunstancial, pois, deixando de ser precário, ela passa a ser constitucional, conforme poder-se-á constatar em situações similares enfrentadas pelo STF.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fiscalização ambiental envolvendo os entes da federação conferia ao órgão federal (antes SEMA, depois IBAMA) o caráter supletivo, em relação aos estados e municípios. Com a entrada em vigor da LC 140/2011, o IBAMA perde este caráter supletivo, e a fiscalização passa a ser definida como sendo competência do órgão licenciador das atividades e empreendimentos potencial ou efetivamente poluidores, prevalecendo a atuação deste órgão, em caso de duplicidade de atuação com outros entes.

Entretanto, no exercício do poder de polícia ambiental, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que, no exercício da competência comum material,

²⁹ Art. 28: “Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244-245.

³¹ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 295.

um órgão não exclui a atuação do outro. Há julgado que define que licenciar e fiscalizar são atividades distintas, tendo, inclusive, mantido o auto de infração do ente federal e municipal, decorrente de uma mesma situação fática.

A previsão da Lei Complementar de prevalecer o auto de infração do órgão que realizou o licenciamento ambiental evidencia uma situação ideal dentro de um federalismo perfeito, onde cada ente é autônomo, de direito e de fato. Todavia, a realidade brasileira não é essa, pois muitos entes apresentam estrutura precária para as ações de fiscalização ambiental, sendo o grande problema a precariedade de vários órgãos estatais, principalmente o municipal e alguns Estados da federação.

Se a atuação estatal não for efetiva, de nada adiantará todo o esforço na sua realização. Isto se comprova quando se avalia o percentual de pagamento dos autos de infração lavrados pelos diversos entes da federação. Até mesmo nos casos de desastres ambientais, o valor pago tem sido mínimo ou inexistente. Esta situação é agravada quando os valores da multa de um ente são menores do que de outro.

Cumprir destacar que, dentro de um quadro de descentralização administrativa, as ações devem ser bem analisadas, planejadas e conduzidas cooperativamente, particularmente quando tratar-se de questões ambientais, pois, em muitas situações, o dano causado ao meio ambiente é irreversível. Logo, as ações cooperativas são essenciais para o desiderato da proteção ambiental.

Portanto, é parcialmente inconstitucional o artigo 17, § 3º, da LC 140/2011, que estabelece a prevalência de auto de infração que tenha sido lavrado por órgão diverso do licenciador, em caso de duplicidade de atuação. Alguns entes, a despeito das respectivas atuações, não têm sido efetivos em suas atuações. Logo, para que ocorra a desconsideração de um auto de infração, deve-se considerar a efetividade dos órgãos ambientais envolvidos.

REFERÊNCIAS

- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BANUNAS, Ioberto Tatsch. *Poder de polícia ambiental e o município*. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARLI, Vilma Maria Inocência. *A obrigação legal de preservar o meio ambiente*. 2. ed. Campinas: Servanda, 2012.

CIRNE, Mariana Barbosa. A Lei Complementar 140/2011 e as competências ambientais fiscalizatórias. *Revista de Direito Ambiental*. v. 72, p. 67-113, 2013.

ELLOVITCH, Mauro da Fonseca. O controle judicial do licenciamento ambiental. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; BADINI, Luciano (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 116, out./dez. 1992.

KRELL, Andreas J (org.). *A aplicação do direito ambiental no Estado federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Meio ambiente: propriedade e repartição de competências*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

MARTINS, Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares. O município e as políticas públicas ambientais. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odete (coord.). *Políticas Públicas Ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUKAI, Toshio. A competência comum na Constituição de 1988 (artigo 23 e parágrafo único): distorções de interpretações. In: ROSSI, Fernando F. et al (org.). *Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

QUISPE, Iván K. Kanegra. *El (ausente) Estado ambiental: razones para la reforma de las instituciones y las organizaciones públicas ambientales en el Perú*. Lima, 2008.

RODRIGUES, Lucas de Faria. Autuações concorrentes e as infrações administrativas ambientais: a disciplina da Lei Complementar n. 140/2011. *Revista PGE/SP*. São Paulo, v. 4, n. 1, jan./dez. 2013.

SALES, Rodrigo. *Auditoria ambiental e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Data de recebimento: 21/12/2020

Data de aprovação: 22/01/2021

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

THE PROTECTION OF PERSONAL DATA: CONSTITUTIONALIZATION AND EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT

*Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro**

*Fernando Navarro Vince***

*Patrícia dos Santos Conde****

-
- * Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá/PR. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, França. Advogada. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Possui áreas de interesse em Direitos da Personalidade, Teoria da Democracia, Hermenêutica, Processo e Jurisdição Constitucional e Direito Internacional. Atuação acadêmica em português, francês e espanhol. E-mail institucional: daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7621-8899>. Endereço profissional: Centro de Ensino Superior de Maringá, Mestrado em Ciências Jurídicas. Avenida Guedner, 1610, zona 8, CEP: 87050-390, Maringá/PR – Brasil. Telefone: (44) 3027-6360.
- ** Doutorando em Direito na Universidade de Marília (UNIMAR), Marília/SP. Mestre em Ciência Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Professor da graduação em Direito da Faculdade de Londrina. Advogado. Possui áreas de interesse em Teoria da Democracia, Hermenêutica, Processo e Jurisdição Constitucional e Direito Econômico. Atuação acadêmica em português e inglês. E-mail: fernandonavarrovince@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8621-0639>. Endereço profissional: Advocacia Vince. Rua Argemiro Sandoval, 230, centro, CEP: 86280-000, Uraí/PR – Brasil, Caixa-postal: 131. Telefone: (43) 35411647.
- *** Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá/PR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), Londrina/PR. Advogada. Possui áreas de interesse em Direitos da Personalidade, Processo Civil, Teoria da Democracia, Hermenêutica, Processo e Jurisdição Constitucional. Atuação acadêmica em português e inglês. E-mail: patricia200694@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4212-2957>. Endereço profissional: Rodrigues Neto Advogados Associados. Rua João Wyclif, 111, sala 2602, Gleba Fazenda Palhano, CEP: 86050-450, Londrina/PR – Brasil. Telefone: (43) 3341-0152. URL da homepage: <http://rodriguesneto.adv.br/>.

RESUMO

O trabalho analisa a evolução tecnológica e a vulnerabilidade dos usuários de Internet, em razão dos bancos de dados conectados à rede mundial de computadores. Questiona-se os impactos na efetivação dos direitos da personalidade, face a Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019, que visa alterar o texto constitucional para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Ao se valer de raciocínio dedutivo, por meio documental, doutrinária e jurisprudencial, descritiva e exploratória, conclui-se com a presente pesquisa, que, ao considerar a aprovação da PEC, ter-se-á uma proteção mais extensa, ou mais ampla, ao usuário, titular dos dados, que passa a ter, de forma inequívoca, a legitimidade para se utilizar de remédios constitucionais para assegurar o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Proteção de dados pessoais. Efetividade de direitos. PEC 17/2019. Remédios constitucionais.

ABSTRACT

The work analyzes the technological evolution and the vulnerability of Internet users, due to the databases connected to the world wide web. The impacts on the effectiveness of personality rights are questioned, in view of the Proposed Amendment to the Constitution, PEC 17/2019, which aims to change the constitutional text to include the protection of personal data among fundamental rights and guarantees and to establish Union's private competence to legislate on the matter. By using deductive reasoning, through documental, doctrinal and jurisprudential, descriptive and exploratory means, we conclude in this research that, when considering the approval of the PEC, there will be a more extensive, or broader, protection. to the user, personal data holder, who now has, unequivocally, the legitimacy to use constitutional remedies to ensure the fundamental right to the protection of personal data.

Keywords: Personality rights. Protection of personal data. Effectiveness of rights. PEC 17/2019. Constitutional remedies.

INTRODUÇÃO

A proliferação das mídias e redes sociais, e a democratização do acesso à Internet, especialmente através dos smartphones, afetou sensivelmente relações sociais e esculpiu uma nova dinâmica social, reconfigurando a organização sociopolítica e mudando as tradicionais estruturas de sustentação de poder, que se deu a partir da intensa atuação de atores não estatais e do surgimento de fatores que mexeram com o papel e o poder soberano dos Estados.

O acesso à plataforma virtual é um direito individual, que decorrente de outros direitos básicos do homem como desenvolvimento da personalidade,

exercício da cidadania, acesso à informação, liberdade de expressão, privacidade etc., no entanto, essa nova dinâmica do universo digital revela a urgência de se refletir sobre a garantia de direitos suscetíveis a violações.

Os dados pessoais fornecidos por usuários às empresas, que deveriam ser confidenciais, mas que, muitas vezes, comercializados sem autorização do titular, estão no centro dessa tensão. E, na medida em que direitos são diretamente afetados por essas transformações, a pessoa da pós-modernidade digital, em toda sua complexidade, fragmentação e crise, deve ter seus direitos tutelados.

Esses aspectos começam a ser mais intensamente debatidos no Brasil, e o cenário mudará, à luz da legislação que regulamenta a política de proteção de dados pessoais e privacidade, a saber, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em vigor desde setembro de 2020.

A lei pátria recebeu grande influência de tratados internacionais e de resoluções adotadas por organismos internacionais, como as adotadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), além de se espelhar na legislação da União Europeia relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. No âmbito interno, trouxe significativos reflexos jurídicos e implicações econômicas e sociais, isso porque as empresas terão de adotar políticas e planos de proteção de dados comprometidos e vocacionados à proteção da privacidade e da segurança de clientes e usuários.

A par da LGPD, existe, atualmente, uma Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019, que visa incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Porém, questiona-se quais os efeitos dessa alteração constitucional, uma vez que a nova legislação ordinária regulamenta a transparência, a proteção e a privacidade dos dados pessoais em quaisquer meios, com vistas a garantir a efetividade do direito.

A pesquisa será desenvolvida valendo-se do raciocínio dedutivo, realizada de forma descritiva e exploratória, pelo meio documental, doutrinária e jurisprudencial, e se dividirá em quatro seções, além da introdução e das considerações finais. Assim, inicialmente, será apresentada a intensificação das relações no mundo digital, bem como a promoção e proteção dos direitos humanos e da personalidade no âmbito internacional, como meio complementar e coadjuvante das esferas nacionais. A segunda parte é destinada à reflexão dos direitos da personalidade como uma categoria aberta, e de seus desdobramentos diante de situações não previstas nem previsíveis pelo legislador, levando à reconsideração clássica da privacidade, frente à globalização, a Internet, a virtualização das relações e a fragmentação do sujeito pós-moderno. Posteriormente serão analisados os fundamentos da proteção de dados reconhecidos na LGPD. E, por fim, analisa-se a efetividade da tutela dos direitos da personalidade diante da PEC 17/2019.

A INTERNET E OS DIREITOS DAS PESSOAS NA WEB

Nas últimas décadas, a Internet¹ tem ganhado cada vez mais espaço na vida de pessoas, sociedades e instituições, construindo um ambiente propício para a busca de conhecimento, integração entre pessoas, transmissão de informações e criação de praticidades. Segundo Manuel Castells, uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação remodelou a base material de toda a sociedade em ritmo acelerado. Vive-se um intervalo na história, cuja característica é a transformação da cultura material pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da Internet².

A propósito, preleciona Manuel Castells que a Web ou World Wide Web (www), em português, rede mundial de computadores, “é a base da comunicação em nossas vidas, para trabalho, conexões pessoais, informações, entretenimento, serviços públicos e religião”³, abrangendo, assim, todas as dimensões do humano (ética, política, artística, econômica, religiosa e científica).

Na esfera global, 3,2 bilhões de pessoas já tinham acesso à Internet em 2016⁴, o que representa 43,4% da população mundial. No cenário nacional, uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2017⁵ apontou que 70% da população brasileira tem acesso à Internet, sendo que 97% realiza esse acesso através do telefone celular. Os números confirmam que o mundo está cada vez mais interconectado.

A conectividade criou a percepção de que não há distâncias nem barreiras, em que o conceito de globalização é materializado da forma mais intensa⁶. Tornou-se o ambiente que serve à população como nova ágora mundial; um espaço público para a liberdade de informação ímpar para a humanidade⁷. As relações

¹ Será adotado, no decorrer desse texto, a grafia Internet (com letra maiúscula) para denominar a rede global de computadores que utilizam o protocolo TCP/IP para a sua comunicação.

² CASTELLS, Manuel. Sociedade em rede. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 87.

³ CASTELLS, Manuel. Communication power. New York: Oxford University Press, 2009. p. 10.

⁴ PIOVESAN, Flávia; MUNÓZ, Lucien. Internet e direitos humanos. 10 nov. 2016. In: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2016/novembro/internet-e-direitos-humanos>. Acesso em: 25/07/2020.

⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, 2017. 2018. p. 1-12. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 16/06/2020.

⁶ PECK, Patrícia. Quando a sociedade muda, o Direito também deve mudar. In: KAMINSKI, Omar. Internet Legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2009. p. 223.

⁷ PIAIA, Thami Covatti; RITTER, Letícia Mousquer; SANGOI, Rafael Martins. Internet, liberdade de informação e o caso das echo chambers ideológicas. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 289-309, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=310&volume=liberdade. Acesso em: 26/09/2020.

reais e digitais passaram a estar cada vez mais integradas e não é mais possível vislumbrar um mundo real e um mundo digital como universos distintos.

Considerando essa evolução digital, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) editou, em 2012, a Resolução A/HRC/20/L.13, denominada de *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, que reconhece o acesso à Internet como garantia à liberdade de expressão e informação.

É notório que a Internet se tornou atualmente, mecanismo essencial a permitir o exercício de direitos básicos como a liberdade à informação, a liberdade de expressão e opinião, e a Resolução A/HRC/20/L.13 tem fundamento em tais direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948⁸ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966⁹, ambos tratados adotados no âmbito da ONU.

O art. 19 da DUDH determina que todo indivíduo “[...] tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”, complementado pelo art. 27 de que “[t]odo homem tem o direito de participar no progresso científico e dos benefícios que deste resultam”.

No mesmo norte, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina em seu art. 19, que:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública¹⁰.

⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 10/09/2020.

⁹ BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Promulgação. Brasília/DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18/08/2020.

¹⁰ BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Promulgação. Brasília/DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18/08/2020.

O direito à liberdade de expressão e informação consagrados nos principais instrumentos internacionalmente de abrangência global, influenciaram tratados regionais. Nessa trilha, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, instrumento interamericano de proteção aos direitos do indivíduo, reafirma em seu art. 13 a liberdade de pensamento e de expressão, nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha [...]¹¹.

Na Resolução A/HRC/20/L.13 de 2012 da ONU, o direito do acesso à Internet

1. Os mesmos direitos que as pessoas têm offline também devem ser protegidos on-line, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente de fronteiras e por qualquer meio de sua escolha, de acordo com os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; 2. Reconhece a natureza global e aberta da Internet como uma força motriz para acelerar o progresso rumo ao desenvolvimento nas suas diversas formas; 3. Exorta todos os Estados a promover e facilitar o acesso à Internet e de cooperação internacional que visa o desenvolvimento dos meios de comunicação e informação e instalações de comunicações em todos os países; 4. Incentiva procedimentos especiais a tomar em conta estas questões dentro de seus mandatos existentes, conforme o caso; 5. Decide continuar a consideração da promoção, proteção e gozo dos direitos humanos, incluindo o direito à liberdade de expressão, na Internet e em outras tecnologias, bem como da forma como a Internet pode ser uma ferramenta importante para o desenvolvimento e para a o exercício dos direitos humanos, de acordo com o seu programa de trabalho (tradução livre)¹².

¹¹ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília/DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18/08/2020.

¹² No original: “Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice, in accordance with articles 19 of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights; 2. Recognizes the global and open nature of the Internet as a driving force in accelerating progress towards development in its various forms; 3. Calls upon all States to promote and facilitate access to the Internet and international cooperation aimed at the development of media and information and communications facilities in all countries; 4. Encourages special procedures to take these issues into account wi-

Nesse sentido, a ONU passa a considerar¹³ que a conexão do indivíduo à rede mundial traduz desdobramento do princípio da liberdade de expressão e informação¹⁴, e a limitação ou proibição do acesso à Internet acaba por provocar a privação de informações, conhecimento, entretenimento, facilidades rotineiras e convívios sociais.

No Brasil o tema também se faz presente no parlamento. Existe atualmente duas Propostas de Emenda à Constituição (PEC) que têm por objeto o reconhecimento do acesso à Internet como direito fundamental, são elas: a PEC n. 6/2011, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg e outros, que tem por objeto “altera o art. 6º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet)”, que está em tramitação e aguarda, desde 13 de janeiro de 2016, a deliberação do plenário¹⁵; e a PEC n. 185/2015, de autoria da Deputada Renata Abreu, que tem por objeto “acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão”. Em 31 de outubro de 2017, obteve o parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça da Câmara e aguarda Criação de Comissão Temporária pela mesa¹⁶.

O que se verifica é que, se por um lado as redes sociais digitais baseadas na Internet e nas plataformas sem fio são ferramentas decisivas para organizar,

thin their existing mandates, as applicable; 5. Decides to continue its consideration of the promotion, protection and enjoyment of human rights, including the right to freedom of expression, on the Internet and in other technologies, as well as of how the Internet can be an important tool for development and for exercising human rights, in accordance with its programme of work”. In: UNITED NATIONS. General Assembly. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. A/HRC/20/L.13, resolution adopted by the General Assembly, twentieth session, 29 June 2012. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20/09/2020.

¹³ Resoluções no mesmo sentido foram adotadas pela ONU em 2014 (A/HRC/RES/26/13), 2016 (A/HRC/RES/32/13) e 2018 (A/HRC/RES/38/7). Registra-se ainda as Resoluções do Conselho de Direitos Humanos em 2013 sobre a contribuição da liberdade de opinião e expressão para o empoderamento da mulher (A/HRC/RES/23/2), e em 2016, sobre os direitos das crianças, tecnologia da informação e comunicação e exploração sexual infantil (A/HRC/RES/31/7).

¹⁴ De acordo com Christiano de Oliveira Taveira, é preciso delimitar alguns standards de ponderação acerca de um aparente conflito principiológico entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade informação, notadamente no que diz respeito ao emissor da mensagem. In: TAVIERA, Christiano de Oliveira. Dignidade da pessoa humana e os limites à liberdade de informação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 32, n. 2, p. 119-142, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=213&volume=liberdade. Acesso em: 25/09/2020.

¹⁵ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição n. 6, de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>. Acesso em: 22/09/2020.

¹⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição, PEC 185/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso em: 22/09/2020.

mobilizar, deliberar, coordenar e decidir¹⁷, por outro, a evolução tecnológica e a virtualização da vida humana, geram vulnerabilidades aos usuários, em razão dos bancos de dados conectados à Internet¹⁸.

Os dados pessoais fornecidos por usuários às empresas, que permitem descrever o perfil on-line de cada indivíduo e proporcionar a informação personalizada, são, muitas vezes, comercializados sem autorização do titular, o que resulta em malas-diretas, spams, telefonemas e contatos realizados por empresas para quem nunca foram fornecidas informações. Além disso, os reflexos do tratamento de dados que consiste na caracterização de perfil (profiling) – em português, perfilagem ou perfilamento – através do processamento de dados pessoais para mapear tendências, padrões e comportamentos de usuários, buscando, por exemplo, direcionar uma publicidade a quem pode se interessar em um determinado produto, ou direcionar uma propaganda com engajamento político, maquinando às liberdades do indivíduo.

A interação dos seres humanos com a tecnologia apresenta, assim, um cenário instável, cujo futuro merece reflexão: de um lado, há a banalização no fornecimento de dados pessoais e, de outro, a utilização indiscriminada desses dados por empresas (públicas ou privadas)¹⁹.

No início da pós-modernidade, Stuart Hall²⁰ também alertou para uma crise de identidade, provocada pela intensificação e estreitamento das relações entre grupos, culturas e nações na era da Internet e na vida no ciberespaço, e que revela a importância de se tutelar os direitos da personalidade, que ficam mais suscetíveis a violações, principalmente no momento de publicidade da vida cotidiana e a difusão instantânea de informações.

A globalização, a Internet, a virtualização das relações e a fragmentação do sujeito pós-moderno são fenômenos que já fazem parte do cotidiano humano e são irreversíveis, que têm inúmeros aspectos positivos, mas afetam diretamente a ideia que a pessoa tem de si, do outro e da vida em sociedade²¹. Cabe, então, ao

¹⁷ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da Internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013. p. 141.

¹⁸ Um dos casos emblemáticos veio à tona em 2018, com a notícia do vazamento de dados de milhões de usuários do Facebook para a Cambridge Analytica, empresa britânica de marketing político. Outra situação de repercussão global foi a denúncia feita Edward Snowden no ano de 2013, de que o serviço de inteligência dos Estados Unidos monitorava os e-mails dos governantes de diversos países, entre eles o Brasil.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet*. Pensar. Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 120, jan./abr. 2017. doi: 10.5020/2317-2150.2017.v22n1p108.

²⁰ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

²¹ No original: “Innovaciones tecnológicas como la digitalización, la computarización, los formatos cada vez más reducidos, la vinculación en red y todos los nuevos servicios que derivan

direito, especialmente à teoria dos direitos da personalidade, estar atento as transformações, visando a proteção e preservação da dignidade das pessoas.

Com efeito, o acesso à plataforma virtual é um direito individual, decorrente de outros direitos básicos do homem como o desenvolvimento da personalidade, exercício da cidadania, acesso à informação, liberdade de expressão, privacidade etc. Independente do meio – ambiente eletrônico ou não – os direitos e as garantias inerentes à pessoa devem ser respeitados. Ou seja, a transposição de parte da vida para a Internet, não retira a essencialidade e a necessidade de proteção por parte do Estado.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE VIRTUAL

O Código Civil brasileiro de 2002, embora noticiado que traria grandes novidades para os direitos da personalidade, repetiu disposições redigidos em 1963 por Orlando Gomes, no Anteprojeto de Código Civil, apresentado em 31 de março de 1963, ao então Ministro da Justiça João Mangabeira²². No entanto, a principal crítica não está na “propaganda enganosa”, mas sim na limitação a um rol de tímidos enunciações do legislador ordinário, reduzidas em número à categoria dos direitos subjetivos, enquanto que se verifica, em contrapartida, um vasto movimento mundial que, ao longo do século XX, se dedicou a orientar o direito no sentido de uma integral e irrestrita proteção da pessoa humana em sua dignidade²³.

Resgatando da DUDH de 1948, o art. 22. estabelece que:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade²⁴.

de ello han generado una dinámica cuyo impacto es perfectamente comparable con el surgimiento de la sociedad industrial a finales del siglo XIX, pero que quizá cambie la sociedad aún más profundamente”. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información. Revista Direito Público. Porto Alegre, v. 12, n. 64, p. 41, jul.-ago. 2015.

²² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Anteprojeto do Código Civil. Apresentado ao Exmo. Sr. João Mangabeira, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 31 de março de 1963, pelo prof. Orlando Gomes. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/12916>. Acesso em: 29/09/2020.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29/03/2020.

²⁴ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 10/09/2020.

Nesse sentido, a personalidade humana de que trata o dispositivo da Declaração, diz respeito a um direito não patrimonial absoluto, referindo-se ao “ser” e não ao “ter”. A personalidade se constitui de características interiores com as quais o indivíduo se revela, demonstrando seus atributos materiais e morais, e consiste, para efeito jurídico, em um bem pertencente à pessoa. Assim, a identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se à consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – se configura como um valor unitário.

A propósito, um dos aspectos interessantes, e problemáticos dos direitos da personalidade, consiste em sempre surgir novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que esses direitos precisam ser tidos como uma categoria aberta²⁵. Seria, pois, a partir de uma cláusula geral de proteção, possível identificar e proteger os direitos da personalidade de forma mais efetiva.

A consideração da pessoa – e, portanto, sua personalidade – se configura como um valor unitário. A partir dessa visão, os direitos de personalidade devem ser entendidos como os voltados a proteção integral do ser humano²⁶, que têm por objeto os bens e valores essenciais, no seu aspecto físico, moral e intelectual, inerentes a própria pessoa humana e essenciais ao seu desenvolvimento.

A garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana, traduz-se, assim, na possibilidade do indivíduo de expressar livremente suas opiniões, convicções, sentimentos e crenças, o que integraria o conteúdo da própria autonomia privada no âmbito existencial (perspectiva individual), na participação no progresso científico e dos benefícios que deste resultam (dimensão coletiva, solidarista), possibilitando a cada indivíduo interagir com seu semelhante, tanto para expressar as próprias ideias e sentimentos como para ouvir aquelas expostas pelos outros²⁷.

Com efeito, observa-se que, apesar de ser um instrumento necessário atualmente, a Internet não é “naturalmente” um ambiente de liberdade, em virtude de suas características sociotécnicas. Pelo contrário, a rede é cada vez mais per-

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29/03/2020.

²⁶ Visão diversa é a teoria pluralista que se diz que a pessoa tem vários bens ou interesses, ligados à sua personalidade, que são individualmente merecedores de tutela. Neste sentido, “[...] consciência comum não costuma distinguir um só bem na pessoa; pelo contrário, reconhece vários bens distintos, correspondentes a interesses distintos, na vida, na honra, na identidade etc., da pessoa. E o jurista não pode prescindir, nas suas construções, do consenso geral”. In: DE CUPIS, Adriano. Direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 26.

²⁷ SARMENTO, Daniel. Comentário ao Art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Lisboa, Portugal: Almedina, 2013. p. 76.

meada de problemáticas sociais, econômicas, políticas e geopolíticas, objeto de controvérsias e, portanto, é suscetível de ser investida pelo poder público²⁸.

A proliferação das mídias e redes sociais, a democratização do acesso à Internet, e as inúmeras companhias que trabalham de forma direta ou indireta com dados pessoais de clientes, como bancos, seguradoras, e-commerces etc. revelam o aparecimento e urgência quanto a essa proteção que não foi imaginada pelo legislador, mas que demonstrar a urgente necessidade de promoção da segurança das informações dos usuários, que passam a ter significativo valor econômico e podem ser utilizadas como moeda de troca.

O direito à privacidade e à intimidade, tido pelo no art. 21 do Código Civil de 2002, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável”²⁹ e despida de valor patrimonial e econômico, passam a ter a necessidade de serem tutelados também com natureza jurídica de propriedade.

Os dados pessoais, ou sua “privacidade”, passam a ser entendidos, no mundo contemporâneo, como extensão da titularidade e da possibilidade de controle efetivo sobre os próprios dados pessoais. Assim, o direito subjetivo, concebido para titularizar as relações patrimoniais, não se adapta perfeitamente à categoria do “ser”, âmbito das relações extrapatrimoniais, onde não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam a pessoa humana³⁰.

O caminho para a proteção, no entanto, deve se dar a partir do seu aspecto subjetivo e imaterial. A privacidade deve ser entendida e respeitada não por se tem o direito material sobre as informações pessoais, mas pelo eventual prejuízo no compartilhamento de informações de sua vida privada do titular.

OS FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS MEIOS DIGITAIS

O Marco Civil da Internet reconheceu direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros³¹, porém o

²⁸ LOVELUCK, Benjamim. Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da Internet. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 168.

²⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Portal da Legislação. Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 01/08/2020.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29/03/2020.

³¹ “Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”. In: BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de

fez de maneira insuficiente. Coube, então, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)³², Lei n. 13.709 sancionada em 14 de agosto de 2018 e em vigor desde setembro de 2020, regulamentar a transparência, a proteção e a privacidade dos dados pessoais em quaisquer meios, com vistas a garantir a efetividade do direito.

A lei brasileira espelhou-se na legislação da União Europeia relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conforme Regulamento³³ n. 679/2016 EUR-Lex do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016³⁴.

A proteção de dados pessoais, segundo a LGPD tem como fundamento:

Art. 2º [...] I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais³⁵.

As informações pessoais protegidas pela LGPD são aquelas que permitem a identificação de uma pessoa natural, tais como: nome, sobrenome, e-mail, numeração de documentos, dados bancários e de cartões de crédito, informações médicas, endereço físico e de IP e os cookies, também chamados de “testemunhos de conexão”.

2014: Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Portal da Legislação. Brasília/DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 20/09/2020.

³² BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Portal da Legislação. Brasília/DF, 18 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm#ementa. Acesso em: 20/09/2020.

³³ Os regulamentos são atos legislativos definidos no artigo 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Têm caráter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis em todos os países da União Europeia. In: EUR-Lex. Regulamentos da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:l14522>. Acesso em: 28/09/2020.

³⁴ EUR-Lex. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 4 mai. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.POR&toc=OJ:L:2016:119:FULL. Acesso em: 28/09/2020.

³⁵ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Portal da Legislação. Brasília/DF, 18 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm#ementa. Acesso em: 20/09/2020.

A lei também protege “dados pessoais sensíveis” (art. 11), ou seja, aqueles potencialmente passíveis de discriminação se expostos ou vazados, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, referentes à saúde ou à vida sexual, genético ou biomédico.

O direito à privacidade, exposta na legislação ordinária, remete a um conceito aberto, de proteção dos dados pessoais. Neste sentido, a noção de privacidade e intimidade deixam de ter a conotação, e a até mesmo diferenciação defendida pela doutrina clássica. A privacidade, que tradicionalmente se relaciona em abstenção do outro e de uma esfera de não liberdade, passa a ter significado de controle, na qual o indivíduo possui o direito de controlar a própria informação³⁶.

Nota-se que há dados de usuários que pela própria natureza refletem a sua intimidade. É o caso dos serviços de armazenamento em nuvem, onde o usuário não quer compartilhar o conteúdo com ninguém, valendo-se do serviço apenas como servidor para armazenamento de seus arquivos digitais. Por outro lado, fala-se em privacidade nos serviços de e-mail, em que há o compartilhamento de dados entre usuários certos e determinados³⁷.

Segundo a nova lei, as empresas terão de ter políticas e planos de proteção de dados comprometidos e vocacionados à proteção da privacidade e da segurança de clientes e usuários, já os usuários dever observar as condutas das empresas, e com cautela para os parâmetros de segurança que as instituições oferecem aos seus dados.

Na redação da LGPD, toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade (art. 17), sendo assegurado, ao titular dos dados pessoais o direito (art. 18), via requerimento (§ 3º), a acesso aos dados pessoais, a retificação, a atualização, a eliminação, ao bloqueio, a portabilidade das informações pessoais a outras empresas, a listagem das entidades públicas e privadas com as quais compartilhou seus dados, dentre outros.

Não se trata de uma opção, mas de uma obrigação das empresas, sejam elas públicas ou privadas, em se adequarem às normas brasileiras, cujos titulares de dados pessoais estejam no território nacional, sua coleta se deu no país, ou ainda que tenha por finalidade a oferta de produtos ou serviços no Brasil.

³⁶ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 74-75.

³⁷ ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Aspectos do uso da Internet por crianças e adolescentes. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (org.). Autonomia e vulnerabilidade. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 194.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) instituída a partir das alterações trazidas à LGPD pela Lei n. 13.853 de 8 de julho de 2019³⁸, é o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar, em todo o território nacional, o cumprimento da proteção de dados por parte das pessoas jurídicas, de acordo com o estabelecido pela LGPD. Assim, em casos de irregularidades, inconformidades legais ou atos ilícitos, o titular dos dados poderá peticionar contra a empresa ou a instituição governamental que controle seus dados à ANPD, sem prejuízo de eventual reparação de danos na justiça.

Porém, ainda que a LGPD tenha avançado em diversos aspectos, mantem-se as dúvidas e críticas quanto a sua aplicabilidade, como a exigência de maior planejamento por parte das empresas, a imprecisão quanto ao prazo para armazenamento de dados pessoais, a implementação e atuação autoridade regulamentadora etc.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 17, DE 2019: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Em 03 de julho de 2019, o Senado Federal submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019 (PEC 17/2019), que visa alterar a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais³⁹.

A PEC 17/2019, que modifica dois dispositivos da Constituição Federal de 1988, já foi aprovada, de forma unânime, em comissões parlamentares e pelo plenário do Senado Federal, e na Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Atualmente ela aguarda a apreciação pelo plenário da Câmara para se transformar em Emenda Constitucional.

A PEC altera o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal,

³⁸ BRASIL. Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Portal da Legislação. Brasília/DF, 9 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art2. Acesso em: 20/09/2020.

³⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019. Ofício n. 521/2019 do Senado Federal, 3 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 22/09/2020.

bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (grifou-se)⁴⁰.

Com a proposta, o art. 22 da Constituição Federal também sofre modificações e passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX, determinando a competência privativa da União legislar a proteção e tratamento de dados pessoais.

Mas o que muda com a alteração proposta pela no contexto da proteção dos dados se já há uma lei ordinária regulamentando o assunto?

A constitucionalização de direitos tem sido um processo contínuo desde a Segunda Guerra Mundial, e advém do processo de valorização da pessoa humana, colocando-a no centro dos ordenamentos jurídicos, especialmente com a consolidação dos direitos humanos e da teoria dos direitos da personalidade, que objetivam proteger a pessoa em toda a sua complexidade, consagrando como bens inerentes à personalidade humana, a integridade física e psíquica, a imagem, a honra, a privacidade e a identidade.

Esse efeito, já era possível ser identificado no texto constitucional o direito a ter seus dados protegidos, cujo fundamento é o art. 5º, inc. X, dispondo que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁴¹, além de menções ao tratamento de dados espalhadas por vários textos legais⁴², como no Marco Civil da Internet, e, mais recentemente na LGPD.

Ademais, as liminares concedidas em maio de 2020 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954 de 17 de abril de 2020⁴³, demonstram a necessidade das devidas salvaguardas em qualquer atividade de tratamento de dados.

⁴⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019. Ofício n. 521/2019 do Senado Federal, 3 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 22/09/2020.

⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal da Legislação. Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/05/2020.

⁴² Registra-se resoluções do Conselho de Direitos Humanos sobre direito à privacidade na era digital, adotadas em 2015 (A/HRC/RES/28/16), 2017 (A/HRC/RES/34/7) e 2019 (A/HRC/RES/42/15).

⁴³ BRASIL. Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Prazo de vigência encerrado no dia 14 de agosto de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 01/12/2020.

A Medida Provisória n. 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus, foi questionada pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 6387)⁴⁴, pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB (ADI 6388)⁴⁵, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 6389)⁴⁶, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL (ADI 6390)⁴⁷ e pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6393)⁴⁸.

O argumento comum das ADIs era⁴⁹ que a Medida Provisória n. 954/2020, ao obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar à Fundação IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, viola dispositivos constitucionais⁵⁰.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6387 (0090566-08.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23373) recebida em 19 de abril de 2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 01/12/2020.

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6388 (0090568-75.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23375) recebida em 20 de abril de 2020. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166>. Acesso em: 01/12/2020.

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6389 (0090573-97.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23477) recebida em 20 de abril de 2020. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895168>. Acesso em: 01/12/2020.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6390 (0090595-58.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23606) recebida em 20 de abril de 2020. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>. Acesso em: 01/12/2020.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6393 (0090705-57.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23941) recebida em 21 de abril de 2020. Requerente: Partido Comunista do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>. Acesso em: 01/12/2020.

⁴⁹ As ADIs foram julgadas prejudicadas por perda superveniente do objeto, extinguindo os processos sem resolução do mérito nos termos do art. 21, IX, do Regimento Interno do STF, em razão do prazo de vigência da MP n. 954/2020 ter se encerrado em 14 de agosto de 2020. Conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 112, de 19 de agosto de 2020. In: BRASIL. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 112, de 19 de agosto de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-112-mpv954.htm. Acesso em: 01/12/2020.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. 6 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1>. Acesso em: 22/09/2020.

De acordo com a liminar deferida ad referendum pela relatora, Ministra Rosa Weber, em 24 de abril de 2020, na (ADI) 6387:

[...] a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia⁵¹.

As liminares⁵², concedidas de forma assertiva, resguardaram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados, sob pena de ser uma interferência desproporcional e irreversível na esfera pessoal dos brasileiros.

Com a PEC n. 17/2019, almeja-se imprimir maior segurança e proteção para o cidadão que atualmente tem suas informações como insumo de atividades empresariais, assegurando o direito à proteção dos dados pessoais, salientando, de modo inclusivo, os meios digitais.

A compreensão da proteção de dados como direito fundamental, possibilita, sem questionamento, a utilização de mandamentos constitucionais para assegurá-los. Nesse sentido, poder-se-ia, inclusive, avaliar a possibilidade de utilização do habeas data⁵³, como instrumento capaz de efetivar a proteção de dados pessoais.

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6387 (0090566-08.2020.1.00.0000). Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 01/12/2020.

⁵² Considerando a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos (art. 77-B, do Regimento Interno do STF), as ADIs 6388, 6389, 6390 e 6393 seguiram para relatoria da Ministra Rosa Weber e a decisão foi reproduzida nos respectivos autos. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento interno (atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 01/12/2020.

⁵³ De acordo com a Constituição de 1988, “LXXII – conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal da Legislação. Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/05/2020.

Reconhecido o direito fundamental de proteção de dados pessoais pela Constituição, e respaldado pela LGPD em seu art. 18, o usuário pode solicitar o acesso, a correção, a anonimização, a eliminação ou a portabilidade dos dados. No caso de negativa por parte do controlador, o habeas data teria, assim, a finalidade de preservação do direito à intimidade e o acesso a informações próprias e sua retificação por parte do cidadão, como fundamental instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da liberdade de informação, à liberdade de expressão e opinião e o livre desenvolvimento da personalidade estão insculpidos em tratados internacionais de amplitude global, a saber, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, além da previsão em tratados regionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, e em Resolução da ONU, que atualmente reconhecem a efetividade desses direitos vinculados ao acesso à Internet.

Reconhecido atualmente por ser indispensável à comunicação das pessoas, a Internet se mostra também imprescindível a realização de tarefas básicas do dia a dia. Por mais estranho que se apresente, não mais se concebe uma vida plena, sem a utilização das novas tecnologias, redes sociais, aplicativos, correios eletrônicos etc. É por meio destes avanços que o homem moderno se perfaz dignamente e se desenvolve integralmente. No entanto, a intensificação dessas relações no atual mundo interconectado pela Internet, se reflete decisivamente nos direitos da personalidade, que considerada como uma categoria aberta, possibilita alcançar seu objetivo que é compreender e proteger a pessoa humana em toda a integridade e complexidade do mundo real ao virtual.

Considera-se os enormes e incontáveis benefícios advindos da utilização da rede mundial, mas, é inegável que ela também traz consigo perigos que vão desde a discriminações racial, religiosa e sexual, à pornografia infantil, xenofobia e intolerâncias. Afinal, qualquer tipo de informação, seja ela financeira ou administrativa, é um alvo potencial ao crime cibernético. Registra-se também a comercialização de dados pessoais sem autorização do titular e o perfilamento preditivo, que viola o livre arbítrio, a liberdade de informação e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Inúmeros avanços são identificados no que tange a tutela desses direitos face a transformação digital. Mais recentemente, registra-se a LGPD, que regulamenta a transparência, a proteção e a privacidade dos dados pessoais em quaisquer meios, com vistas a garantir a efetividade do direito, mas também pela Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019, que visa incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

A inclusão da proteção de dados como direito fundamental ratifica o pensamento de Norberto Bobbio, de que os direitos do homem são históricos e caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁵⁴. Dito de outro modo, o direito é fruto da sociedade e seus carecimentos, e a sociedade globalizada, exige o a extensão do reconhecimento como direito essencial do homem, a proteção de dados pessoais.

Mais do que letra de lei, com a alteração do texto da Constituição, passa-se a assegurar, de forma inquestionável, a legitimidade do cidadão para impetrar ações constitucionais com vistas a proteger seu direito a proteção dos dados. Poder-se-ia defender a aplicação do habeas data, com previsão no ordenamento jurídico pátrio. Para aqueles que, no entanto, contestam sua aplicação em função de preceito dogmático, sugere-se uma revisão da natureza jurídica constitucional do instituto, a fim de se efetivar o direito tutelado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. Aspectos do uso da Internet por crianças e adolescentes. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 112, de 19 de agosto de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Congresso/adc-112-mpv954.htm. Acesso em: 01/12/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal da Legislação. Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – Promulgação. Brasília/DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 18/08/2020.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília/DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18/08/2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Portal da Legislação. Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 01/08/2020.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

- BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Portal da Legislação. Brasília/DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 20/09/2020.
- BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Portal da Legislação. Brasília/DF, 18 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm#ementa. Acesso em: 20/09/2020.
- BRASIL. Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Portal da Legislação. Brasília/DF, 9 jul. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art2. Acesso em: 20/09/2020.
- BRASIL. Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Prazo de vigência encerrado no dia 14 de agosto de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm. Acesso em: 01/12/2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Anteprojeto do Código Civil. Apresentado ao Exmo. Sr. João Mangabeira, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 31 de março de 1963, pelo prof. Orlando Gomes. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/12916>. Acesso em: 29/09/2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição, PEC 17/2019. Ofício n. 521/2019 do Senado Federal, 3 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2210757>. Acesso em: 22/09/2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição, PEC 185/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>. Acesso em: 22/09/2020.
- CASTELLS, Manuel. Communication power. New York: Oxford University Press, 2009.
- CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da Internet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.
- CASTELLS, Manuel. Sociedade em rede. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- DE CUPIS, Adriano. Direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- EUR-Lex. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União

Europeia, 4 mai. 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.POR&toc=OJ:L:2016:119:FULL. Acesso em: 28/09/2020.

EUR-Lex. Regulamentos da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:l14522>. Acesso em: 28/09/2020.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información. Revista Direito Público. Porto Alegre, v. 12, n. 64, p. 41, jul.-ago. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, 2017. 2018. p. 1-12. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf Acesso em: 16/06/2020.

LOVELUCK, Benjamim. Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29/03/2020.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. Pensar. Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 120, jan./abr. 2017. doi: 10.5020/2317-2150.2017.v22n1p108.

PECK, Patrícia. Quando a sociedade muda, o direito também deve mudar. In: KAMINSKI, Omar. Internet Legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2009.

PIAIA, Thami Covatti; RITTER, Letícia Mousquer; SANGOI, Rafael Martins. Internet, liberdade de informação e o caso das echo chambers ideológicas. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 289-309, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=310&volume=liberdade. Acesso em: 26/09/2020.

PIOVESAN, Flávia; MUNÓZ, Lucien. Internet e direitos humanos. 10 nov. 2016. In: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2016/novembro/internet-e-direitos-humanos>. Acesso em: 25/07/2020.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao Art. 5º, IV. In: CANOTILHO J. J. Gomes et al (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Lisboa, Portugal: Almedina, 2013.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição n. 6, de 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>. Acesso em: 22/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6387 (0090566-08.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23373) recebida em 19 de abril de 2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 01/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6388 (0090568-75.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23375) recebida em 20 de abril de 2020. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166>. Acesso em: 01/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6389 (0090573-97.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23477) recebida em 20 de abril de 2020. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895168>. Acesso em: 01/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6390 (0090595-58.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23606) recebida em 20 de abril de 2020. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL); Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>. Acesso em: 01/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6393 (0090705-57.2020.1.00.0000). Petição Inicial (n. 23941) recebida em 21 de abril de 2020. Requerente: Partido Comunista do Brasil; Intimado: Presidência da República; Relator: Ministra Rosa Weber – Acompanhamento Processual. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>. Acesso em: 01/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento interno (atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 01/12/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. 6 mai. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823&ori=1>. Acesso em: 22/09/2020.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Dignidade da pessoa humana e os limites à liberdade de informação. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso

Alegre, v. 32, n. 2, p. 119-142, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=213&volume=liberdade. Acesso em: 25/09/2020.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 10/09/2020.

UNITED NATIONS. General Assembly. The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. A/HRC/20/L.13, resolution adopted by the General Assembly, twentieth session, 29 June 2012. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G12/147/10/PDF/G1214710.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20/09/2020.

Data de recebimento: 15/10/2020

Data de aprovação: 24/11/2020

A SOLITUDE DA IDENTIFICAÇÃO SEXUAL: EM BUSCA DA DIGNIDADE HUMANA

SOLITUDE IN SEX IDENTIFICATION: IN SEARCH OF HUMAN DIGNITY

*Maria Anastácia Ribeiro Maia Carbonesi**
*Candido Alberto Gomes***

RESUMO

Esta pesquisa parte dos relatos de vida de estudantes de graduação de uma instituição de Brasília (DF), com o objetivo de entender como se constituem as percepções de jovens e adultos homossexuais sobre a sua inserção neste ambiente acadêmico. A fundamentação teórica envolveu as limitações do binarismo de gênero, a interação entre genética e ambiente e as relações entre o real e as construções socioculturais. A metodologia qualitativa e exploratória se baseou em entrevistas semiestruturadas em profundidade, numa amostra intencional. Como resultado, verifica-se que na infância se manifestam o isolamento e a estranheza pelas diferenças. Na adolescência, os sofrimentos dos participantes muitas vezes são agudos, em particular pelo triângulo família, religião e escola. O ambiente muda na idade adulta, embora ainda se verifique um pano de fundo de preconceito e estigma entre colegas e até professores.

Palavras-chave: Sexualidade humana. Homossexuais. Educação básica. Educação superior. Revoluções morais.

* Doutora e mestre em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em nível *lato sensu* em Filosofia e Meio Ambiente. Licenciada em Ciências Sociais e Pedagogia. Atua como docente nos cursos de graduação e mestrado em Direito no Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Possui áreas de interesse em Direitos Humanos, Educação, Políticas Públicas e Gênero. Atuação acadêmica em português e inglês. Perfil: <https://orcid.org/0000-0002-2815-8614>. Endereço para correspondência: CCSW 4, lote 1, bloco B, apartamento 509 – Sudoeste, Brasília/DF, CEP: 70.680-456. E-mail: anastacia.maia@hotmail.com. Telefone: (61) 981890591.

** PhD em Educação pela Universidade da Califórnia, Los Angeles. Licenciado em Sociologia. É autor de mais de 300 publicações acadêmicas em vários países. Professor catedrático e diretor do Centro de Investigação do Instituto de Estudos Superiores de Fafe, Portugal. Possui áreas de interesse em Direitos Humanos, Educação, Políticas Públicas e Gênero. Atuação acadêmica em português, inglês e espanhol. Perfil: www.orcid.org/0000-0001-8498-3785. Endereço para correspondência: SQS 303, bloco E, apartamento 601 – Asa Sul, Brasília/DF. E-mail: candidoacg@gmail.com. Telefone: (61) 999813940.

ABSTRACT

This research project is based on life reports by undergraduate students of a higher education institution in Brasília (DF), Brazil, aiming to comprehend homosexual young adults' perceptions about their insertion in this academic environment. Theoretical foundation included the limits of gender binarism, interaction between nature and nurture, as well as relations between reality and sociocultural constructions. Qualitative and exploratory methodology used deep semi structured interviews of an intentional sample. The main results reveal that the participants remind their social isolation and strangeness in childhood. Coming of age sometimes led them to acute suffering, particularly facing the triangle composed of family, religion, and school. This hostile environment changes in the adulthood, although they reported a background of prejudice and stigma by some colleagues and even some faculty.

Keywords: Human sexuality. Homosexuals. Basic education. Higher education. Moral revolutions.

INTRODUÇÃO

Quanto mais conhecemos, mais descortinamos a nossa ignorância diante do mistério. Descobrimos o desconhecido no interior do conhecido e do cognoscente, declara Morin¹ em seu antológico testamento. Uma das questões implicadas envolve os desejos de ver e não ver. Ideologias conferem-nos a cegueira, para enterrar tanto incômodas constatações quanto dúvidas. Isto se aplica às minorias sexuais, no sentido de Donnelly². Em percurso heterodoxo, sobre tema heterodoxo, tentemos entrar na pele de jovens adultos, estudantes de nível superior, que se declararam homossexuais por meio da narrativa da sua infância e adolescência^{3,4}.

Na visão de artista, Octavio Paz⁵ declara que a adolescência é o período em que o ser humano pela primeira vez adquire a consciência da sua singularidade. Porém, na dialética dos sentimentos, enquanto alcança a extrema consciência de

¹ MORIN, Edgar. *Croissance ignorance mystère*. Paris: Arthème Fayard Pluriel, 2018.

² DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2010.

³ CARBONESI, Maria Anastácia Ribeiro Maia. Diversidade sexual: integração de estudantes ao ambiente acadêmico. *Tese* (Doutorado em Educação), Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2629/2/MariaAnastaciaRibeiroMaiaCarbonesiTese2019.pdf>. Acesso em: 14/09/2020.

⁴ CARBONESI, Maria Anastácia Ribeiro Maia; GOMES, Candido A. Diversidade sexual na educação superior: um estudo de caso. *Revista Brasileira de Sexualidade Humana*. Rio de Janeiro, aprovado para publicação.

⁵ PAZ, Octavio. *El labirinto de la soledad*. México/Capital: Fondo de Cultura Económica-Penguin, 1994.

si, a adolescência só se supera com o esquecimento de si. Assim, é não só a idade da solidão, como também a época dos grandes amores, do heroísmo e do sacrifício. No caso das pessoas entrevistadas em uma pesquisa naturalística, a sua singularidade é por elas percebida desde a infância, ainda que de modo nebuloso. Remando na contracorrente da coercitividade social, tendem a sentir-se diferentes, estranhas, doentes, aberrantes, singulares, pois se afastam das normas sociais praticadas pelas outras crianças. Muitas se isolam, outras são expulsas dos grupos pelas diferenças. Menina não pode ir de chuteiras à escola. Menino com “trejeitos”, preferências diversas, supostamente “efeminados”, não pode jogar futebol com os colegas. Não se encaixam no rígido binarismo sexual.

Então, vêm as dúvidas, as dificuldades de autoaceitação, a sensação de erro, de pecado, de ter nascido no corpo errado. O ingresso na adolescência, dos dez anos de idade em diante, conforme o caso, leva à eclosão, com frequência vulcânica, da identidade e preferência sexuais. Meninas afastam-se de meninos por medo da sua dominação, da tradicional coação do gênero feminino. Então, nasce ou cresce a coorte de dúvidas: sofrimento, hesitação, vergonha, medo, pânico, autorrejeição, até nojo de si. Cenas da mídia ou a visão de colegas podem evidenciar a orientação sexual, não raro negada. A arte do disfarce tende a ser colocada em prática: ambos os gêneros tentam relacionamentos heterossexuais, “ficam” e percebem a falsidade contra si e a(o) outra(o), não conseguem realizar-se. Os sentimentos muitas vezes desembocam caudalosamente na aversão a si mesma(o), na depressão, nas ideações suicidas e em tentativas de suicídio.

DIREITOS HUMANOS DOS DIFERENTES

Como considerar estas pessoas? Donnelly⁶ não encontra qualquer base para discriminar as minorias sexuais diante da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O século XX e os genocídios anteriores a ele, desde ao menos a Antiguidade, nos mostram o perigo de uma cúpula social e política determinar quem é “digno” e “indigno” de viver. Daí emergiu, após um século de eclipse, a doutrina dos direitos humanos⁷, representada pela Declaração acima. Ainda assim, persiste a discriminação, conforme esta pesquisa. A União Europeia tem legislação e jurisprudência protetivas destas minorias⁸, apesar de no Conselho da Europa se verificar certa clivagem entre ocidente e oriente. Infere-se que tanto há discriminação quanto instrumentos jurídicos contra ela.

⁶ DONNELLY, Jack., *op. cit.*

⁷ HUNT, Lynn. *Inventing human rights: a history*. Nova Iorque: W.W. Norton, 2007.

⁸ JOHNSON, Paul J.; FALCETTA, Silvia. Sexual orientation discrimination and article 3 of the European Convention on Human Rights: developing the protection of sexual minorities. *European Law Review*. Inglaterra, 2018. p. 167-185.

No Brasil, Estado laico desde a Carta de 1891, primeira da República, o tempo evidencia as tensões entre fatos sociais, inclusive arraigados preconceitos e estigmas, e fatos jurídicos. Em relações contraditórias, o Poder Legislativo Federal não tem baixado leis protetivas. Por isso, o Supremo Tribunal Federal, 31 anos após a promulgação da Lei Maior de 1988, legislou até que o Poder Legislativo o faça. Em 2019, a sua maioria chegou ao entendimento de que a igualdade entre o homem e a mulher, estatuída pela Carta Magna, significa igualdade de gênero. Com isso, foi vedada a discriminação por orientação e identidade de gênero, então equiparada à discriminação racial. Com isso, a conduta passou a ser punida pela Lei do Crime Racial, Lei n. 7.716, de 1989, e tornada crime inafiançável e imprescritível. A aplicação é, contudo, difícil de efetivar.

Proclamar direitos de caráter amplo é menos difícil do que coibir devidamente ofensas do radicalismo político e religioso, o assédio à população LGBTI⁹ no trabalho, a vulnerabilidade do mesmo grupo na cidade como espaço público, nas penitenciárias, e outras múltiplas formas de discriminação e violência simbólica, física e sexual. Esta população pode tornar-se alvo de violência quando se manifesta por supostos atos e aparências, enquadrados nos estereótipos vigentes. Os dados são incertos e provavelmente parciais quando se trata de agressões homofóbicas e outras, ferimentos, mortes e também suicídios e suas tentativas, porém é evidente que esta violência existe e é revelada por dados estatísticos parciais. A distância entre o direito proclamado e a aplicação prática continua em busca da coerência. Parece que os fatos sociais chegam às discussões jurídicas, dividem-nas conflitivamente e retornam aos mesmos fatos sociais com decisões punitivas ou não. Os efeitos sociais em ambos os casos são significativos.

Retornando à quase sempre dolorosa história pregressa das(os) participantes da nossa pesquisa, evidencia-se que, dos indivíduos às instituições, é intensa a censura social. No entanto, homossexuais existem, são parte da realidade e não obra da imaginação. O dilema de aceitar ou não a “sua” realidade se desenrola com lutas íntimas e com o seu próprio meio, num processo oscilante de dissimulação/aceitação, ocultamento/manifestação, encontro/ desencontro, esperança/desespero, mas tem como denominador comum o jorrar da lava, vinda do fundo, incontível, real, inegável. Tentar enterrar a lava insepultável representa ainda maior sofrimento. No entanto, quais as origens destas minorias? Antecipamos que ainda nos deparamos com a espessa nebulosidade do desconhecimento e que a ciência não tem respostas definitivas.

⁹ Sigla aqui adotada e usada pela UNESCO correspondente a lésbica, gay, bissexuais, transexuais e intersexuais (UNESCO, 2017. p. 63).

QUE ESCLARECE A LITERATURA (E NÃO)?

Numa coletânea sobre as múltiplas revoluções deste século, Le Breton¹⁰ aborda o corpo como mediador entre o ser humano e o mundo. Por isso, o corpo assume cores, linhas, volumes conforme as circunstâncias sócio-históricas, a partir da sua casca menos estável, a moda. O século XX já o modelou de acordo com as ofertas do mercado, assim trabalhado, assinado e disciplinado. Reconfigurado na pluralidade, ele é trabalhado pelas decisões individuais, inclusive no que tange ao sexo e gênero, de modo que, pelo paradigma informacional, anacroniza a igualdade e dignidade humanas. Tecnologias, de maior e menor custo, mais e menos acessíveis, são oferecidas para transformá-lo num e noutro sentido. Nesta lista incluem-se cirurgias plásticas, aquelas que prolongam a juventude, tratamentos para prolongar a vida, cirurgias de transformação de gênero (nenhum caso declarado em nossa pesquisa) e até aquelas para convertê-lo num ser híbrido, parcialmente dotado de capacidades tecnológicas capazes de ampliar o seu poder, o possível ser pós-humano.

Neste contexto, Welzer-Lang¹¹ analisa a revolução dos gêneros, dissociados do sexo. A heterossexualidade é a última categoria sexual desconstruída e desnaturalizada, incluindo a dessacralização das sexualidades. Entre as categorias tradicionais se abre uma miríade de diversidades, não só com a reivindicação de legitimidade do homossexualismo e do bissexualismo, porém uma ampla e complexa gama de micromodelos, de identidades lábeis, de fronteiras porosas e flexíveis. Não se trata apenas da troca de casais heterossexuais, mas da difusão em grupo de identidades não heteronormativas. Está em curso, afirma o autor, uma revolução antropológica que coloca em causa as relações de filiação e a busca de sexualidades cada vez mais recreativas, pois, de fato, o ser humano é *Homo ludens*¹². Seriam como identidades fluidas (líquidas, para Bauman¹³) e, sobretudo poliédricas. O poliamor é uma das concretizações recentes, cujas implicações psicológicas, sociológicas e jurídicas precisam de maior atenção. Com movimentos centrípetos a puxar a corda, não se sabe até onde resistirá a coesão de sociedades e culturas, ou se redundarão na vigência de novos paradigmas.

A realidade europeia e as mudanças de grupos autoconsiderados vanguardistas contrasta com a singeleza, embora profunda, dos conflitos descritos acima, de crianças e adolescentes, que se tornaram os jovens adultos da nossa investigação.

¹⁰ LE BRETON, David. Le corps, des années 1970 à aujourd'hui. In: ZARKA, Yves C.; GODIN, Christian; TAUSSIG, Sylvie (org.). *Les révolutions du XXI^e siècle*. Paris: PUF, 2018. p. 207-218.

¹¹ WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 9, p. 460-480, 2^o sem. 2018.

¹² HUIZINGA, Johan. *Homo ludicus: um estudo sobre o elemento lúdico da cultura*. Lisboa: Edições 70, 2015.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

Impõe-se a coercitividade do fato social, bem definida por Durkheim¹⁴, aliado a um apego a padrões culturais que, em outros meios, seriam considerados arcaicos. A inquietude com a coesão social e cultural até pode figurar-se ociosa. Os intensos sofrimentos dos nossos personagens, hostilizados pelas instituições tradicionais, isto é, família, igreja e escola, lançados a um labirinto de dúvidas, culpas, medos de agressões de todo tipo, parece integrar uma paisagem distante. E isto depois do desencantamento da religião em relação à política (o advento do Estado laico), promovido pela modernidade, evidenciando que as revoluções das ideias muitas vezes não chegam à vida prática.

O(A) leitor(a) se perguntará o que leva meninas(os), personagens da investigação, a se sentirem e agirem diferentes desde mesmo a educação infantil. Uma lenda persistente foi a do “gene *gay*”, hoje cabalmente desmentida, mas aparentemente só em ambientes científicos. O menino nasceria com determinado gene e, pronto, logo se manifestaria a sua homossexualidade. Raramente a realidade é tão simples ou monocausal. Longa e complexa pesquisa chegou à conclusão de que vários genes influenciam os comportamentos sexuais e não são necessariamente preditivos dos mesmos¹⁵. Há também hormônios atuantes durante a gestação, afora um leque de outros fatores. Antes que surja alguém a tentar ganhar dinheiro com pais ansiosos, propondo-se a subtrair o suposto gene *gay* dos meninos, precisamos considerar que os comportamentos são possibilitados por uma rede de fatores naturais e ambientais (*nature* e *nurture*) interagindo entre si. Também não significa que filhas(os) de homossexuais sigam seus pais ou que famílias monoparentais conduzidas por mulheres tornem os filhos *gays* ou as filhas lésbicas¹⁶.

É mais provável que nos situemos como na lâmina de uma faca: de um lado, a natureza, e, de outro, o ambiente. Ambos os lados interagem de modo complexo, de tal modo que apenas levantamos a ponta do véu da realidade. De fato, conforme o testamento filosófico e poético de Morin¹⁷, vivemos num ciclo de conhecimento, ignorância e mistério, ou seja, quanto mais conhecemos, mais verificamos a pobreza do nosso conhecimento ao depararmos-nos com novos mistérios. Por isso, quanto mais se conhece, maior precisa ser a humildade. O grande conhecedor tem consciência das limitações do conhecimento e, por isso, não se ufana nem se pavoneia.

¹⁴ DURKHEIM, Émile., *op. cit.*

¹⁵ LAMBERT, Jonathan. No “gay gene”: study looks at genetic basis of sexuality. *Nature*. p. 573, 5th September, 2019.

¹⁶ GREEN, Robert-Jay; RUBIO, Ritchie J.; ROTHBLUM, Esther D.; BERGMAN, Kim; KATUZNY, Katie E. Gay fathers by surrogacy: prejudice, parenting and well-being of female and male children. *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity*. v. 6, n. 3, p. 269-283, 2019.

¹⁷ MORIN, Edgar., *op. cit.*

Neste cipoal de pesquisas, podemos deter-nos em Fausto-Sterling¹⁸. Dedicando décadas ao estudo, declara que, pelos tipos de hermafroditismo, biologicamente a espécie humana tem cinco sexos. Seu livro mais recente assinala três dualismos: entre sexo e gênero, entre *nature* e *nurture* e entre a realidade e o que é construído socioculturalmente sobre ela. Desse modo, as categorias binárias masculino e feminino nem são mutuamente exclusivas, sequer exaustivas. Mais uma vez, adentramos o reino da complexidade, das novas indagações e das dimensões da nossa ignorância. Portanto, crenças, valores e ideologias, socialmente tecidas segundo interesses grupais, agem como óculos coloridos.

Por estas lentes mediadoras, temos considerado, na História, negros como semoventes; ameríndios como pessoas ignorantes e “naturalmente” preguiçosas; arianos como membros da “raça” superior; europeus do sul como incompetentes; crianças deficientes como encarnações diabólicas; mulheres como nascidas para ser dominadas pelos homens; mulheres como incapazes de escrever delicados poemas, como Rousseau a propósito de Sórora Mariana Alcoforado; moçárabes, cristãos vistos como infiéis; judeus como causa de epidemias e outras desgraças, dignos da morte massiva para “purificar a raça”; mulheres ditas “bruxas” como seres diabólicos; e um extenso cortejo de estigmas e preconceitos diversos, orientadores de políticas – até hoje. As lentes interpostas levam a tanto, de modo nada inocente.

Louro¹⁹ mostra que a diferença estabelecida pelo conjunto de narrativas socioculturais que caracterizam o centro e o excêntrico afirmam lugares de superioridade e inferioridade. Nessa lógica, as identidades dominantes definem previamente os significados sociais que caracterizam normal e anormal, padrão e desvio: “[...] Os discursos produzem uma ‘verdade’ sobre os sujeitos e sobre seus corpos. [...]” (LOURO, 2013, p. 49). A contínua afirmação de centralidade dos discursos sobre os sujeitos e o desempenho dos seus papéis sociais, entre eles a sexualidade, fazem com que os lugares hierarquizados ganhem sentido, produzam especificidades geradoras de diferenciação social, abertamente caracterizadas como marginalidade cultural. Tem-se, portanto, o centro como a representação confiável do saudável e o excêntrico como o distanciado daquilo que a centralidade define como convencional.

As “visões conflitantes sobre a diferença” na construção do sujeito mulher e do sujeito homem entendem que os corpos feminino e masculino e os compor-

¹⁸ FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the body? Gender, politics and the construction of sexuality*. Nova Iorque: Basic, 2000.

¹⁹ LOURO, Guacira Lopes. Currículo, gênero e sexualidade: o “normal”, o “diferente” e o “excêntrico”. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (org.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. p. 43-53.

tamentos por eles expressos sob diferentes aspectos são afetados pelo conjunto de práticas e representações simbólicas produzidas pela cultura. As situações de dominação social das agências reprodutoras de padrões do corpo fazem com que haja, por meio das práticas sociais e suas estruturas discursivas, uma sujeição de feminilidade e de masculinidade. Nesse caso, a “corporificação social” no desempenho dos papéis de gênero feminino e masculino apresenta o corpo como objeto do processo social²⁰.

O corpo como resultado da cultura representa a personificação de uma realidade social, de um conjunto cultural, de um tempo histórico e os contornos e o entorno que os constituem. O corpo, assim, em vez de ser algo definido *a priori* pelo conjunto fixo e universal de características biológicas, é algo construído e, portanto, se faz situado num lugar que se desenha pelo que é provisório, mutável, movente. Não são as características biológicas do corpo que lhes conferem símbolos de identidade e lhes asseguram lugares em determinado tempo e espaço sociocultural, mas, sim, as narrativas operantes e as realidades hierárquicas que delas emergem no âmbito das práticas sociais. O corpo, fabricado de modo desnaturalizado por meio de vestimentas, alimentos, enfeites, movimentos, sentimentos, emoções e gestos, representa uma construção social, cultural e histórica transitória, efêmera e mutável²¹.

As instituições formadoras, a partir do movimento cotidiano de diferenciações e semelhanças apresentadas às crianças, oferecem condições de manutenção da supremacia do discurso central. Por sua vez, ao ecoar como modelo de normalidade do ser menina ou menino nas diferentes instâncias do convívio social, entre elas a escola, transforma o que é diferente do modelo central em identidades de desvio. Nessa perspectiva, a homossexualidade é apresentada desde a infância como a contramão dos padrões de normalidade desenhados pelas normas sociais. Nota-se, portanto, que na arena educacional, desde a educação infantil, é um desafio romper com o destino, com as amarras projetadas pela centralidade do discurso, dos ideais normativos de modelagem de comportamentos de meninas e meninos a partir da matriz da heterossexualidade.

Isso exerce consequências decisivas nos modos de existências sexuais, visto que, construídas socialmente a partir de processos de intervenção promovidos por instituições sociais como a escola e a família, os modos de relacionamentos devem conduzir a um itinerário emocional e reprodutivo de “utilidade social” demandado, produzido pela heteronormatividade. Se tais circuitos socioculturais, como a escola e a família, validam a imposição hegemônica de uma universalização

²⁰ CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebeca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: Versos, 2015.

²¹ GOELLNER, Silvana Vilodre. A produção cultural do corpo. In: LOURO, Guacira Lopes; FE-LIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (org.), *op. cit.*, p. 30-42.

zação do molde heteronormativo, não é de se estranhar que pesquisas atuais como a de Neves²², sobre os preconceitos e tabus vividos por adolescentes e jovens no âmbito da educação básica, mostrem que 84,6% dos alunos que se declaram homossexuais afirmam ter sofrido discriminação por causa de sua orientação sexual.

Segundo Borrillo²³, criam-se discursos disciplinadores, espaços e representações simbólicas que produzem e difundem imagens idealizadas de normalidade sexual, previamente nomeada de heterossexualidade. No plano social, a supremacia natural da heterossexualidade e a de distorção de normalidade atribuída à homossexualidade se traduzem em formas perturbadoras, geradoras de personalidades homossexuais homofóbicas. A tentativa de encarnação por parte da(o) homossexual do modelo de sexualidade idealizada faz com que recaia sobre ela. O medo da ação de um conjunto de constrangimentos, pressões externas de percepção de cada um sobre o seu próprio corpo, seus desejos, comportamentos e sentimentos, provocam a homofobia interiorizada. Para o autor, “As reações homofóbicas mais violentas provêm, em geral, de pessoas que lutam contra os seus próprios desejos homossexuais”²⁴.

A cultura, ao demarcar as normas de obrigatoriedade, de generalidade sexuais no âmbito das atividades humanas, se faz tanto agente integrador quanto agente promotor de condutas de violência física, psicológica e simbólica para com aqueles vistos como impudicos, representados por uma minoria desviante dos padrões estabelecidos por ela. No Brasil, a demarcação cultural heteronormativa dificulta que os homossexuais, como representação de grupos minoritários, saiam da clandestinidade por medo das ações de controle social exercidas pela padronização sociocultural hegemônica. Tal como ocorre com outras “minorias”, sua diferença a insere em um ambiente hostil de vergonha e culpa, em que a própria vítima internaliza um sentimento homofóbico contra ela mesma. Trata-se, em suma, da canalização de esforços que a preserve dos efeitos agressores de proibição social dominante. Ao falar de si mesmo, Solomon relata:

[...] Quando por fim mantive relações sexuais com um homem, aos dezessete anos, achei que estava me separando para sempre do mundo normal. Fui para casa e fervei minhas roupas, tomei um longo banho escaldante [...], como se minha transgressão pudesse ser esterilizada²⁵.

²² NEVES, Mariana Braga Alves de Souza. *Educação em sexualidade: perspectiva na vida de adolescentes e jovens?* Brasília: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

²³ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

²⁴ BORRILLO, Daniel., *op. cit.*, p. 95.

²⁵ SOLOMON, Andrew. *Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 26.

Não por acaso, o discurso é o meio pelo qual se exerce o poder de oposição entre “normalidade” e “anormalia”, e a separação entre “verdadeiro” e “falso”. Nessa perspectiva, as instâncias da vida social, a “vontade de verdade” e a “palavra proibida”, como sistemas de exclusão, se traduzem em estruturas de dominação institucionalizada, que arbitrariamente caracterizam como patológica e marginal qualquer diversidade que não responda a padronizações pré-fixadas pelo discurso historicamente “significante”, que comumente se traduzem em atos de homofobia, misoginia, etc.²⁶. Essa tendência se fortalece na verdade hegemônica e se promove na negação da ação humana como possibilidade de reorientação histórico-social. Portanto, difícil e árdua se apresenta a tarefa de enfrentamento e desconstrução desse discurso, como também na proposta de visibilidade e entendimento de novas “verdades”²⁷.

METODOLOGIA

Uma pesquisa como esta implica no acesso a confissões íntimas dos participantes. Portanto, local à prova de som, e à escolha das(os) participantes, em que as pessoas se sentissem à vontade, em encontros individuais, foram requisitos fundamentais. Igualmente, o sigilo e o claro e livre consentimento foram plenamente assegurados. Do ponto de vista ético, a investigação foi submetida à avaliação do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos e aprovada pelo Parecer n. 2.299.411, de 27 de setembro de 2017. Para o tema se definiu uma pesquisa qualitativa, de caráter descritivo e exploratório, em razão de suas vantagens de flexibilidade, inclusive de fazer-se fazendo, ou seja, podendo aprofundar-se até em questões inicialmente não previstas. Optou-se pela entrevista semiestruturada em profundidade, com uma amostra de jovens adultos estudantes de uma Instituição de Educação Superior (IES), localizada em Brasília. Em face das variações, o universo foi definido como estudantes de graduação, jovens adultos em diferentes períodos dos respectivos cursos e homossexuais autoconsiderados *gays* e *lésbicas*.

O instrumento de geração, não de mera coleta de dados, foi um roteiro semiestruturado de entrevista, capaz de permitir aos participantes um papel ativo, com plasticidade para acolher aspectos diversos, inclusive não esperados. Este roteiro passou por um pré-teste com especialistas e pessoas que não integrariam a amostra. Todavia, como compor uma amostra se muitos participantes, por medo e outros motivos, tendem a ocultar-se e a manter discreta aparência em sua

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

vida social? Seguiram-se as orientações de Patton²⁸ para amostras não probabilísticas, com a seleção de casos ricos em informações.

A amostra não permite generalizações clássicas, como as do tipo o que ocorre na IES pesquisada ocorre em outras IES, quer em Brasília, quer em outros lugares, com margens de erro para mais ou menos. A única generalização possível é aquela em que o(a) leitor(a) veja a possível identidade e/ou distanciamento em face de realidades análogas que ela(e) conhece. Os dados gerados servem como uma espécie de espelho para os leitores no que se chama generalização naturalística²⁹. Na amostra de casos ricos, o(a) pesquisador(a) busca saber quem pode ser o primeiro informante-chave (ou participante-semente) ou grupo de informantes que dará indicações sobre outros possíveis participantes. Trata-se da amostragem “bola de neve”, desenvolvida a partir de uma teia articulada de referências para a identificação e seleção de cada participante³⁰. Para ampliar a diversidade de pessoas e não se restringir à rede de relacionamentos daquele, cuidou-se de solicitar a cada participante-chave a indicação de outros quatro, dos quais somente um seria entrevistado mediante sorteio simples. Como resultado, tivemos em cada grupo de entrevistadas(os) (lésbicas e gays), cinco participantes-chave e cinco por elas(es) indicadas(os), de modo que ao todo se realizaram 20 entrevistas. Como parte deste contexto de estrutura analítica do conteúdo constitutivo da realidade empírica, delineado pelo discurso dos entrevistados, se faz importante pontuar que a pesquisadora optou pelo uso das letras do alfabeto como forma de identificação dos participantes de pesquisa. Composição esta desenhada da seguinte forma: usou-se da letra “A” à letra “J” para identificação dos participantes do gênero masculino, e da letra “K” à letra “T” para identificação das entrevistadas do gênero feminino.

A composição segundo o gênero declarado seguiu a definição da UNESCO³¹:

[A]tributos sociais e oportunidades associadas com ser homem e mulher e as relações: entre mulheres e homens, meninas e meninos, bem como entre mulheres e entre homens. Esses atributos, as oportunidades e as relações são socialmente construídas e aprendidas por meio de socialização.

²⁸ PATTON, Michael Q. *How to use qualitative methods in evaluation*. New Bury Park, Califórnia: Sage (1987) 2000.

²⁹ LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU, 2013.

³⁰ BERNARD, H. Russell. *Research methods in anthropology: qualitative and quantitative approaches*. Lanham Seabrook/Maryland: Alta Mira Press, 2005.

³¹ UNESCO. *Jogo aberto: resposta do setor de educação à violência com base na orientação sexual e na identidade/expressão de gênero*. Paris: UNESCO; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2017. p. 62.

As entrevistas foram gravadas mediante permissão expressa, codificadas, integralmente transcritas e revistas. Ninguém além do(a) pesquisador(a) teve acesso à leitura dos dados. Então, os dados foram foco da análise de conteúdo³², com a busca de categorias e subcategorias reiteradas, entre outros aspectos. O percentual de recusa foi de apenas um ou 2,5% do total.

REALIDADES VIVIDAS: EDUCAÇÃO BÁSICA E ENSINO SUPERIOR

Como amar-se a si mesma(o) se tem vergonha, auto-ódio, sente-se inquieto(o) do corpo errado? Seria bom ter nascido no corpo certo para não sofrer tanto! Pânico da condenação da família, da sua perda, da expulsão para a rua, a rua da aversiva prostituição. Medo de perder os poucos amigos ao se revelar a realidade. A morte poderia encerrar a tragédia, talvez deixando culpa àquelas(es) que fizeram “piadinhas”, “brincadeiras” (de mau gosto), agressões verbais e até físicas, no sustento dos preconceitos vigentes. Não raro o primeiro contato com o mesmo gênero descerra o temido reconhecimento da homossexualidade. Um participante (F) declarou, depois do primeiro namoro com o mesmo gênero, usando um termo autopejorativo do dualismo: “Gente, eu sou v... mesmo, não tem por onde correr”. Outro (F), aos 14 anos de idade, depois do primeiro beijo, declarou: “É isso que eu quero”, não adianta dissimular. Uma jovem (M), ao “ficar” com uma colega de cerca de 14 anos de idade, se descobriu: “Foi como se aquele escuro que estava em mim tivesse se tornado claro! [...] Eu sou isso e eu tenho de orgulhar de ser isso!” (*sic*). Outras(os), em contraste, se identificaram, mas sob a treva do medo, guardaram para si. Alguns rapazes migraram para cidades maiores, em que as mentalidades fossem mais abertas e o anonimato, um refúgio.

Nos meandros de dramas e tragédias, como atuaram três instituições, a família, a escola básica e a igreja ou religião? O temor da família fez com que um adolescente ingressasse numa academia para “aprender a andar como homem”, ante as críticas dos tios. Quanto maior a religiosidade da família, maiores as crises: choque, pranto, rejeição. Sem possibilidade de generalizar, os pais tenderam a ser mais resistentes e as mães, mais acolhedoras, prováveis reflexos do *paterfamilias* e das prescrições da maternidade. Os progenitores e os irmãos muitas vezes eram os defensores das normas sociais, do binarismo. Como entrevistamos os sobreviventes, depois do choque sobrelevou-se o amor ao(à) filho(a), independente de categorias sociais. Algumas(uns) mediadoras(es), tias, irmãs(ãos), terapeutas ajudaram a superar o caos interior e exterior. Uma possível tendência é que os rapazes *gays* são mais rejeitados que as jovens lésbicas, inclusive na educação superior.

³² BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

E a escola da infância e adolescência? Relatou-se, como omissa e cúmplice do sexismo, tanto por meio de colegas quanto professoras(es). Omitindo-se, considerou que a sexualidade é assunto para os pais, que, por sua vez, raramente abordam o tema. Então, para que serve a escola? Primeiro, entre colegas, surgem as “piadinhas”, as “brincadeiras”, os apelidos depreciativos, como “*pit bull* fêmea”, “sapatão”, “menininho” (L). Sabemos que o chiste e a piada são poderosos recursos da coerção social³³ por causarem envergonhamento público, incrustando-se e depois integrando-se ao interior das pessoas, cortando por dentro, indicando que é um indivíduo desrespeitável, inferior, durante a sua formação. A hostilidade se expressa, seja pelo *bullying* pessoal, seja pelo virtual, este para um público e envergonhamento maiores.

Os educadores são alheios. Não ajudam os alunos no desenvolvimento da consciência moral, muito menos da sexualidade. A escola não é protetiva da vítima e da testemunha: alguns entrevistados informaram que educadores consideram “normal” sofrer *bullying* aos 10-12 anos pela suposta identidade sexual, com todas as confusões pessoais e grupais. Pela ausência, a escola apoia o preconceito e a discriminação. A jovem K fez carinho na namorada, como namorados heterossexuais, então a escola fez queixa ao seu pai: ou ela se “confessava” em casa ou a escola denunciaria a “verdade”. Um rapaz (A) declarou que “nunca precisou da escola” porque sempre respondia às agressões verbais à altura. Pelos relatos, acenderam uma chama na escuridão algumas(uns) professoras(es) (filosofia e sociologia) e uma psicopedagoga, que acompanhou uma criança por três anos.

A religião e as instituições eclesiais, umas menos tolerantes que outras, levaram ao afastamento da maioria das(os) entrevistadas(os), grande parte das(os) quais informaram se autonegarem como pessoas e muito sofrerem. A religião foi apontada como a maior fonte de preconceitos e ódio. Fiéis maledicentes julgam e excluem em religiões de acolhimento do outro, de perdão e de amor ao próximo como a si mesmo. Como ampla tendência, o catolicismo foi mais tolerante, enquanto o candomblé e a umbanda foram indicados por algumas(uns) participantes como religiões acolhedoras da homossexualidade, com a doutrina da reencarnação^{34,35}. Na interseção família-religiosidade, a mãe de M disse-lhe:

³³ SALGADO, Gisele M. A vergonha como sanção social para além das normas jurídicas: um *flash mob* como instrumento de sanção pela vergonha. *Âmbito Jurídico*. p. 1-6, 31 jan. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/a-vergonha-como-sancao-social-para-alem-das-normas-juridicas-um-flash-mob-como-instrumento-de-sancao-pela-vergonha/>. Acesso em: 12/09/2020.

³⁴ DIAS, João F. Outros como nós: sexualidade, nacionalidade e conflito no candomblé em Portugal. *Lusotopie*. Bedfordshire, Reino Unido, v. 17, n. 1, p. 136-158, 2018.

³⁵ GUIMARÃES, Fernando A. S. *Corpo e espírito*: representações da homossexualidade no espiritismo. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Universidade Federal de São Carlos, São Carlos/SP, 2018.

“é o diabo no teu corpo... isso não é coisa de Deus”. A adolescente redarguiu: “Mãe, Deus vai muito além disso, eu tenho fé [...]”.

Assim, a família, instituição de socialização primária, após inculcar valores sociais, exerce a cobrança coercitiva dos mesmos, com frequência interseccionada com a religião e a escola. O “desvio” causa intensos sofrimentos individuais e grupais. Ressaltamos que a pesquisa se realizou com a nata de “sobreviventes” à trajetória de ordálios, que superaram a corrida de obstáculos internos e externos para chegar à educação superior, na idade adulta, ambiente em que não se encontra o “patrulhamento” das(os) colegas crianças e adolescentes em face dos comportamentos implícita ou explicitamente sexuais. Mais ainda, que aceitaram falar porque no Brasil o homossexualismo, ao contrário de Portugal, foi descriminalizado por D. Pedro I, em 1830, ao assinar o Código Criminal do Império. Seria muito mais difícil encontrar participantes em países que o punem como crime, inclusive com a morte.

Numerosas entrevistadas apresentam falas apontando que, no cotidiano da educação superior, neste caso a realidade por elas vivenciada, o ambiente em questão se faz favorável à existência de um diálogo sensível, respeitoso e acolhedor referente à questão da diversidade sexual. Cabe salientar que, ao se tomar as narrativas, tem-se uma convergência de discursos por parte das entrevistadas, que concordam entre si que a IES pesquisada não se constitui como instituição/ espaço que possibilita engrossar a realidade de exclusão à diversidade sexual. Tem-se um contexto na educação superior, no caso da IES alvo do estudo, que se expressa como contraponto frente aos contornos modelares que constituem de forma representativa o cotidiano da educação básica. A edificação de relações e interações sociais no âmbito da IES enfocada, no que se refere ao grupo de lésbicas entrevistadas, pode ser entendida como abertura de novos ângulos de percepção sobre a realidade de marginalização vivenciada socialmente pelos homossexuais em diferentes campos do convívio humano – ângulos ampliados que respondam à demanda coletiva de solidariedade, igualdade e respeito à diferença.

No decorrer do processo de escutas e observações, percebeu-se nas falas das entrevistadas que a realidade experienciada por elas na IES pesquisada assinala mudanças significativas no processo de construção de um lugar de inclusão e respeito à diversidade sexual no terreno da educação superior. Um novo olhar, uma nova realidade, um novo construto relacional referente à expressão da homossexualidade parece ser vivenciado por elas no ambiente da IES na qual cursam graduação. Das narrativas das entrevistadas emergiu uma realidade de certa forma positiva como instância social que contribui para o alargamento de uma sociedade democrática e plural. Ao perceberem o cotidiano acadêmico da IES enfocada, como lugar que possibilita a livre expressão da diversidade sexual, mostram a existência de um ambiente acadêmico no qual se busca dialogar com a diferença.

Do total de entrevistados do gênero masculino, seis deles dizem ter encontrado, no âmbito da IES, um ambiente de interações respeitadas no que se refere à expressão da diversidade de orientação sexual. Demonstram, por meio das narrativas, terem se sentido acolhidos de modo natural no contexto das relações sociais dentro da IES. Segundo estes entrevistados, trata-se de um ambiente que possibilita estabelecer com colegas e professores um diálogo saudável entre diferentes formas de expressão de sexualidade. Quando da expressão da homossexualidade no contexto acadêmico da IES, os participantes evidenciam perceber-se inseridos num cotidiano acadêmico caracterizado por uma dimensão respeitosa à diversidade, à multiplicidade, à pluralidade.

Das narrativas emergiu ainda a seguinte realidade: quatro dos entrevistados (A, B, G e I) entendem que existe um posicionamento de neutralidade por parte da instituição pesquisada no que se refere à adoção de práticas que possibilitem conscientizar para o respeito à diversidade de orientação sexual no âmbito da IES. Os participantes A e G direcionam o seu discurso argumentativo para o posicionamento de neutralidade assumido pela IES, pois enfatizam que esta não tem proporcionado a divulgação de informações e ações importantes no contexto acadêmico que permitam problematizar a discriminação e o preconceito com a homossexualidade. O participante A percebe no contexto do cotidiano geral da IES uma realidade de discriminação e rejeição social motivada pela orientação sexual: “[...] Há de se perceber que há uma rejeição, não há um acolhimento total, porque, querendo ou não, a sociedade é movida por padrões tradicionais” (A). No caso do entrevistado C, quando indagado sobre a realidade de acolhimento à diversidade de orientação sexual, coloca em destaque algumas situações de preconceito experienciadas por ele no âmbito da sala de aula.

É importante observar que a realidade desenhada, a partir dos conteúdos constitutivos das narrativas dos entrevistados do gênero masculino, evidencia a existência de percepções diferenciadas entre os grupos pesquisados (feminino e masculino) frente ao mesmo contexto de pesquisa. Se, no caso do grupo de lésbicas, todas se consideraram acolhidas no âmbito da IES, nas narrativas dos *gays* este consenso não se faz verdadeiro, visto que dois dos entrevistados relatam que, de algum modo, percebem uma certa resistência no contexto geral da IES quanto ao acolhimento do conjunto de representações que caracterizam a expressão da homossexualidade.

É interessante constatar que o quadro construído pelas narrativas dos participantes mostra a existência de experiências cotidianas diferenciadas entre os grupos de pesquisados dentro de um mesmo contexto institucional. A lógica coletiva tradicional de sexualidade parece demonstrar, neste estudo de caso, que há uma marca de caráter mais coercitivo do social em face da violação dos princípios de masculinidade expressos pelos *gays*, do que os de feminilidade expressos pelas lésbicas no

cotidiano de convívio da IES. Esta constatação reforça a sensação de acolhimento mais percebida pelas participantes do gênero feminino do que masculino.

As referências de análise aportadas buscaram dar visibilidade à realidade da formação acadêmica vivida pelas(os) participantes, tendo como foco analítico central a influência da orientação sexual no processo de inserção de lésbicas e gays no contexto de relações e interações que tecem o universo cotidiano, demarcado pelas particularidades que caracterizam a educação superior. Dentro desta abordagem do estudo, buscou-se analisar construções narrativas que conduzissem ao entendimento se estas(es) se sentiam inseridas(os) ou não no contexto acadêmico no âmbito da educação superior; se a sua orientação sexual se fazia elemento dificultador de inserção e se a realidade vivida neste contexto apresentava uniformidades e/ou diferenças com o que havia sido experienciado no cenário da educação básica no que se refere à sexualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa amostra, pelas circunstâncias, excluiu aquelas(es) que ficaram pelo caminho, pois o nosso objetivo central era identificar a integração de estudantes ao ambiente acadêmico. Chegando a este, tinham um ambiente adulto, sem as inseguranças, modesto desenvolvimento moral e o policiamento social de colegas e professores. Todas(os) adultas(os), novas ideias e valores passam a nortear as condutas, embora não sem laivos implícitos de rejeição por algumas(uns) colegas e professores, os primeiros com “piadinhas” ao estilo adolescente, destoantes da adulez.

A passagem dos ambientes infantil e adolescente para o adulto evoca as quatro revoluções morais analisadas pelo filósofo Appiah³⁶: o duelo, a deformação dos pés das meninas chinesas, o fim da escravatura atlântica e a punição mortal de mulheres, vítimas de crimes, pelo código de honra familiar. Embora com o risco de um relato superficial, Appiah verifica que existem valores prévios contrários às condutas, como os valores cristãos e humanitários contra a escravatura. Quando os códigos morais afetam negativamente a honra, isto é, a visão das outras pessoas sobre um indivíduo, grupo ou país, de modo que não se possa manter a cabeça erguida diante daqueles cuja opinião importa, as mudanças sociais começam a ocorrer e emerge o processo de envergonhamento, inclusive nacional, no contexto da globalização. Assim, a honra é uma catalisadora da transformação, pela qual, no que tange à diversidade sexual, em certos meios as críticas, e mais ainda as agressões, se tornam arcaicas e vexatórias. Por exemplo, em país liberal uma piada sobre gays na televisão ou filme pode ser rejeitada como sem graça e de mau gosto. Assim, pode chegar o momento em que sociedades

³⁶ APPIAH, Kwame A. *The honor code: how moral revolutions happen*. Nova Iorque: W.W. Norton, 2010.

inteiras caiam no ridículo pelas sanções sociais aplicadas à diversidade sexual, o que constituiria mais uma revolução moral.

A realidade em foco é um ponto de partida para se pensar de forma crítica no que se refere à resistência e aos obstáculos que deverão ser enfrentados para a superação de práticas tradicionais hegemônicas de violência e *bullying* homofóbico no contexto da educação. Os circuitos socioculturais institucionalizados de discriminação, de modo entrelaçado, coexistem com práticas sociais que têm como finalidade propagar, por meio de experiências cotidianas escolares de crianças e jovens, os padrões de “normalidade heterossexual”, assim como categorizações sociais que agenciam a exclusão e a proibição da existência de identidades homossexuais da infância à fase adulta. Agentes institucionais são encarregados de generalizar atitudes e comportamentos sociais neutralizadores e discriminatórios quanto à diversidade de orientação sexual, promotores de condutas e de práticas homofóbicas.

Projetar perspectivas futuras para o enfrentamento de ações cotidianas de violência física e simbólica contra a diversidade de orientação sexual, de certa forma, impõe um exercício reflexivo sobre as marcas identitárias impostas pelo coletivo sobre a constituição da identidade individual. Compreender o comportamento sexual, a identidade sexual nos seus variados aspectos no contexto atual, faz-se um grande desafio. Deve-se reconhecer que a perspectiva tradicionalista de sexualidade busca manter inderrogável a aplicação efetiva da identidade coletiva na construção das identidades individuais. Isso, por sua vez, coaduna com a manutenção da centralidade da heteronormatividade, hegemonicamente delimitada, espaço privilegiado para o desenvolvimento de identidades coletivas homofóbicas, traduzidas em sofrimento e humilhações à dignidade da pessoa humana.

Trata-se de propor uma reflexão sobre as tentativas empreitadas em tempos hodiernos pelas instituições sociais, entre elas a educação, de duras realidades de estruturas simbólicas deterministas, que negam de forma imoral, patológica, estigmatizada e estereotipada, nos diferentes níveis educacionais, o direito à diversidade de orientação sexual. Distante de ser uma visão histórico-social renovada sobre a identidade de gênero e sexualidade, implica relações de poder que se sustentam na ideia determinista de transmissão institucionalizada de práticas sexuais padronizadas. Pressupõe-se, assim, a tomada de consciência do papel importante da educação formal e informal na orientação para a socialização de princípios e valores de respeito à diversidade, que proporcione um certo nível de bem-estar social e segurança às pessoas, independentemente da sua identidade sexual.

Em outras palavras, a educação formal e informal como sistema representacional que pensa as atividades humanas e o conjunto de saberes por ela socializado a partir do princípio do respeito aos direitos humanos, precisa converter-

-se em espaço para tornar visível o eu e o outro, suas particularidades, igualdades e diferenças. O descarte da ignorância sobre a sexualidade e a diversidade de orientação sexual devem ser concebidos pela educação formal e informal como melhoria em prol do desenvolvimento dos sujeitos sociais. Pensemos, portanto, que o desafio se faz na construção de uma discursividade sustentada na concepção de dilatação do estado de normalidade a categorias diversificadas e contraditórias entre si. Pois, como alerta Solomon, “[...] a visão tríplice da homossexualidade como crime, doença e pecado permanecem potentes”³⁷.

REFERÊNCIAS

- APPIAH, Kwame A. *The honor code: how moral revolutions happen*. New York: W.W. Norton, 2010.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BERNARD, H. Russell. *Research methods in anthropology: qualitative and quantitative approaches*. Lanham Seabrook/Maryland: Alta Mira Press, 2005.
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- CARBONESI, Maria Anastácia R. M. *Diversidade sexual: integração de estudantes ao ambiente acadêmico*. Tese (Doutorado em Educação), Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdt.d.ucb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2629/2/MariaAnastaciaRibeiroMaiaCarbonesiTese2019.pdf>. Acesso em: 14/09/2020.
- CARBONESI, Maria Anastácia R. M.; GOMES, Candido A. Diversidade sexual na educação superior: um estudo de caso. *Revista Brasileira de Sexualidade Humana*. Rio de Janeiro, aprovado para publicação.
- CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebeca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: Versos, 2015.
- DIAS, João F. Outros como nós: sexualidade, nacionalidade e conflito no candomblé em Portugal. *Lusotopie*. Bedfordshire, Reino Unido, v. 17, n. 1, p. 136-158, 2018.
- DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2010.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Nacional, 1995.
- FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the body? Gender, politics and the construction of sexuality*. New York: Basic, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Loyola, 2013.

³⁷ SOLOMON, Andrew. *Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 29.

- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- GOELLNER, Silvana Vilodre. A produção cultural do corpo. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (org.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. p. 30-42.
- GREEN, Robert-Jay; RUBIO, Ritchie J.; ROTHBLUM, Esther D.; BERGMAN, Kim; KATUZNY, Katie E. Gay fathers by surrogacy: prejudice, parenting and well-being of female and male children. *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity*. v. 6, n. 3, p. 269-283, 2019.
- GUIMARÃES, Fernando A. S. *Corpo e espírito: representações da homossexualidade no espiritismo*. Dissertação (Sociologia), Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2018.
- HUIZINGA, Johan. *Homo ludicus: um estudo sobre o elemento lúdico da cultura*. Lisboa: Edições 70, 2015.
- HUNT, Lynn. *Inventing human rights: a history*. New York: W.W. Norton, 2007.
- JOHNSON, Paul J.; FALCETTA, Silvia. Sexual orientation discrimination and article 3 of the European Convention on Human Rights: developing the protection of sexual minorities. *European Law Review*. Inglaterra, 2018. p. 167-185.
- LAMBERT, Jonathan. No “gay gene”: study looks at genetic basis of sexuality. *Nature*. p. 573, 5th September, 2019.
- LE BRETON, David. Le corps, des années 1970 à aujourd’hui. In: ZARKA, Yves C.; GODIN, Christian; TAUSSIG, Sylvie (org.). *Les révolutions du XXI^e siècle*. Paris: PUF, 2018. p. 207-218.
- LOURO, Guacira Lopes. Currículo, gênero e sexualidade: o “normal, o “diferente” e o “excêntrico”. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (org.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. p. 43-53.
- LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU, 2013.
- MORIN, Edgar. *Croissance ignorance mystère*. Paris: Arthème Fayard Pluriel, 2018.
- NEVES, Mariana Braga Alves de Souza. *Educação em sexualidade: perspectiva na vida de adolescentes e jovens?* Brasília: Novas Edições Acadêmicas, 2017.
- PATTON, Michael Q. *How to use qualitative methods in evaluation*. New Bury Park, Califórnia: Sage (1987) 2000.
- PAZ, Octavio. *El labirinto de la soledad*. México/Capital: Fondo de Cultura Económica-Penguin, 1994.
- SALGADO, Gisele M. A vergonha como sanção social para além das normas jurídicas: um flash mob como instrumento de sanção pela vergonha. *Âmbito Jurídico*. p. 1-6, 31 jan. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/a-vergonha-como-sancao-social-para-alem-das-normas-juridicas-um-flash-mob-como-instrumento-de-sancao-pela-vergonha/> Acesso em: 12/09/2020.
- SOLOMON, Andrew. *Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 26.

UNESCO. *Jogo aberto*: resposta do setor de educação à violência com base na orientação sexual e na identidade/expressão de gênero. Paris: UNESCO; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2017.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 9, p. 460-480, 2º sem. 2018.

Data de recebimento: 13/10/2020

Data de aprovação: 11/01/2021

**BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS
COMO RISCO À DEMOCRACIA:
ANÁLISE CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS EDITADAS EM MATÉRIA
TRABALHISTA NO MARCO PÓS-REFORMA**

**BANALIZATION OF PROVISIONAL MEASURES
AS A RISK TO DEMOCRACY:
CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF PROVISIONAL
MEASURES ISSUED IN LABOR LAW MATTERS
IN THE POST-REFORM FRAMEWORK**

*Leandro do Amaral D. de Dorneles**

*Vitor Kaiser Jahn***

*Pedro Fülber Simon****

-
- * Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS). Titular da cadeira 28 da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho (ASRDT). Endereço para correspondência: Av. João Pessoa, n. 80, 2º andar, Porto Alegre/RS, CEP: 90.040-000. Telefone: (51) 3308-3306.
- ** Mestrando em Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Seguridade Social pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) em parceria com a Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado sócio do escritório Simon, Nadal & Jahn Advocacia. Endereço para correspondência: Av. Praia de Belas, n. 1212, sala 1223, Porto Alegre/RS, CEP: 90110-000. E-mail: vitor@snjadvocacia.com.br. Telefone: (51) 99669-3341.
- *** Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul (OAB/RS). Advogado sócio do escritório Simon, Nadal & Jahn Advocacia. Endereço para correspondência: Av. Praia de Belas, n. 1212, sala 1223, Porto Alegre/RS, CEP: 90110-000. E-mail: pedro@snjadvocacia.com.br. Telefone: (51) 99665-5813.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo desvendar quais os limites constitucionais que balizam o poder legiferante atípico outorgado ao Presidente da República através das medidas provisórias, objetivando analisar se estes foram respeitados pelas MPs editadas na seara do direito do trabalho no marco pós-reforma. Para tanto, adota o método dedutivo e a revisão bibliográfica e documental como técnica de pesquisa. Apresenta o papel das medidas provisórias na ordem democrática e a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao controle jurisdicional do preenchimento dos pressupostos constitucionais. Em seguida, analisa as medidas provisórias editadas em matéria trabalhista no marco pós-reforma, verificando a inadequação das MPs 808/2017 e 905/2019. Por fim, reconhecendo a excepcionalidade do instituto, conclui que os critérios de relevância e urgência necessitam ser despidos do caráter estritamente político para que, alcançando uma conotação jurídica, viabilizem o controle pelos demais Poderes da República e, assim, um modelo mais democrático.

Palavras-chave: Medidas provisórias. Separação de poderes. Democracia. Reforma trabalhista.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to unveil which constitutional limits mark out the atypical legislative power granted to the President through Provisional Measures, aiming to analyze whether these were respected by the PMs edited in the context of the post labor law reform. To do so, it adopts the deductive method and the bibliographic and documentary review as a research technique. It presents the role of Provisional Measures in the democratic order and the interpretation given by the Supreme Court about the judicial review over the fulfillment of the constitutional requirements. Then, it analyzes the Provisional Measures issued in labor law matters in the post-reform framework, checking the inadequacy of PMs 808/2017 and 905/2019. Finally, recognizing the exceptionality of the institute, it concludes that the criteria of relevance and urgency need to be stripped of its strictly political character, so that, reaching a legal connotation, became enable to be controlled by the other Branches and, thus, allow a more democratic model.

Keywords: Provisional measures. Separation of powers. Democracy. Labor law reform.

INTRODUÇÃO

Ao Presidente da República é dado editar medidas provisórias em caso de relevância e urgência, prerrogativa de estrondoso poder normativo. Embora condicionadas ao controle político *a posteriori* pelo Congresso Nacional, as medidas provisórias passam a produzir efeitos a partir de sua publicação, ensejando

uma série de repercussões sobre o ordenamento jurídico, modificado de inopino, com uma imediatidade extraordinária que não encontra paralelo no processo legislativo típico. Trata-se, pois, de uma ferramenta que necessita ser utilizada com cautela, parcimônia, e, especialmente, em observância às balizas constitucionais.

A experiência, porém, revela que o instituto das medidas provisórias tem sido ampliado pelo Poder Executivo. Os Presidentes da República têm recorrido a esse poder legiferante precário e atípico para introduzir verdadeiras reformas ao ordenamento, à revelia dos debates democráticos ínsitos ao processo legislativo, inclusive em situações que não se mostram dotadas de relevância e urgência.

Notadamente no âmbito do direito do trabalho no marco pós-reforma de 2017, a adoção de medidas provisórias tem sido reiterada. Em vez da proposição do competente projeto de lei por iniciativa do Presidente da República (art. 84, III, da Constituição), o qual, inclusive, pode ser incluído com urgência na pauta parlamentar (art. 64, § 1º, da Constituição), medidas provisórias de duvidosa adequação aos pressupostos constitucionais têm sido editadas.

Assim, a pesquisa revelada neste artigo é impulsionada pelo problema de pesquisa formulado através da seguinte questão norteadora: foram observados os requisitos constitucionais para a edição de medidas provisórias em matéria de direito do trabalho no marco pós-reforma de 2017?

Como hipótese de orientação à elaboração e estruturação da pesquisa, tem-se que, na adoção de medidas provisórias, especialmente no período e na matéria em análise, o Poder Executivo tem banalizado os critérios de relevância e urgência estipulados na Constituição da República e, por isso, afrontado os ideais democráticos.

Nessa senda, o presente artigo tem por objetivo geral analisar se as Medidas Provisórias editadas na seara do direito do trabalho no marco pós-reforma de 2017 romperam indevidamente os limites constitucionais, o qual desdobra-se no objetivo específico de desvendar, na doutrina constitucionalista e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual o grau de abstração das limitações ao poder legiferante atípico outorgado ao Presidente da República através do instrumento das medidas provisórias, inseridas em um sistema de separação de poderes.

Adotando o plano francês e o método dedutivo, o artigo será desenvolvido em dois blocos: no primeiro, com abordagem geral, serão apresentadas as balizas constitucionais que limitam o âmbito de edição de medidas provisórias; e, no segundo, com abordagem específica, será analisada a adequação das Medidas Provisórias n. 808/2017, 905/2019, 927/2020 e 936/2020 aos desígnios constitucionais.

Em derradeiro quanto aos aspectos introdutórios, a técnica de pesquisa será a bibliográfica e documental, com a revisão da literatura, da legislação e da jurisprudência, pois permite agregar os resultados obtidos para, em sua análise, apresentar conclusões para solução do problema de pesquisa.

MEDIDAS PROVISÓRIAS NA ORDEM DEMOCRÁTICA

Uma democracia pressupõe, em contrariedade a todas as formas de governo autocrático, um sistema de normas que estabeleça quem está autorizado a tomar as decisões coletivas – no qual deve estar prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados – e com quais procedimentos¹.

A repartição de Poderes e a delimitação de competências é, portanto, elemento central de qualquer regime democrático. Reconhecida como um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, a separação de Poderes busca congrega a divisão de funções entre órgãos diversos com o controle recíproco, tendo por corolário a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais². Conforme Barroso, para que a dita independência orgânica seja respeitada, ao menos três requisitos devem ser observados:

(i.) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo; (ii.) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii.) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes³.

A Constituição de 1988, partindo da concepção da separação de Poderes como base do sistema presidencialista, manteve precipuamente a função legiferante sob o manto do Poder Legislativo, cabendo ao Presidente da República, na forma do art. 66, o ato sancionatório. Afinal, a lei oriunda do Parlamento, por ser fruto do debate institucional de representantes eleitos, é tida como expressão privilegiada do princípio democrático, sendo o veículo mais apropriado e seguro para a inovação da ordem jurídica⁴.

¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 12 e 17.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 111.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020 (*e-book*).

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 256.

Ressalta-se, porém, que o arquétipo constitucional brasileiro alargou, na esteira do constitucionalismo contemporâneo, a atividade normativa do Poder Executivo. Trata-se, neste particular, de uma função atípica.

Prova desta constatação é a possibilidade de elaboração, pela Presidência da República, de leis delegadas (art. 68 da CRFB), decretos (art. 84, incs. IV e VI, da CRFB) e de medidas provisórias (art. 62 da CRFB). No que interessa ao presente estudo, as medidas provisórias, criadas para substituir os decretos-leis⁵, são atos normativos emanados pelo chefe do Poder Executivo, o qual, excepcionando o princípio do monopólio da função legislativa pelo Congresso Nacional, exerce, sob determinados requisitos, um poder formal e limitado de confecção de medidas com força de lei.

Trata-se, portanto, de espécie normativa tão importante quanto perigosa. Ao passo que busca conciliar efetividade com celeridade, os seus limitadores podem ser facilmente negligenciados, representando uma indevida usurpação da competência legiferante pelo Executivo, colocando em xeque a arquitetura constitucional pátria.

Para a melhor compreensão do instituto, rememora-se que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 foi permeada pelo debate acerca da adoção de um regime parlamentarista ou presidencialista de governo, o que fez com que os Constituintes buscassem inspiração para a redação do texto constitucional nas constituições de países que adotavam qualquer uma das mencionadas formas de governo. Daí que, em que pese a Itália seja um país de tradição parlamentarista, foi o art. 77 da Constituição Italiana⁶ que serviu de modelo para os Constituintes quando da incorporação do instituto da medida provisória na Constituição da República de 1988, ao final com matriz presidencialista.

Tal fato histórico é importante para, ao menos parcialmente, explicar as dificuldades enfrentadas no cotidiano político-institucional brasileiro, pois um dos fundamentos para a existência de medidas provisórias é a pressuposição de uma relação de confiança entre Governo e Parlamento, típica de regimes parla-

⁵ Antecedente lógico das medidas provisórias, o decreto-lei era previsto no art. 58 da Constituição de 1967, e, após a Emenda Constitucional n. 01/1968, no art. 55. Em nosso entender, a principal diferença entre os institutos reside na alteração do resultado da não deliberação acerca do ato pelo Congresso Nacional. Isto é, da consequência jurídica ao silêncio parlamentar: enquanto o decreto-lei teria a sua aprovação tácita, a medida provisória apenas se converte em lei se aprovada pelo Congresso. Ou seja, a ausência de deliberação desagua na rejeição tácita.

⁶ Art. 77 da Constituição italiana, em tradução livre: “O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valores de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve no próprio dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, foram propositadamente convocadas, devendo reunir-se no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos”.

mentaristas, o que não se verifica obrigatoriamente no arranjo institucional do presidencialismo^{7,8,9}.

De todo modo, o instituto da medida provisória está em nossa Constituição e, como evidenciam as últimas três décadas, é peça reiteradamente utilizada no xadrez político. Encontra-se no art. 62 da Constituição, dispositivo que, em sua redação original, disciplinava “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.

Desde a promulgação da Carta de 1988, porém, a espécie normativa em questão foi utilizada de forma indiscriminada por todos os Presidentes da República, o que gerou, de imediato, forte oposição dentro das casas legislativas¹⁰. Entendeu-se necessária a reforma diante do notório e reiterado abuso da adoção de medidas provisórias, com sucessivas reedições e em desrespeito aos seus limites materiais impostos pela ordem constitucional.

Inúmeras propostas de emenda à Constituição foram apresentadas para tentar corrigir esse problema, dando-se destaque para a PEC n. 472/1997, a qual foi aprovada e convertida na Emenda Constitucional n. 32/2001, acrescentando diversos parágrafos ao art. 62. Em que pese a nova disciplina da matéria não tenha corrigido todas as distorções relativas à adoção de medidas provisórias¹¹ – como se pretende demonstrar ao longo deste artigo –, é bem verdade que foi incorporado ao texto constitucional o entendimento jurisprudencial e doutrinário consagrado à época, dando uma solução definitiva para importantes questões, tais como o estabelecimento de limites materiais expressos (§ 1º) e a vedação de reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa (§ 10º)¹².

⁷ JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Comentário ao artigo 62 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (e-book).

⁸ Similarmente, conclui Tavares que, em teoria, “a medida provisória contextualiza-se mais exatamente em sistemas parlamentaristas” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 [e-book]).

⁹ Consoante aponta Humberto Ávila, a produção normativa pelo Poder Executivo brasileiro deve obedecer a princípios diversos dos correspondentes italianos, uma vez que “a utilização da experiência italiana em um sistema diverso pode conduzir – como de fato já o fez – a um exercício abusivo do poder normativo pelo Poder Executivo” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 36-37).

¹⁰ Veja-se que, entre 1989 e 1990, foram propostas três PECs pelos próprios deputados constituintes para reformar o art. 62 da Constituição, tendo duas delas (PECs ns. 04/1989 e 42/1990), inclusive, proposto a supressão por completo do dispositivo.

¹¹ Para uma interessante análise das consequências práticas advindas das alterações trazidas pela EC n. 32/2001, GASPARDO, Murilo; MICHÉIAS, Mayara Paschoal. O controle da edição de medidas provisórias: avaliação legislativa da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. esp., n. 39, p. 192-210, dez. 2018.

¹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Medidas Provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 4, p. 423-446, mai. 2011.

Fato é que o *caput* do art. 62 da Constituição teve a sua gênese inalterada e, da sua leitura, extrai-se que as medidas provisórias, embora tenham “força de lei”, com as leis não se confundem. Em verdade, são profundamente diferentes das leis. Afinal, por não dotar o Executivo de poder legiferante típico, as medidas provisórias são a forma excepcional de regular provisoriamente, à revelia do Congresso Nacional, certos assuntos, ao passo que a lei é instrumento adequado para regulamentar a normalidade.

As medidas provisórias são efêmeras e possuem duração máxima estabelecida na Constituição – 60 dias, prorrogáveis por igual período –, não tendo as leis semelhante limitação. Além do mais, as medidas provisórias são precárias, porquanto podem ser infirmadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional dentro do seu prazo de vigência. Nessa hipótese, a medida provisória que não for confirmada perderá a sua eficácia *ab initio*¹³, enquanto uma lei revogada cessaria os seus efeitos *ex nunc*.

E, claro, a principal diferença entre ambos os institutos: a medida provisória possui os requisitos materiais de *relevância* e *urgência* para a sua edição.

Clèmerson Clève destaca que a *relevância* não é apenas um pressuposto relacionado à matéria veiculada na medida provisória, mas, também, à situação ensejadora do provimento. Conforme o autor, o critério da relevância apenas estará suprido quando vincular-se à realização do interesse público. Tal legitimação não se confunde, entretanto, com a competência ordinária da Presidência, desafiadora do processo legislativo comum: é, antes, “de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade”¹⁴.

Por sua vez, haverá *urgência* quando se estiver diante de situação de indeferibilidade do provimento, a qual deve ser relevante o suficiente para impedir o emprego dos meios ordinários, em casos de perigo de dano, de modo que a conjuntura de periculosidade seja “exigente de *ordinanza extra ordinem*”¹⁵.

Justifica-se a adoção de medidas provisórias, então, ante casos graves e de interesses invulgarmente importantes, cuja almejada tutela deva ser adotada sem retardamento, à falta da qual a sociedade estaria exposta a sérios riscos ou danos. Em outras palavras, em hipótese alguma considerar-se-á urgente aquilo que

¹³ Porém, ressalva-se que, na forma dos §§ 3º e 11 do art. 62 da CRFB, se não editado decreto legislativo em sentido contrário, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória conservar-se-ão por ela regidas.

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2000. p. 69-70.

¹⁵ *Ibid.*, p. 71-72.

possa aguardar, sem comprometimento do interesse público, o prazo necessário para que o Congresso Nacional aprecie projeto de lei de iniciativa do Presidente, o qual pode, inclusive, solicitar regime de tramitação urgente, na forma do art. 64, §§ 1º a 4º, da CRFB¹⁶. Desta feita, a ausência de demonstração conjunta da relevância e da urgência proíbe o chefe do Poder Executivo de editar o provimento provisório, porque já desbordada a sua competência legislativa, que é juridicamente delimitada¹⁷.

Destarte, se o Poder Executivo puder aguardar o processo ordinário de elaboração das leis pelo Congresso Nacional sem que haja risco de perecimento do bem ou direito que se busca tutelar, será “incabível, porque inconstitucional, sua apresentação pela via da excepcional da medida provisória”¹⁸. Tratar-se-ia de utilização abusiva do art. 62 da CRFB, o que não se pode tolerar em um Estado de Direito sedizente democrático.

Tais dissemelhanças revelam, pois, que a força jurídica da medida provisória não é igual à das leis, sendo erro grosseiro analisá-las como se fossem leis expedidas pelo Poder Executivo. Daí porque não podem as medidas provisórias consubstanciar uma mera alternativa ao Executivo para a regulação substitutiva do procedimento normal, qual seja, a via da instauração do processo legislativo por sua iniciativa, na forma do art. 61 da Carta Constitucional¹⁹.

Todavia, as características da medida provisória – excepcional, efêmera e precária – não parecem encontrar eco quando se analisa a adoção de diversas destas pela Presidência da República. Veja-se que, já em 1990, Eros Grau afirmava que grande parte das medidas provisórias adotadas pelo então Presidente não resistiria ao confronto com essas limitações²⁰.

Como visto, a medida provisória é espécie normativa que deve ser utilizada com absoluta excepcionalidade, haja vista que a não observância de seus estritos requisitos pode afrontar o princípio da separação dos Poderes, na medida em que se estaria rompendo com o monopólio da função legiferante do Poder Legislativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello, há longa data, alerta pela importância do controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias, eis

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, v. 4, p. 115-121, mai. 2011.

¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 24.

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (e-book).

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, v. 4, p. 115-121, mai. 2011.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*. v. 658, p. 240-242, ago. 1990.

que o Estado de Direito deve conformar o político às pautas jurídicas, “com o específico propósito de impedir que sejam tomadas ‘quaisquer decisões políticas’, por ‘quaisquer meios’ e em face de ‘quaisquer circunstâncias’”. O desrespeito aos requisitos autorizativos instituídos pelo constituinte para a adoção de medidas provisórias acaba por curvar a ordem jurídica pátria à “vontade soberana, olímpica, do Presidente, convertido dessarte em monarca absoluto”²¹.

Em outra obra, segue o autor afirmando que as noções de relevância e urgência não podem ter seu significado dimensionado exclusivamente pelo Presidente da República, à mercê de seu próprio juízo discricionário, uma vez que o delineamento e a extensão da competência para produzir medidas provisórias não decorreria da Constituição e teria o âmbito que chefe do Poder Executivo lhes quisesse dar. Nesse cenário, em vez de o Presidente estar limitado pelo Direito, seria ele quem decidiria a sua própria esfera de competência, o que violaria a ordem democrática²².

Porém, não é esta a compreensão que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal. Rememora-se alguns julgados da Corte, os quais refletem a posição do STF acerca do exame judicial dos requisitos da relevância e urgência.

Ao examinar a Medida Cautelar retratada na ADI n. 162^{23,24}, de 1989, o Min. Moreira Alves apontou que era preciso rever a forma como a Corte avaliava o cumprimento das exigências para a edição de Decretos-Lei (considerados, então, critérios políticos entregues à discricionariedade e oportunismo presidencial), sob pena de admitir-se abusos do poder de legislar mediante medidas provisórias, em contrariedade à restrição estabelecida no texto constitucional. No caso em exame, porém, o Plenário entendeu que estariam presentes os requisitos autorizativos para a edição do provimento.

Em que pese o grande número de Medidas Provisórias adotadas neste interregno, ao que se tem notícia, foi apenas na análise da Medida Cautelar retratada na ADI n. 1.753-2²⁵, em 1998, que, pela primeira vez, o Supremo Tribunal

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*. v. 758, p. 11-15, dez. 1998.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das medidas provisórias. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, v. 4, p. 115-121, mai. 2011.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162/DF. Rel. Min. Moreira Alves, 14 de dezembro de 1989. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 19 set. 1997.

²⁴ Similar compreensão extrai-se do voto do Min. Celso de Mello na ADI-MC n. 293 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293/DF. Rel. Min. Celso de Mello, 06 de junho de 1990. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 18 jun. 1990).

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753-2/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16 de abril de 1998. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 24 abr. 1998.

Federal determinou a suspensão parcial de medida provisória em razão do não cumprimento do requisito constitucional de urgência. Na oportunidade, suspendeu-se o art. 4º e seu parágrafo único da MP n. 1.632-11/1998, que tratava sobre hipóteses de cabimento de ação rescisória por entes públicos.

Um outro exemplo a esse respeito advém da ADI n. 2.348-9²⁶, na qual o Min. Marco Aurélio, analisando o art. 14, § 2º, inciso I, da MP n. 2.037-24/2000 – que versava sobre isenções de COFINS a empresas estabelecidas na zona franca de Manaus –, registrou que aquele seria um caso emblemático de abuso de poder e desvio da finalidade própria para tal ato normativo, qual seja, “de atender a situações emergenciais para aguardar-se a palavra final do Poder que tem como atividade precípua a de legislar”²⁷.

Em que pese o Poder Judiciário – naturalmente, o Supremo Tribunal Federal – tenha se mostrado mais atuante no exame do preenchimento dos requisitos constitucionais²⁸, a Corte tem adotado uma postura de contenção, exercendo controle apenas em casos excepcionais²⁹. Tal posicionamento corrobora com a lição de Amaral Júnior, para quem a *relevância* e *urgência* permanecem sendo critérios políticos, confiados ao Presidente da República e ao

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.348-9/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2000. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 14 dez. 2000.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ A título de exemplo, cita-se também a ADI n. 4.717, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia, em cujo voto registrou que a exposição de motivos da MP n. 558/2012, que tratava do Parque Nacional da Amazônia, “não demonstrou, de forma satisfatória, a presença dos requisitos constitucionais de relevância e urgência do caso [...] apta à autorização do exercício excepcional da competência normativa primária do Presidente da República”. Diante dos debates em plenário, o Min. Barroso sugeriu, em seu voto, interessante tese de que o ônus argumentativo da urgência incumbe ao Poder Executivo: “A supressão ou redução de uma unidade de conservação ambiental, como regra geral, não constituirá providência de urgência capaz de preencher os requisitos do *caput* do art. 62 da Constituição. É possível, em tese e por exceção, que o Poder Executivo seja capaz de superar o ônus argumentativo da demonstração da urgência” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.717/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia, 5 de abril de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 15 fev. 2019).

²⁹ Ao examinar a ADI n. 2.425, o Min. Ricardo Lewandowski proferiu voto ressaltando que o controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência apenas é possível quando “existente abuso de poder” ou a ausência destes pressupostos for “evidente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.425/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. Min. Edson Fachin, 14 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 10 out. 2018). Na mesma toada, nos autos da ADI n. 4.101, o Min. Luiz Fux mencionou que o controle jurisdicional em questão “pressupõe a flagrante abusividade do poder normativo conferido ao Executivo”, devendo ser restrito “às hipóteses de zona de certeza negativa da sua incidência” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.101/DF. Rel. Min. Luiz Fux, 16 de junho de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 06 set. 2020).

Congresso, de tal sorte que apenas excepcionalmente seria dado ao Poder Judiciário escrutiná-los³⁰.

A mencionada contenção judicial, por óbvio, não pode representar uma “carta branca” à Presidência da República. As lições de hermenêutica ensinam-nos que cláusulas de exceção – em especial quando previstas pelo Constituinte originário – devem ser interpretadas cautelosamente e com estrito cuidado. Conforme alerta Cunha Ferraz, uma norma constitucional de exceção deve ser interpretada em consonância com o princípio da unidade constitucional, não podendo o intérprete lhe dar alcance maior do que o desígnio constitucional permite, isto é, interpretando extensivamente a regra para alcançar situações não admitidas pela expressa dicção constitucional³¹.

Em nosso entender, o controle intersubjetivo das razões que levaram à adoção de determinada medida provisória é indispensável para a manutenção do caráter democrático do ato e, para que tal desiderato seja viável, os critérios de *relevância* e *urgência* necessitam ser melhor objetivados e – em certa medida – despidos do seu caráter estritamente político^{32,33} em prol do reconhecimento de sua importância ao mundo jurídico, permitindo o seu controle jurisdicional.

ANÁLISE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EDITADAS EM MATÉRIA TRABALHISTA NO MARCO PÓS-REFORMA

Como visto, as medidas provisórias consubstanciam uma atividade atípica, alheia às incumbências usualmente atribuídas ao chefe do Poder Executivo. Trata-se, pois, de prerrogativa *excepcional*, e que, sob pena de usurpação de competência e indevida intervenção entre os Poderes da República, necessita ser exercida na estrita observância dos requisitos abordados na seção anterior.

³⁰ JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Comentário ao artigo 62 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (e-book).

³¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Medidas Provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 4, p. 423-446, mai. 2011.

³² OLIVEIRA, Clarice G.; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Medida Provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 7, n. 3, p. 748-763, 2017.

³³ A Min. Carmen Lúcia, em artigo sobre o tema, já manifestou que os critérios da relevância e urgência não são “conceitos vagos ou despojados de conteúdo comprovável em cada caso; antes, são conceitos cuja precisão se põe como possível e imprescindível em cada situação na qual se pretendam utilizá-los” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas Provisórias e princípio da separação de Poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 44-69).

Pela miríade de medidas provisórias editadas desde 1988, não está no escopo da pesquisa desvendar, dentre todas elas, quais estão ou não enquadradas nas balizas constitucionais. Realiza-se, assim, um recorte na abordagem deste artigo para centrar a análise nas principais medidas provisórias editadas em matéria de direito do trabalho desde a reforma trabalhista instituída em 2017.

Observado o período de *vacatio legis* estabelecido, a Lei n. 13.467/2017, estandarte da reforma trabalhista brasileira, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. No quarto dia de vigência da referida Lei, o então Presidente Michel Temer editou a Medida Provisória n. 808/2017, através da qual modificou uma série de dispositivos da CLT.

Dentre as modificações implementadas através da MP n. 808/2017, destaca-se: a) enquanto a Lei aprovada pelo Congresso Nacional possibilitara a adoção do regime de doze horas de trabalho ininterrupto por trinta e seis horas de descanso mediante mero acordo individual, a Medida Provisória estabeleceu o requisito da negociação coletiva para a sua implementação (art. 59-A da CLT); b) enquanto a Lei fixou o salário contratual do empregado como critério para a fixação de indenização por danos morais, a Medida Provisória definiu o valor máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social como critério para a indenização tarifada (art. 223-G, § 1º, da CLT); c) enquanto a Lei fixou o requisito da apresentação de atestado médico para o afastamento da empregada gestante ou lactante das atividades insalubres³⁴, a Medida Provisória retirou essa exigência da gestante, assegurando seu afastamento imediato de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, independentemente da apresentação de atestado pela empregada, exigência esta, porém, mantida para o afastamento da lactante (art. 394-A da CLT); d) enquanto a Lei expressou que a contratação de autônomo afastaria a caracterização do vínculo de emprego, a Medida Provisória ressaltou o reconhecimento da relação de emprego quando fosse pactuada cláusula de exclusividade (art. 422-B da CLT); e) a Medida Provisória preencheu uma série de lacunas quanto ao trabalho intermitente, definindo critérios para cálculo das verbas rescisórias, prazo para pagamento da remuneração, aviso prévio, férias, licença-maternidade, auxílio-doença, entre outras (art. 452-A e seguintes da CLT); f) enquanto a Lei definiu que prêmios, diárias e ajudas de custo não integrariam a remuneração do empregado, a Medida Provisória esta-

³⁴ No julgamento da ADI 5.938, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da CLT, inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 29 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 20 set. 2019).

beleceu como condicionantes que, para terem natureza indenizatória, os prêmios somente poderiam ser pagos até duas vezes por ano, bem como que as diárias e as ajudas de custo não poderiam exceder o limite 50% do salário do empregado (art. 457 da CLT); g) enquanto a Lei admitiu que a negociação coletiva autorizasse a prorrogação do trabalho em atividade insalubre sem a licença prévia das autoridades competentes, a Medida Provisória estabeleceu a condicionante de que, para tanto, deveriam ser integralmente respeitadas as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (art. 611-A, incs. XII e XIII, da CLT); h) a Lei definiu que os sindicatos deveriam participar como litisconsortes necessários nas ações individuais ou coletivas que tivessem como objeto a anulação de cláusulas de normas coletivas, enquanto a Medida Provisória delimitou o litisconsórcio necessário apenas para demandas coletivas (art. 611-A, §5º, da CLT).

Na exposição de motivos da aludida MP n. 808/2017, subscrita pelo então Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira de Oliveira, há registro quanto ao objetivo de aprimorar dispositivos pontuais da Lei n. 13.467/2017, pois, embora tenham sido objeto de discussão, o Congresso teria optado por não alterá-los para não atrasar a vigência da reforma. Quanto à *relevância* e *urgência*, consignou a necessidade de conferir segurança jurídica e dar clareza a dispositivos da reforma^{35,36}.

De fato, a aludida MP n. 808/2017 propiciou certos avanços em determinados pontos, atenuando excessos da reforma que parecem não terem sido bem avaliados pelo Congresso Nacional. Porém, a não ser que se reconhecesse às medidas provisórias um caráter de “correção de más decisões legislativas” – o que não é o caso –, afiguram-se ausentes os requisitos de *relevância* e *urgência* para a modificação de uma lei aprovada pelo Legislativo e que havia entrado em vigor há apenas quatro dias, ainda mais pelos vagos e abstratos critérios apontados na exposição de motivos.

Talvez por essa e/ou outras razões do jogo político, embora a vigência da MP n. 808/2017 tenha sido inicialmente prorrogada por sessenta dias, na forma do § 7º do art. 62 da CRFB, a Medida Provisória caducou no dia 23 de abril de 2018, deixando de produzir efeitos sem chegar a ter sequer um relator eleito para analisá-la na comissão mista. Em entrevista, o Presidente da Câmara dos Depu-

³⁵ BRASIL. *Exposição de motivos nº 00023/2017 do Ministério do Trabalho*. Min. Ronaldo Nogueira de Oliveira. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf. Acesso em 30/09/2020.

³⁶ Segundo Homero da Silva, “o Senado Federal aceitou se submeter a um acordo draconiano, pelo qual foram aprovados artigos que a maioria dos senadores reprovava, sob a alegação de que a Presidência da República os reformularia, num segundo momento, através de Medida Provisória. O fenômeno da ‘reforma da reforma’ serve para reforçar o desconforto acima mencionado do estado de mudança permanente” (SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 [e-book]).

tados Rodrigo Maia defendeu que os ajustes à reforma trabalhista deveriam ter sido encaminhados por Projeto de Lei, e não por Medida Provisória³⁷.

Passados dois anos e com a troca do governo, o Presidente Jair Bolsonaro apresentou nova reforma trabalhista através da Medida Provisória n. 905/2019. Diferentemente de seu antecessor, que havia se limitado a propor alguns ajustes à Lei n. 13.467/2017, Bolsonaro resolveu implementar uma série de modificações bastante consideráveis no âmbito jus-laboral, sendo por muitos considerada uma “nova reforma trabalhista”³⁸.

Dentre as muitas matérias reguladas, destaca-se: a) a possibilidade de contratação de empregados entre dezoito e vinte e nove anos de idade, para fins de registro do primeiro emprego, através do “contrato de trabalho verde e amarelo”, por prazo determinado de até vinte e quatro meses, com redução significativa do FGTS (recolhimentos mensais de 2% e indenização fundiária pela metade), além de uma série de benefícios econômicos ao empregador, como isenção no pagamento de contribuição previdenciária, do salário educação e de contribuições sociais (arts. 1º a 18 da MP n. 905/2019); b) a autorização do trabalho aos domingos e feriados, assegurando o repouso semanal em pelo menos um domingo a cada quatro semanas para o setor de comércio e serviços, e em pelo menos um domingo a cada sete semanas para a indústria (art. 68 da CLT); c) a revogação do dispositivo que exigia inspeção e aprovação prévia pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho para o início das atividades em qualquer estabelecimento (art. 160 da CLT); d) a alteração na duração normal da jornada de trabalho dos bancários, aumentando de seis para oito horas diárias, exceto para aqueles que trabalham no caixa, aos quais foi mantida a duração normal de seis horas diárias (art. 224, § 3º, da CLT); e) a modificação das regras de fiscalização pelos auditores fiscais do trabalho, aumentando-se as hipóteses em que a dupla visita é exigida, sob pena de nulidade do auto de infração (art. 627 e § 4º da CLT)³⁹; f) o estabelecimento de critérios

³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Medida Provisória que altera reforma trabalhista perde a validade*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/536373-medida-provisoria-que-altera-reforma-trabalhista-perde-a-validade/>. Acesso em: 30/09/2020.

³⁸ Nesse sentido, COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael; GASPAS, Danilo Gonçalves. *Manual da nova reforma trabalhista: teoria e prática da medida provisória n. 905/2019*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

³⁹ “Entende-se por critério da dupla visita a obrigatoriedade, por parte da autoridade administrativa, de visita prévia ao estabelecimento do administrado com a finalidade de, anteriormente à lavratura do auto de infração, promover a instrução dos responsáveis no cumprimento das leis de proteção do trabalho. [...] Ademais, para que seja possível a emissão de auto de infração, é preciso que o Auditor Fiscal do Trabalho observe entre a primeira e a segunda visita o interstício mínimo de 90 (noventa) dias, sob pena de nulidade do auto” (COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael; GASPAS, Danilo Gonçalves. *Manual da nova reforma trabalhista: teoria e prática da medida provisória n. 905/2019*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020 [e-book]).

tarifados para a imposição de multas administrativas decorrentes de infrações à legislação trabalhista (art. 634-A da CLT); g) a consagração do IPCA-E como índice de atualização dos créditos trabalhistas (art. 879, § 7º, da CLT); h) a fixação dos juros moratórios aplicáveis aos processos trabalhistas conforme a poupança, em vez de 1% ao mês (art. 39 da Lei n. 8.177/1991); i) a alteração das regras sobre participação nos lucros ou resultados, dispensando a participação de representante sindical em caso de existência de comissão paritária criada pelos envolvidos (art. 2º, inc. I, da Lei n. 10.101/2000) e consagrando maior autonomia às partes (art. 2º, § 6º, Lei n. 10.101/2000), entre outras.

Da exposição de motivos da MP n. 905/2019 firmada pelo Ministro da Economia Paulo Guedes, verifica-se que a *relevância* e a *urgência* foram fundamentadas na necessidade de inserção dos jovens no mercado de trabalho e que, quanto ao reajuste dos débitos trabalhistas, estes estariam causando um acréscimo insustentável ao passivo das empresas estatais⁴⁰.

Isto, porém, não explica e nem justifica que tamanhas alterações fossem tomadas de imediato pelo Executivo sobre a legislação trabalhista, à revelia dos debates democráticos inerentes ao processo legislativo. Trata-se, à toda evidência, de uma nova reforma trabalhista, com alterações bastante perceptíveis em matérias que não demandavam a atuação imediata do Executivo. Afinal, não se verifica *relevância* e *urgência* em se modificar, por exemplo, a duração da jornada normal dos bancários, algo que já vinha sendo regrado do mesmo modo há décadas. Ainda que não se faça qualquer juízo de valor quanto às decisões toma-

⁴⁰ “A urgência e a relevância da medida se apresentam, pois a população mais vulnerável, com menor qualificação, escolaridade e remuneração é a mais afetada pelos frutos da informalidade, da desocupação e da dificuldade de se inserir no mercado de trabalho. Não seria inesperado, dado outros processos de saída de crises da economia brasileira, que essa população, dada a recuperação em curso, possua mais dificuldades de se empregar formalmente do que os trabalhadores de maior qualificação. [...] Adicionalmente, a medida se justifica pela relevância que a inserção inicial tem na trajetória laboral de qualquer trabalhador. Além do desemprego, a informalidade também afeta os jovens com maior intensidade, sendo que tais ocupações são geralmente menos produtivas e não asseguram acesso a nenhuma proteção social. A inserção desses trabalhadores por meio do contrato Verde e Amarelo não apenas afetará a geração de empregos durante sua vigência, mas possibilitará acúmulo de experiência desses trabalhadores em ocupações melhores e, assim, uma melhor perspectiva de se manter empregado e acumular conhecimento. [...] Com respeito ao reajuste dos débitos trabalhistas, tem-se que o incremento do passivo das empresas estatais é insustentável. A urgência da alteração em tela, em torno de uma proposta que de fato leve em consideração o poder de compra do trabalhador sem distorcer o custo do dinheiro ao longo do tempo, se mostrou ainda mais urgente a partir da decisão do Comitê de Política Monetária (Copom) de redução da SELIC para 5% ao ano. Com respeito ao reajuste dos débitos trabalhistas, altera-se o atual entendimento que vincula IPCA-E acréscimo de 12% a.a.” (BRASIL. *Exposição de motivos n. 352/2019 do Ministério da Economia*. Min. Paulo Roberto Nunes Guedes. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf. Acesso em: 30/09/2020).

das – se certas ou equivocadas, se boas ou ruins, se justas ou injustas – deve reconhecer-se que, em um sistema de separação de Poderes da República, utilizar uma medida provisória para esse fim caracteriza uma completa subversão do instituto. Discordamos, portanto, do cabimento da aplicação da aludida Medida Provisória para o propósito reformista a que se prestou.

A MP n. 905/2019 teve o seu período de vigência prorrogado por sessenta dias na forma do art. 60, § 7º, da CRFB, vigorando até 20 de abril de 2020. Aprovada com modificações pela Câmara dos Deputados em 14 de abril de 2020, foi encaminhada ao Senado Federal, que não chegou a submetê-la à votação. Ciente da inviabilidade da aprovação, no último dia de vigência da MP n. 905/2019, o Presidente Jair Bolsonaro resolveu revogá-la com a edição da MP n. 955/2020. Segundo noticiado, a intenção do chefe do Executivo foi de buscar escapar do impedimento de reedição, perante a mesma legislatura, da proposta que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo (§ 10 do art. 62 da CRFB⁴¹), mediante a manobra de revogar a MP n. 905/2020 em vez de deixá-la caducar⁴². Questão interessante é que a MP n. 955/2020 perdeu sua vigência em 17 de agosto de 2020, de modo que não logrou êxito em revogar a MP n. 905/2019⁴³, que, portanto, não poderá ser rerepresentada nesta mesma sessão legislativa.

Cabe, ainda, analisar as Medidas Provisórias n. 927/2020 e 936/2020, adotadas pelo Poder Executivo para disciplinar as relações de emprego durante o período da pandemia do novo *coronavírus*.

Para o enfrentamento dos impactos da COVID-19, inicialmente, o Governo Federal adotou as estratégias estampadas na Medida Provisória n. 927/2020, destacando-se: a) a preponderância de acordos individuais sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, quando garantida a permanência do vínculo (art. 2º); b) a desnecessidade de comum acordo para a modificação ao regime de teletrabalho, bastando a notificação do empregado acerca da decisão tomada pela empresa (art. 4º); c) a possibilidade de antecipação do gozo de períodos de férias (art. 6º, *caput* e § 2º) e feriados (art. 13, *caput* e § 2º); d) a flexi-

⁴¹ Art. 62, § 10, CRFB: “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Bolsonaro anuncia revogação da Medida Provisória que criou o Contrato Verde e Amarelo*, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/655313-bolsonaro-anuncia-revogacao-da-medida-provisoria-que-criou-o-contrato-verde-e-amarelo/>. Acesso em: 30/09/2020.

⁴³ “3. A revogação da MP por outra MP apenas suspende a eficácia da norma ab-rogada, que voltará a vigorar pelo tempo que lhe reste para apreciação, caso caduque ou seja rejeitada a MP ab-rogante. 4. Consequentemente, o ato revocatório não subtrai ao Congresso Nacional o exame da matéria contida na MP revogada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.984/DF. Rel. Min. Ellen Gracie, 04 de setembro de 2003. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 14 mai. 2004).

bilização dos requisitos para a concessão de férias coletivas (arts. 11 e 12); e) a viabilidade de fixação de banco de horas com duração de até dezoito meses⁴⁴ para compensação futura do tempo de interrupção das atividades, mediante acréscimo de trabalho em até duas horas diárias a partir do término do estado de calamidade pública (art. 14, *caput* e § 2º); f) o diferimento do recolhimento de competências do FGTS (art. 19); g) a possibilidade de os profissionais da saúde prorrogarem a jornada e adotarem escalas suplementares entre a décima terceira e a vigésima quarta hora do intervalo interjornada, inclusive em atividades insalubres (art. 26); e h) a polêmica suspensão do contrato de emprego para realização de curso de qualificação (art. 18), que foi revogada no dia seguinte à sua publicação pelo art. 2º da MP n. 928/2020, supostamente, em razão das severas críticas recebidas ante a ausência de conjugação de qualquer benefício público para sustento dos trabalhadores.

Na sequência, a MP n. 936/2020 reestabeleceu a possibilidade de suspensão contratual (art. 8º) e viabilizou a redução da jornada de trabalho e do salário, desde que preservado o valor do salário-hora (art. 7º, I). A suspensão contratual e a redução proporcional de jornada e salário passaram a ser conjugadas a um “Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda”, custeado com recursos da União em valores correspondentes a faixas do seguro-desemprego⁴⁵ que seria devido ao empregado (art. 6º), ao qual poderia ser somada “ajuda compensatória mensal”, paga pelo empregador a título indenizatório (art. 9º). Ainda, assegurou-se garantia provisória no emprego durante todo o período de redução proporcional ou suspensão contratual, e por mais o equivalente à sua duração (art. 10).

A MP n. 936/2020 restou convertida na Lei n. 14.020/2020, com alguns ajustes feitos pelo Poder Legislativo, especialmente quanto aos requisitos para a autorização da negociação individual das medidas de suspensão contratual e redução proporcional de jornada e salário. Já a MP n. 927/2020 não seguiu a mesma sorte, tendo caducado no dia 19 de julho de 2020, sem aprovação pelo Senado Federal, acarretando um quadro de insegurança jurídica⁴⁶.

⁴⁴ A CLT reformada limita a validade do ajuste individual para bancos de horas com compensação semestral (art. 59, § 5º, CLT) e limita ao período máximo de um ano a compensação definida em norma coletiva (art. 59, § 2º, CLT).

⁴⁵ Veja-se que o Benefício Emergencial é equivalente a faixas do seguro-desemprego que seria devido ao empregado, o qual, por sua vez, tem como piso o valor do salário mínimo (art. 5º, § 2º, da Lei 7.998/1990) e como teto o valor de R\$ 1.813,03 (observado o reajuste de 4,48% estabelecido na Portaria do Ministério da Economia n. 914/2020).

⁴⁶ Como não foi editado decreto legislativo para disciplinar as relações decorrentes da Medida Provisória n. 927/2020, nos termos do §11 do art. 62 da Constituição da República, as soluções por ela trazidas tiveram sua eficácia limitada ao período de vigência da aludida Medida Provisória. Isto, porém, acarreta graves problemas práticos de insegurança jurídica àqueles que nela pautaram a gestão de combate aos efeitos perniciosos da pandemia. Causa dúvida razoável se

Embora o conteúdo de algumas das políticas adotadas pelo Governo para o enfrentamento dos reflexos da pandemia sobre as relações de trabalho seja passível de críticas⁴⁷, certo é que, quanto às MPs n. 927/2020 e 936/2020, estavam presentes os requisitos de *relevância* e *urgência*, ensejadores da competência legiferante extraordinária do Executivo.

Ao passo que as orientações sanitárias para o enfrentamento da pandemia envolviam sérias medidas de distanciamento social, desencadeando a interrupção da atividade de diversos negócios, inclusive por força de decretos municipais com determinação de fechamento de estabelecimentos, as relações de emprego foram extremamente impactadas, o que demandou a apresentação de soluções imediatas para minimizar os efeitos perversos da crise.

Destarte, verifica-se que a recente experiência envolvendo a seara do direito do trabalho demonstra, em cenário bastante claro, a diferença entre medidas provisórias agasalhadas nos pressupostos constitucionais, e aquelas que, embora travestidas de MPs, não passam de pretensão reformista divorciada dos debates democráticos ínsitos ao processo legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as considerações acima elencadas, conclui-se que a adoção de medidas provisórias apenas é justificada quando se estiver diante de casos graves e interesses sociais importantes, cuja tutela deva ser concedida sem demora, sob pena de perecimento do bem ou direito que se busca regular. De tal sorte, se a adoção do provimento normativo puder aguardar o trâmite legislativo sem o comprometimento da proteção social sob risco, não estará presente o indispensável re-

a empresa que antecipou o gozo de feriados (art. 13, *caput* e § 2º, da MP n. 927/2020), mediante repouso remunerado concedido na vigência da MP, terá de concedê-los normalmente, sob pena de pagamento em dobro, consoante previsto na Lei n. 605/1949. Outrossim, complexa é a situação decorrente da autorização de pagamento do terço das férias até a data limite para o pagamento da gratificação natalina (art. 8º da MP 927/2020). Ora, diante da caducidade da norma que autorizava o adiamento, o empregador que não pagou o terço de férias em até dois dias antes da concessão (art. 145 da CLT) poderá ser condenado a pagá-las em dobro (Súmula 450 do TST)? Ou o pagamento posterior à vigência da Medida Provisória poderá nela encontrar guarida? Ainda, há cenário de insegurança quanto à viabilidade de o tempo de interrupção das atividades durante a vigência da MP n. 927/2020 ser compensado com até duas horas extras diárias em regime compensatório especial de até dezoito meses após o término do estado de calamidade pública (art. 14, *caput* e § 2º, da MP n. 927/2020), eis que as horas foram remuneradas pelo empregador e devidas pelo empregado na vigência da MP, porém, a exigência do trabalho extraordinário para compensá-las se daria após a norma autorizadora não mais produzir efeitos.

⁴⁷ A esse respeito, DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JAHN, Vitor Kaiser. Pandemia de COVID-19: assistemática da negociação individual como política de gerenciamento da crise. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 86, p. 141-157, abr./jun. 2020.

quisito da urgência, ao que a Presidência deverá, conformando-se com as funções típicas do Poder Executivo, seguir o desenho constitucional da produção legiferante e apresentar projeto de lei de sua iniciativa.

O Constituinte brasileiro, tendo em mente a então recente experiência dos decretos-lei, buscou realçar a excepcionalidade das medidas provisórias, enumerando dois requisitos claros – *relevância* e *urgência* – sem os quais não haveria o rompimento da barreira da normalidade, legitimando a atipicidade do provimento. Os critérios elencados servem, então, como fonte de controle do poder e garantia das regras do jogo, características indispensáveis em uma ordem democrática.

Destarte, na medida em que foram estipulados requisitos, como suposição lógica deve haver a fiscalização acerca do cumprimento destes. Para tanto, a aferição das razões que levaram à adoção de determinada medida provisória é indispensável para a obediência aos desígnios constitucionais.

A história recente, em especial no âmbito do direito do trabalho, mostra-nos, entretanto, que a Presidência da República reiteradamente desrespeita as limitações insculpidas na Constituição, acabando por absorver a edição de medidas provisórias às funções típicas do Executivo, colocando entraves ao debate parlamentar e gerando, não raro, grave insegurança jurídica. A esse respeito, como visto, as MPs n. 808/2017 e 905/2019 consubstanciam nítido exemplo de abuso do direito de edição de medidas provisórias pelo Executivo, dado o seu propósito de reformar o ordenamento jurídico na ausência dos requisitos de *relevância* e *urgência*. A situação é agravada porque, tendo produzido efeitos extremamente disruptivos com imediatidade a partir das respectivas publicações, as Medidas Provisórias em tela não foram aprovadas, causando um cenário de difícil resolução para os sujeitos destinatários das normas, que nelas não encontram segurança para pautar as relações laborais.

À guisa de conclusão, defendemos que os critérios de *relevância* e *urgência* necessitam ser despidos do seu caráter estritamente político, para que, alcançando uma conotação jurídica, viabilizem o controle da adequação da medida provisória pelos demais Poderes da República, em especial pelo Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, as perniciosas consequências de afronta ao debate democrático e de insegurança jurídica que decorrem do atual cenário de banalização das medidas provisórias, do que são exemplo as MPs n. 808/2017 e 905/2019, somente poderão ser estancadas através de uma compreensão que permita fazer valer as limitações impostas pela Constituição.

Diante da banalização da edição de medidas provisórias que se sucedem no tempo sem que se perceba maior preocupação das autoridades quanto às repercussões jurídicas inerentes, urge a necessidade de amadurecimento do instituto à luz das diretrizes constitucionais, segundo as quais a medida provisória é, sobretudo, excepcional, a fim de que se alcance um sistema mais democrático.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Bolsonaro anuncia revogação da Medida Provisória que criou o Contrato Verde e Amarelo*. Brasília, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/655313-bolsonaro-anuncia-revogacao-da-medida-provisoria-que-criou-o-contrato-verde-e-amarelo/>. Acesso em: 30/09/2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Medida Provisória que altera reforma trabalhista perde a validade*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/536373-medida-provisoria-que-altera-reforma-trabalhista-perde-a-validade/>. Acesso em: 30/09/2020.
- BRASIL. *Exposição de motivos n. 00023/2017 do Ministério do Trabalho*. Min. Ronaldo Nogueira de Oliveira. Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf. Acesso em: 30/09/2020.
- BRASIL. *Exposição de motivos n. 352/2019 do Ministério da Economia*. Min. Paulo Roberto Nunes Guedes. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf. Acesso em: 30/09/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.425/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. Min. Edson Fachin, 14 de março de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 10 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.717/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia, 5 de abril de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 15 fev. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 29 de maio de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 20 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.101/DF. Rel. Min. Luiz Fux, 16 de junho de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília/DF, 6 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.984/DF. Rel. Min. Ellen Gracie, 4 de setembro de 2003. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 14 mai. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 162/DF. Rel. Min. Moreira Alves, 14 de dezembro de 1989. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 19 set. 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753-2/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16 de abril de 1998. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 24 abr. 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293/DF. Rel. Min. Celso de Mello, 06 de junho de 1990. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 18 jun. 1990.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.348-9/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, 7 de dezembro de 2000. *Diário da Justiça*. Brasília/DF, 14 dez. 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2000.
- COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael; GASPARD, Danilo Gonçalves. *Manual da nova reforma trabalhista: teoria e prática da Medida Provisória n. 905/2019*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- DORNELES, Leandro do Amaral D. de; JAHN, Vitor Kaiser. Pandemia de COVID-19: assistemática da negociação individual como política de gerenciamento da crise. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 86, p. 141-157, abr./jun. 2020.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Medidas Provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 4, p. 423-446, mai. 2011.
- GASPARDO, Murilo; MICHÉIAS, Mayara Paschoal. O controle da edição de medidas provisórias: avaliação legislativa da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. esp., n. 39, p. 192-210, dez. 2018.
- GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*. v. 658, p. 240-242, ago. 1990.
- JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Comentário ao artigo 62 da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 758, p. 11-15, dez. 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Perfil constitucional das Medidas Provisórias. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, v. 4, p. 115-121, mai. 2011.
- OLIVEIRA, Clarice G.; JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Medida Provisória e controle de constitucionalidade: relevância, urgência e pertinência temática. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 7, n. 3, p. 748-763, 2017.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas Provisórias e princípio da separação de Poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 44-69.
- SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Data de recebimento: 06/10/2020

Data de aprovação: 14/12/2020

CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA: PORQUE A POLÍTICA IMPORTA PARA O DIREITO

CONSTITUTION AND JUSTICE: WHY POLITICS MATTERS TO LAW

*Evandro Barbosa**

*Thaís Alves Costa***

RESUMO

O debate constitucionalista norte-americano traz à tona o debate dos limites da interferência da política sobre as questões jurídicas. Frente a essas discussões controversas que envolvem, de um lado a segurança jurídica, e de outros direitos de minorias pela concretização dos valores constitucionais, este artigo terá como objetivo a análise da interferência da política nas decisões judiciais tendo como pedra de toque as lutas étnico-raciais dos negros nos Estados Unidos e no Brasil. Para isso, partirei do constitucionalismo da teoria de Ronald Dworkin, a partir da qual a política, assim como as regras e os princípios, como parte integrante do Direito, para, em seguida, analisar as principais decisões da Suprema Corte Norte-Americana envolvendo as políticas étnico-raciais e, ao final, buscarei uma aproximação dessa análise com as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca das políticas de ação afirmativa para negros.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Política étnico-racial. Política.

ABSTRACT

The North American constitutional debate raises the debate about the limits of political interference on legal issues. In view of these controversial consequences that involve, on the one hand, legal certainty, and other

* Professor do Programa de Pós-Graduação de Mestrado e Doutorado em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas. Atualmente, encontra-se como professor visitante na *University of North Carolina – Chapel Hill* – Estados Unidos, com bolsa CAPES. E-mail de contato: evandro@email.unc.edu. Endereço de contato: 2871 Homestead Road, Chapel Hill – North Carolina, Estados Unidos da América. Telefone: +191996414805.

** Doutoranda em Filosofia do PPGFil da Universidade Federal de Pelotas, atualmente em estágio doutoral no exterior na *University of North Carolina – Chapel Hill*, sob orientação do professor Geoffrey Sayre-McCord. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Rio Grande. E-mail de contato: tthais@email.unc.edu. Endereço de contato: 2871 Homestead Road, Chapel Hill – North Carolina, Estados Unidos da América. Telefone: +19195936801.

minority rights for the realization of constitutional values, this article will aim to analyze the interference of politics in judicial decisions with the touchstone of ethnic-racial groups of blacks in the United States and Brazil. For that, it starts from the constitutionalism of Ronald Dworkin's theory, from which politics, as well as rules and principles, as an integral part of Law, and then, analyzing the main decisions of the American Supreme Court involving the ethnic-racial policies and, in the end, I will seek an approximation of this analysis with the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court on affirmative action policies for blacks.

Keywords: Constitutionalism. Political-racial. Politics.

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos observamos o acirramento das discussões acerca do limite de atuação da jurisdição constitucional na tentativa de concretizar valores fundamentais expressos na Constituição através da adoção de finalidades políticas. Entre os teóricos preocupados com a interferência das políticas na resolução de conflitos nas decisões jurídicas, podemos destacar Ronald Dworkin. Reconhecido por travar o debate acerca da teoria democrática e da moralidade pública em assuntos altamente polêmicos, o norte americano extrapola discussões circunscritas ao âmbito jurídico, atingindo discussões sobre o ideal de justiça em um Estado Democrático de Direito. Partindo dessa perspectiva, proponho analisar a interferência da política nas decisões judiciais envolvendo os negros nos Estados Unidos da América estendendo ao Brasil.

Com o objetivo de demonstrar como as políticas étnicas influenciaram as decisões judiciais, bem como foram por elas influenciadas, demonstrarei no primeiro tópico desse ensaio como a política pode ser encarada como parte integrante do direito, assim como a moral, tendo como fio condutor o constitucionalismo dworkiniano. Para tal, no primeiro momento, estabelecerei as bases do pensamento de Ronald Dworkin, delineando a distinção entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*) por ele estabelecida em sua obra *Levando os Direitos a Sério*. Do que será exposto, as *policies* serão consideradas o *locus* da promoção de igualdade no Estado Democrático de Direito, tal como endossado por ele na obra *Uma Questão de Princípio*. Explicadas essas três dimensões que compõem o direito, o segundo tópico desse ensaio focará nos desdobramentos da consideração das políticas e dos princípios como parte do todo do direito. Dentre as políticas adotadas nas decisões da Suprema Corte com o intuito de amenizar problemas de justiça social destacaremos as polêmicas envolvendo as questões étnico-raciais. E os principais casos jurídicos, desde a segregação até às decisões favoráveis às ações afirmativas raciais, com os devidos destaques para os casos *Sweatt versus Painter* e o caso *Regents of University of California versus Bakke*.

Por fim, investigarei como esse constitucionalismo democrático norte-americano influenciou a realidade brasileira. Para isso, apresentarei brevemente como a legislação brasileira e o Congresso Nacional lidou tanto com as demandas étnico-raciais quanto com as políticas de ações afirmativas de cotas ao longo da história. Aqui, pormenorizarei as principais decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro acerca da temática, bem como da *Lei de Cotas* e da polêmica *ADPF 186*. Ao final, espero demonstrar a necessidade de políticas para que as decisões judiciais possam garantir, de fato, justiça e igualdade para a sociedade, ainda que reconheçamos os limites e desafios de sua aplicação.

REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS: A FILOSOFIA O DIREITO DE RONALD DWORKIN

Para compreendermos a teoria jurídica de Dworkin o primeiro tópico desse ensaio será dividido em duas partes. Inicialmente veremos os princípios como condutores morais para a resolução dos chamados *hard cases*, isto é, são norteadores para a resolução dos casos difíceis. No segundo momento, avaliaremos como as políticas entrelaçam-se às regras e princípios no direito dworkiniano. A partir disso, teremos subsídios teóricos para compreender como podem ser justificadas as decisões judiciais com finalidades claramente políticas no contexto norte-americano. Em Dworkin, as regras são as normas jurídicas que detêm o direito positivado, são escritas e impõem direitos e obrigações específicas. Dessa forma, sua aplicabilidade é uma questão de “tudo ou nada”, quer dizer, a regra ou é válida ou não é, ou ela se aplica ou não se aplica (lógica do “ou ... ou”). E, assim, por não haver um meio – termo, não se consegue medir ou supor graus de cumprimento, *i.e.*, a regra exige que o seu cumprimento seja pleno. Por exemplo, para a simples regra do não matar, não existe meio-termo, haja vista que “ou” o sujeito não pode matar “ou” o sujeito pode matar (e arca com as consequências jurídicas do seu ato). Não existe matar somente um pouco. Por outro lado, os princípios possuem outra operacionalidade lógica, tendo em vista que são padrões de moralidade que ultrapassam a seara do direito positivo. O recurso a ele se dá justamente nos casos em que a regra *per si* não é o suficiente para solucioná-los. Cabe, então, o recurso aos padrões morais e políticos presentes na sociedade para as decisões jurídicas. Por isso, diz-se que os princípios constituem normas morais que não firmam uma consequência jurídica precisa, o que não retira suas qualidades de serem expressões de consideração sobre justiça, equidade ou outras dimensões de natureza moral relevante¹. Por outro lado, os princípios não esta-

¹ Acerca disso Dworkin diz: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado não porque vai 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 (...) utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras” (DWORKIN, Ronald. 2002, p. 36).

belecem pré-condições para a sua aplicação como ocorrem com as regras. E, na medida em que não são questões de tudo ou nada, seu cumprimento é questão de adequação e coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos como as regras, em contrapartida, eles possuem um peso moral na decisão jurídica e são tomados como pressupostos para uma interpretação adequada dessas regras.

Feita esta distinção entre regras e princípios, operamos agora em outro âmbito, a saber, o das *policies*. *Policies* são o que chamamos de políticas públicas, responsáveis por envolver as metas políticas tendo como consequência uma finalidade coletiva, ou seja, um bem público. Em outras palavras, as políticas públicas podem ser identificadas como os objetivos políticos do governo, tais como: as políticas econômicas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário, de ações afirmativas entre outras. Nesse sentido, possuem como especificidade “um telos: elas orientam, para um fim previamente estabelecido (...) é precisamente nesse sentido que elas diferem dos princípios (*principles*), os quais não têm um telos: eles são fios de condutores da deliberação”².

Por sua vez, a ideia de justiça em Dworkin é pautada na esfera igualitária liberal, de tal forma que compreende a perspectiva de justiça distributiva e liberdades individuais. Nesse sentido, mais do que estipular o que é a justiça de um modo geral, a questão em voga é “saber qual é a forma justa de responder à injustiça”³, ou seja, como evitar que a desigualdade extermine os valores sociais de “liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do auto respeito”⁴ que devem sob a ótica da justiça igualitária ser distribuído a todos.

De acordo com a teoria igualitária de justiça de Dworkin, no contexto de um Estado democrático de Direito, a igualdade deve sempre prevalecer em relação à liberdade, uma vez que é a virtude cardinal presente na comunidade política. Dada sua importância, a igualdade de recurso surge como faceta para a justiça distributiva compatível com uma sociedade baseada em um princípio político de igual consideração de todos os seus membros. Dworkin partirá, assim, do pressuposto de que deve existir a igualdade de qualquer recurso. Caberá ao Estado a função da igualdade no tratamento de seus cidadãos, sendo que há duas formas de entender o direito à igualdade. A saber, (*i.*) o direito a um tratamento igual ou (*ii.*) o direito ao tratamento como igual. O tratamento igual (*i.*) consiste no direito a uma distribuição igualitária de oportunidade, recursos e encargo (*e.g.*, o direito ao voto ou à educação básica), ao passo que o segundo (*ii.*) se configura pelo direito de todos os cidadãos serem tratados com igual consideração e atenção, sendo este um direito inalienável e fundamental.

² FERRAZ. 2011, p. 150.

³ RAWLS. 2000, p. 245.

⁴ *Ibid.*, p. 62.

Para tanto, uma sociedade justa deve garantir a maior igualdade possível de recursos impessoais e pessoais, ou seja, os recursos passíveis de apropriação e transferência e as qualidades da mente e do corpo que são preponderantes para o êxito da realização dos projetos individuais. Esse será um direito fundamental para garantir a igualdade, mesmo que possa significar um tratamento diferenciado a alguns. Para Dworkin, o tratamento igual fundamentará a adoção das políticas (*policies*) de ações afirmativas e sua eficiência proporcionará a justiça social, não como uma compensação do passado, mas com vistas a concretizar a igualdade de oportunidade e induzir transformações que visam a diminuir os problemas sociais aos quais as minorias estão sujeitas. Será através da tentativa de praticar a teoria liberal igualitária na educação que surgirá a ideia de uma política de ação afirmativa calcada no aspecto racial do pensamento de Dworkin.

Como um tipo de política pública, a ação afirmativa tem como objetivo a promoção de direitos e bens para pessoas que se encontram em situação de desvantagem social engendrada pela exclusão social, em razão da raça, gênero, por deficiência física e/ou mental, desvantagens financeiras ou por origem nacional, podendo assumir formas de ações voluntárias ou obrigatórias. A primeira política com a ideia de preferências para determinados grupos surgiu na Índia sob o nome de “política de reservas” (*reservation policies*). Apesar de haver indícios de que preferências desse tipo já haviam sido usadas ainda na Índia Britânica⁵, seu termo só foi inserido nos textos legais do país quando, a partir da promulgação da constituição indiana, em 1949⁶, surgiu uma série de emendas constitucionais. Dentre essas emendas a reforma do artigo 15 da Constituição do país que autorizava ao Estado o uso de qualquer provisão especial para garantir o progresso de qualquer uma das classes sociais. De acordo com o texto legal: “*Nothing in this article or in clause (...) shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes*”⁷. A partir de então, vários grupos sociais passaram a ser beneficiados por essa que é a mais ampla política do gênero no mundo.

Apesar da experiência indiana, essa discussão somente tomou corpo nos Estados Unidos a partir de 1961, quando John Kennedy registrou a expressão *affirmative action* na ordem responsável pela criação do Comitê de Oportunidades Iguais de Emprego, *i.e.* na Ordem Executiva 10925. A proposta da “Ordem

⁵ Segundo Sowell: “*India has also had affirmative action policies longer than any other nation, beginning in British colonial times, and then provided for in its constitution when it became an independent country in 1947*” (SOWELL, Thomas. 2004, p. 23).

⁶ Confira a Constituição indiana: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%202Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>.

⁷ ÍNDIA. 1951, p. 7.

Executiva de Kennedy situava-se no terreno do combate à discriminação, antecipando um dos aspectos da Lei dos Direitos Civis⁸, pois o que a ordem previa era a associação da “noção de ‘ação afirmativa’ com as obrigações de contratar empresas ou empregar pessoas sem levar em conta suas raças, credo, cor ou origem nacional”⁹. Nesse sentido, as primeiras ações “*was clearly not calling for group preferences or quotas*”¹⁰, consistindo na não discriminação de cunho étnico-racial, bem como da inserção de programas inclusão de pessoas deficientes, programas de aleitamento gratuito para crianças carentes, descontos nos transportes públicos para idosos entre outros programas que não se valiam de beneficiar minorias étnicas raciais. Em relação à questão racial, a ordem previa que os empregadores contratassem “*without regard to group membership*”¹¹. Nesse sentido, as ações afirmativas eram pautadas na não discriminação dos indivíduos. Ou as situações que fossem comprovadamente racistas deveriam ser não só combatidas como remediadas, através da interferência de tribunais de direito para garantir, em conformidade com a lei, a reparação das vítimas da conduta discriminatória.

Posteriormente, por intermédio do Plano Revisado da Philadelphia, de 1969, ocorreu a associação das ações afirmativas como um “remédio” para uma situação indesejada socialmente, cabendo atenção especial para a discriminação do sujeito. Conquanto, a evolução das ações afirmativas para percentuais numéricos deu-se a partir de 1970, quando diretrizes passaram a fazer referência à “*results-oriented procedures*”¹², no qual deveria ser aumentado materialmente o número de minorias nos empregos, instaurando, assim, objetivos e cronogramas¹³. Nessa mesma década são implantadas as ações afirmativas nas universidades norte-americanas, dando início a uma série de disputas judiciais envolvendo a legitimidade de tais políticas¹⁴.

⁸ MAGNOLI, Demétrio. 2009, p. 85.

⁹ *Ibid.* Para saber mais acerca da Ordem Executiva 10.925, vide: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>.

¹⁰ SOWELL, Thomas. 2004, p. 124.

¹¹ SOWELL, Thomas. 2004, p. 124.

¹² *Ibid.*, p. 125.

¹³ SOWELL, Thomas. *Affirmative action in United States*. 2004.

¹⁴ Diversos países tiveram suas próprias políticas de preferências. Além da “política de reservas” da Índia, houveram a “discriminação positiva” na Inglaterra, “padronização” no Sri Lanka, “filhos da terra” na Malásia e na Indonésia, “Reflexos do caráter federal do país” na Nigéria, “sistema de cotas” em Israel, China, Austrália, Ilhas Fiji, Canadá, Pasquistão, Nova Zelândia, Irlanda do Norte, Finlândia, Macedônia, Japão, Romênia, Eslováquia, nos Estados sucessores da União Soviética e no Brasil. E, uma das mais populares, as “ações afirmativas” nos Estados Unidos. Todas partem da mesma justificação, possuindo algumas características próprias de acordo com as exigências sociais de cada país.

CONSTITUCIONALISMO E A LUTA NEGRA POR JUSTIÇA SOCIAL

A evolução do direito das minorias raciais nos Estados Unidos pode ser percebida desde a segregação até a adoção das ações afirmativas, através de emblemáticos casos jurídicos. Com o objetivo de demonstrarmos a evolução dessas reivindicações, inicialmente, analisaremos desde o caso, *Plessy versus Ferguson*, responsável por iniciar o período segregacionista, passando por *Brown versus Board of Education*, no qual, há o uso das medidas estruturantes (*structural reform*), até a decisão do caso *Bakke*, que em parte favoreceu as ações afirmativas. Através desses casos jurídicos é possível perceber o quanto os direitos foram se modificando em curto espaço de tempo. No segundo momento, o controle de constitucionalidade e a metodologia do escrutínio nos casos apresentados, ou seja, como a Corte Suprema Americana lidou com as finalidades políticas em suas decisões.

A primeira decisão marcante para a luta pelos direitos civis foi o caso *Plessy versus Ferguson* de 1896¹⁵, que questionava as leis segregacionistas da época. Ocorre que, na Louisiana, uma lei segregacionista estipulava que haveria vagões separados para brancos e negros (*colored*) nos trens. Homer Plessy, um jovem que tinha um oitavo de ancestralidade negra e morava em New Orleans comprou uma passagem para o vagão de brancos e ao embarcar avisou a um funcionário a sua condição. Após o aviso, ele foi convidado a se retirar do vagão e, como não aceitou mudar-se para aquele reservado para não brancos, acabou sendo preso e processado. Durante o julgamento, com a diferença de apenas um voto contrário determinou-se que as reservas de acomodações no transporte ferroviário seriam “separadas, mas iguais”, ou seja, os negros deveriam utilizar apenas, os vagões que lhe forem destinados, sob a pena de serem expulsos do mesmo pela força policial, além de multa e prisão. Da mesma forma, os brancos não poderiam utilizar os vagões destinados aos não brancos. *Plessy*, então, deu início a uma demanda judicial afirmando que a legislação estadual violava a décima terceira e décima quarta emenda constitucional. Todavia, esses argumentos foram rejeitados tanto pela instância estadual, quanto pela Suprema Corte Norte-Americana, considerando que a décima terceira emenda apenas proibia a reinserção da escravidão, e a décima quarta não seria aplicável ao caso, pois a separação de raça não sugeria que uma era superior à outra. Dessa forma, a suprema corte concluiu que não havia inconstitucionalidade nesse tipo de determinação desde que a

¹⁵ Confira: *Plessy versus Ferguson* (1896) em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>. Porém, essa não foi a primeira decisão tendo em vista a doutrina “separated, but equal”, mas a responsável pela sua consolidação. A primeira foi o caso *Roberts versus City of Boston*, em Massachusetts. Disponível em: <https://www.milestonedocuments.com/documents/view/roberts-v-city-of-boston>. E, depois, *Pace versus Alabama* em 1883. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/106/583/case.html>.

companhia ferroviária disponibilizasse acomodações iguais para todos. No voto contrário à sentença, o juiz John Marshall Harlan, que era um ex-proprietário de escravos que havia se tornado contrário à escravidão tendo em vista o horror do *Ku Klux Klan*¹⁶, afirmou: “our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”¹⁷.

As leis segregacionistas continuaram sendo aplicadas até o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*¹⁸, quando a doutrina do “separados, mas iguais” foi vigorosamente mitigada. Foi no ano de 1954 que Brown deu início a uma ação coletiva de pais de alunos negros contra a segregação nas escolas de Topeka, no Kansas. Apesar de Brown ter perdido na instância estadual, na Suprema Corte seu caso foi julgado procedente. De acordo com o ministro Warren a segregação racial ocasionava a inferioridade intelectual dos negros. Com isso, a Corte considerou que as escolas para negros eram inferiores às escolas para brancos e dessa forma, decidiram que a segregação originada no precedente *Plessy versus Ferguson* não se aplicava às crianças da escola pública, tendo em vista que as escolas para negros e para brancos eram de qualidade totalmente distintas. A primeira era extremamente pior em relação à segunda, o que contrariava a Décima Quarta Emenda Norte-Americana de proteção igual às crianças negras no ensino público. Entretanto, esse caso não foi suficiente para acabar com o *separate but equal*, antes de seu fim ocorreram ainda os casos *NAAP versus Alabama* em 1958¹⁹, *Boynnton versus Virginia* em 1960²⁰ e *Loving versus Virginia*²¹, em 1967, esse último o responsável pelo fim desse modelo de política pública.

Quatro anos antes do caso *Brown versus Board*, citado acima, ocorreu o caso *Sweatt versus Painter*²² no qual, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei estadual texana que proibia o ingresso de negros na Universidade do Texas, que por sua vez era mantida com verba pública. Nesse caso específico, a Suprema Corte afastou a aplicação do “separados, mas iguais”, julgando que a lei texana violava o princípio da igualdade da Décima Quarta emenda à Constituição Americana. No julgamento, concluiu-se que, *Sweatt* não estava obrigado a aceitar a vaga na Faculdade de Direito para negros que possuíam condições de ensino inferiores às da Faculdade de Direito da Universidade do Texas. A decisão

¹⁶ Organização racista originada em 1865 que pregava a supremacia racial branca.

¹⁷ HARLAN. 1896, p. 559. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>.

¹⁸ Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

¹⁹ Confira em: <http://naacpvalabamaat50.org/>.

²⁰ Confira em: <http://supreme-court-cases.insidegov.com/>.

²¹ Confira em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html#4>.

²² Para saber mais sobre o processo *Sweatt versus Painter*, confira: *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>.

assegurou ao estudante negro Sweatt ingressar nessa Faculdade, que previamente lhe negara admissão motivada, exclusivamente, em critérios raciais. O caso Brown, apesar de não ter marcado o fim da doutrina do “*separate, but equal*”, foi responsável por deflagrar a luta pelos direitos civis.

Após o fim das leis segregacionistas, que mantinham a hierarquia entre indivíduos com base em características individuais, cria-se um dispositivo jurídico que busca afirmativamente equalizar as desigualdades entre os grupos. Assim, a discriminação deixou de ser por meio das leis segregacionistas, para tornar-se a discriminações inversas. Era o início da adoção das ações afirmativas, que visava à reparação dos efeitos da discriminação de outrora. É a partir da definição do grupo que fora vitimado no passado que se deu o conteúdo da igualdade para fins de igual proteção (*equal protection*). Segundo Magnoli, quando as ações afirmativas foram implantadas no início da década de 70, durante o governo de Nixon, não houve a preocupação na definição do que seria raça, haja vista que essa determinação já havia sido feita durante as leis segregacionistas por intermédio da regra da gota de sangue.

Todavia, com as ações afirmativas, vários casos acerca do princípio da igualdade da Décima Quarta Emenda foram questionados. O caso DeFunis *versus* Odegaard de 1974, por exemplo, foi um dos primeiros casos contrários às ações afirmativas e consistia na alegação de que o programa de ações afirmativas da Faculdade de Direito da Universidade de Washington violava a Décima Quarta Emenda à Constituição Americana. Considerado o caso mais emblemático da literatura jurídica norte-americana, o caso University of California *versus* Bakke em 1978, foi o marco das discussões sobre os limites da interferência da política, via ações afirmativas, nas decisões judiciais. Nesse caso a Suprema Corte Americana vedou o emprego de cotas, ou números fixos de vagas a serem preenchidas por membros do grupo discriminado afirmativamente, porém consideraram válida a adoção de políticas sensíveis à raça que envolvessem outros critérios além da raça.

É possível resumir em três os argumentos levantados em defesa de Bakke, a saber: *i.* a inconstitucionalidade dos programas de ação afirmativa, por ferirem o direito à igualdade daqueles que obtiveram a vaga; *ii.* o direito do indivíduo de ser avaliado pelo critério da meritocracia e não como membro de um grupo racial definido; e *iii.* a discriminação racial inversa provocada por critérios que estariam alheios ao seu próprio controle individual. Os argumentos utilizados por Colvin, advogado de Bakke convenceram a Suprema Corte de que era efetivamente justo que seu cliente obtivesse a vaga na Escola de Medicina, porém tal convencimento não foi alcançado facilmente. Segundo Dworkin, a Corte de nove juízes encontrava-se tão dividida que emitiu três posições diversas. Do total de magistrados, quatro votaram pela invalidação da política de ingresso da referida

universidade considerando que o seu sistema de cotas violava o Título VI do *Civil Right Act* de 1964²³, uma vez que a universidade recebia recurso do governo federal, devendo o autor da ação ser reintegrado ao curso. Quatro outros juízes acreditavam na política de ingresso aplicada pela universidade sobre a base de que estava justificada em virtude da necessidade de corrigir os efeitos da discriminação racial vivenciada no passado. Sendo assim, Bakke não teria direito à vaga. Por fim, a posição do nono juiz, Lewis Powell, prevaleceu, o qual defendeu a inconstitucionalidade de programas de cotas fixas, recusando, assim, a noção de que uma política baseada em cotas raciais ou justificada no interesse de aumentar o número de médicos entre as minorias fosse constitucional.

Não obstante, Powell reconhece a constitucionalidade de programas de cotas flexíveis tendo em vista exclusivamente garantir a diversidade do corpo estudantil. Em outras palavras, foi considerado legal o sistema de admissão nas quais a raça representava apenas um dos critérios para admissão do candidato como ocorria em universidades prestigiadas como Harvard. Nesse sentido, outros critérios, dentre eles a raça, poderiam ser utilizados para compor a nota final do estudante (*benchmark score*). Esses outros critérios podem ser o histórico escolar, provas de aptidão, entrevistas e a probabilidade de atuar com maior eficiência na profissão. Em seguida, o juiz salientou ainda a necessidade de serem consideradas as especificidades de cada indivíduo, com o intuito de garantir a justiça nos sistemas de avaliação que partem de um processo democrático. Deve-se, nesse sentido, utilizar-se de uma investigação rigorosa (*strict scrutiny*) das condições dos candidatos para que se possa garantir que os critérios de admissão sejam justos. Em outras palavras, para que a classificação seja justa faz-se necessário a adoção de um padrão rigorosíssimo, o que não ocorre com a reserva de vagas. Para o juiz Powell, a reserva de vagas tal como utilizada pela Universidade da Califórnia, não assegurava a efetiva diversidade estudantil porque apenas uma faceta isolada do candidato estava sendo considerada durante o processo de admissão.

Dworkin é contrário à decisão de Powell, afirmando que o *Task Force Program* possuía duas finalidades bem definidas, a saber: promover um bem social específico e garantir um cálculo estratégico capaz de engendrar tal bem social. O primeiro referia-se à necessidade de impedir que as carreiras mais importantes e lucrativas da sociedade fossem prerrogativas apenas para a raça branca, ao passo que a segunda visava a aumentar os números de negros nas profissões de prestígio para, no futuro, “(...) reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangi-

²³ Segundo o título VI do *Civil Right Act* de 1964: “*It prohibits discrimination on the basis of race, color, and national origin in programs and activities receiving federal financial assistance*” (42 U.S.C. 2000d – 2000d-7). Disponível em: <http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>.

mento racial da comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa”²⁴, ampliando a autoestima do negro e a diversidade racial. Pautado nesse ideário, a decisão da Universidade da Califórnia seria justa²⁵ para Dworkin.

Para ele, todos os três elementos levantados pela defesa de Bakke não eram plausíveis. Primeiramente, por não reconhecer que essas políticas violam o princípio fundamental de moralidade do direito, não sendo assim inconstitucional, haja vista que “não há nenhum texto na constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”²⁶. Vale lembrar que o objetivo social esperado deverá prevalecer sobre o direito individual de Bakke. O segundo argumento rechaçado pelo filósofo é quanto à meritocracia, dado que o candidato não pode ser avaliado exclusivamente pelo critério meritocrático, porquanto o mérito individual ultrapassa critérios numéricos das provas de admissão não devendo, pela ótica dworkiniana, a universidade considerar apenas os testes de inteligência. E, por fim, Dworkin rechaça o último apontamento de Colvin alegando que “as exclusões baseadas na raça foram baseadas historicamente não por algum cálculo instrumental (...) mas por causa do desprezo pela raça ou religião excluída. A exclusão por raça era um insulto, pois era gerada pelo desprezo”²⁷.

Na obra *O Direito da Liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin afirma que a Lei dos Direitos Civis tomou força na década de 1970 e início de 1980, de tal forma que se voltou contra as discriminações subjetivas e estruturais. Nesse sentido, as formas de erradicar essa discriminação se dá por meio de dois princípios básicos, sendo o primeiro a proibição de qualquer política que possa gerar a discriminação, ou seja, a imposição de que todas as formas de discriminação estrutural são ilegais. Essa discriminação é caracterizada pelo oferecimento desproporcionalmente pequeno de vagas em empregos para aquelas pessoas que não são negras. Tal discriminação, segundo Dworkin, deve ser evitada a menos que esse procedimento seja requisito indispensável para a prática negocial. Como consequência desse primeiro princípio, os tribunais de direito passam a ter o cuidado para que as condições de emprego e salário não sejam promotoras de discriminação por sexo ou raça²⁸. Por sua vez, o segundo

²⁴ DWORKIN, Ronald. 2005, p. 439.

²⁵ Todavia, é sabido que os problemas de autoestima possuem especificidades que variam de acordo com cada indivíduo, ou seja, não há garantias de que todos os negros que ingressarem em cursos universitários renomados se sentirão menos frustrados e constrangidos. Ainda assim, esse é um dos argumentos fortemente considerados por Dworkin para defender as cotas raciais assim como as que eram adotadas pela Universidade da Califórnia.

²⁶ *Ibid.*, p. 445.

²⁷ *Ibid.*, p. 449.

²⁸ Warren Burger ao julgar o caso *Griggs v. Duke Power Co.* em 1971 e expor esse princípio da não discriminação pela primeira vez da história da Constituição norte-americana, afirma que:

princípio analisado por Dworkin é o da permissão de que tanto as instituições públicas quanto as privadas pudessem dar algum tipo de favorecimento a grupos minoritários nos processos de admissão de pessoal, a fim de que possam elas contribuir para a erradicação “das consequências estruturais de gerações de injustiça”²⁹ que esses grupos veem sofrendo ao longo dos anos.

Após o julgamento do caso Bakke, outros casos similares nortearam o cenário jurídico norte-americano. Como os casos AFL-CIO *versus* Weber³⁰, também analisado por Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério*, o caso Fullilove *versus* Klutznick³¹, que declarava ser inconstitucional uma lei que destinava 10% do orçamento de obras públicas para empresas que tinham como donos pessoas pertencentes às minorias. Ocorreu ainda o caso Wygant *versus* Jackson Board of Education³², de 1986, que apelava contra uma política que determinava que, nos institutos educacionais, em caso de demissões, deveria ser demitido em primeiro lugar um professor branco. E, por fim, em 1995, tendo em vista o precedente do caso: *Adarand Constructors versus Peña*³³, o veredito determinou que todas as políticas federais que tivessem como embasamento a classificação racial deveriam passar pela análise de um tribunal revisor de estrito escrutínio.

A metodologia de julgamento americana de escrutínio (*Scrutiny*) avalia se uma dada legislação fere ou não a cláusula de *equal protection*, ou seja, adota-se um controle de constitucionalidade para aferir valor à natureza do bem ferido, bem como à classificação do indivíduo ou grupo. São três os níveis de análise: *i. Rational basis test*; *ii. Intermediate Scrutiny*; e *iii. Strict Scrutiny*. Na *Rational basis test (i.)*, é analisado se os bens utilizados são ou não fundamentais bem como se a classificação é ou não suspeita. Para que a lei passe no teste de constitucionalidade basta que o judiciário perceba que o legislador pretendia um fim legítimo ao legislar o dispositivo, tendo agido de modo racional. Dessa forma, exige apenas a demonstração da racionalidade da medida discriminatória para aceitá-la como válida. A segunda análise (*ii.*) refere-se às situações em que tanto a finalidade como os meios devem ser relevantes, haja vista o quão fundamental deve ser o valor do bem jurídico. Em outras palavras, os bens devem ser importantes e exige a comprovação de que a política possui um interesse governamental significativo. E, por fim, o último nível (*iii.*) é a análise rigorosa, os bens precisam ser

“o objetivo do Congresso ao promulgar o título VII [da Lei de Direitos Civis] é claro... Práticas, procedimentos ou provas neutros na aparência, e até mesmo neutros...quanto à intenção, não podem ser conservadores se colaboram para ‘congelar’ o *status quo* criado por práticas discriminatórias anteriores” (BURGER *apud* DWORKIN. 2006, p. 248).

²⁹ DWORKIN, Ronald. 2006, p. 249.

³⁰ Confira o caso AFL-CIO *versus* Weber.

³¹ Confira o caso Fullilove *versus* Klutznick 448 U.S. 448 (1980).

³² Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/476/267.html>.

³³ Confira em: <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-chemerinsky/equal-protection/adarand-constructors-inc-v-pena/>.

absolutamente necessários, assim, exige que a medida empregue métodos estritamente adequados para a aplicação do interesse governamental, requerendo que os meios sejam absolutamente necessários e a finalidade importante o suficiente.

A REALIDADE BRASILEIRA

O Brasil importou, tardiamente, o sistema de ações afirmativas dos Estados Unidos. É importante salientar que a metodologia brasileira de política compensatória étnica-racial deu-se exclusivamente por meio de cotas, não sendo utilizado o sistema de favorecimento mais brando como ocorreu nos Estados Unidos. Para o estudo da realidade no Brasil, inicialmente apresentaremos as leis de natureza étnico-raciais adotadas para, em seguida, investigarmos como o Supremo Tribunal Federal do país vem enfrentando essas demandas.

De acordo com o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Joaquim Barbosa Gomes, “as cotas são a modalidade mais extrema de ação afirmativa. São, por essência, por natureza, algo bastante heterodoxo, pois fogem ao esquema normal de observância do princípio da igualdade”³⁴. Durante a sua sabatina para compor o Supremo Tribunal Federal, Gomes complementou:

Iniciar programas de ações afirmativas fazendo cotas não é a melhor maneira. Devem-se buscar maneiras mais sutis, mais inteligentes, como aquelas que envolvam a utilização pelo Estado dos trunfos institucionais que ele tem. Um deles é o poder, a bolsa, o orçamento. Se o Estado utiliza os mecanismos orçamentários para incentivar instituições públicas, e até mesmo instituições privadas, a tomarem iniciativas de integrar as pessoas marginalizadas, isso não é cota. E está atendido o objetivo³⁵.

Apesar disso, para o ex-ministro, a realidade brasileira comporta apenas o sistema de cotas, haja vista que a miscigenação pode tornar-se um empecilho para a garantia das ações afirmativas sensíveis racialmente e assim, não proporcionar o benefício almejado. Nesse sentido, a extrema miscigenação no Brasil revela a dificuldade em delimitar aqueles que são ou não negros, basta observar que de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, do total de 190.755.799 habitantes no Brasil, 47,7% se declarou branco, 7,6% preto, 43,1% pardo, 1,1% amarelo e 0,7% indígena³⁶.

³⁴ GOMES *apud* PAIM. 2003, p. 73. A exemplo disso, no caso Bakke, a Suprema Corte considerou válidas as ações afirmativas sensíveis à raça em detrimento das cotas raciais. Na análise do caso Bakke, a corte da Califórnia considerou esse sistema válido em detrimento da política de cotas. Confira os capítulos 14 e 15 da obra *Uma questão de princípio* de Dworkin.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Confira os dados do IBGE disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>.

A primeira política de cotas adotada no Brasil por uma universidade de grande porte foi com a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) em 2002³⁷. Não obstante, no território brasileiro, o termo ação afirmativa só foi registrado em 2010, por meio do Estatuto da Igualdade Racial, sendo a lei específica das cotas sancionada dois anos depois. Esse estatuto prevê no artigo 1º, inciso VI: “Para efeitos desse estatuto, considera-se: (...) VI – Ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promulgação da igualdade de oportunidades”³⁸. Em 2012, com o advento da Lei de Cotas, as universidades públicas federais e institutos federais de ensino técnico de nível médio brasileiro passaram a assegurar 50% das vagas para um grupo de candidatos definidos, a saber: estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, os oriundos de família com renda igual ou inferior 1,5 salários mínimos *per capita* e para os autodeclarados negros, pardos e indígenas³⁹. Essa lei permitiu que fosse definitivamente instaurada a política de cotas nas universidades brasileiras.

Segundo Joaquim Barbosa, no texto *A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro*, a noção de igualdade no Brasil vem das ideias francesas, sendo concebida com a finalidade específica de “(...) abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no ‘rang’, na rígida e imutável hierarquização social por classes ‘*classement par ordre*’⁴⁰, surgindo sob o discurso da tentativa de se garantir a igualdade que já havia sido a grande característica jurídica engendrada no final do século XVIII com as revoluções americanas e francesas. Por intermédio dessas revoluções emergiu-se a construção jurídico-política da necessidade da igualdade que garantisse o tratamento igual de todos perante a lei, sem possíveis distinções ou privilégios. Nesse sentido, logo após o constitucionalismo do século XIX e XX que se preocupou primordialmente com a ideia de igualdade em seus textos legais, surge as exigências de tratamento igualitário a todos, em especial com a igualdade racial. De acordo com a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1969, o artigo 1º, parágrafo 4º, prevê:

³⁷ Outras formas de cotas já haviam sido adotadas no Brasil, como o caso da primeira política preferencial que ocorreu de forma isolada e foi chamada *Lei do Boi*, de 1968, consistindo na garantia de acesso de filhos de fazendeiros às universidades, hoje essa lei não tem mais validade. Confira: Lei n. 5.465, de 3 de julho de 1968.

³⁸ Confira a Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 2010.

³⁹ Confira: Lei n. 12.711 – *Lei de Cotas*, de agosto de 2012.

⁴⁰ GOMES, Joaquim. 2002, p. 2.

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossam após terem sido alcançados os seus objetivos⁴¹.

Ao tratar desse artigo Flávia Piovesan afirma que essa convenção defende as ações afirmativas mediante “a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais”⁴². Nesse sentido, as ações afirmativas no Brasil, proporcionariam o aceleração do processo igualitário substantivo das minorias étnicas. Essa afirmação parece legitimar a adoção do sistema de cotas, sendo largamente utilizada pelos seus defensores para legitimar a adoção de políticas de ação afirmativa forte no Brasil. Todavia, o fato dessa ideia estar contida nos dispositivos legais não faz dela uma lei justa, válida e justificável em termos de aceitação da sociedade, pois encontramos outros textos legais, cujo conteúdo parece não sustentar a adoção de tais “medidas especiais” no ensino superior. É o caso da *Declaração dos Direitos Humanos* de 1948, da qual o Brasil e os Estados Unidos são signatários. Seguindo a linha de argumentação presente na *Declaração* e contrapondo-a a uma forma de ação afirmativa, em que alguns grupos teriam direito de ingressar na universidade via *discriminação inversa*, não parece haver argumentos que justifiquem tal discriminação em detrimento do mérito como critério de acesso ao ensino superior.

É fato que no Brasil, dado o tamanho de sua diversidade, considerar raça como algo dado é muito difícil, haja vista que, como foi dito anteriormente, a miscigenação do país é colossal⁴³. Por conseguinte, entre considerar o genótipo ou fenótipo do indivíduo, o Estatuto da Igualdade Racial optou pela autodeclaração no país. Segundo o artigo 1º, inciso IV, negros são “pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de

⁴¹ Confira a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>.

⁴² PIOVESAN, Flávia. 2010, p. 255.

⁴³ As características físicas dos indivíduos variam de acordo com a região de origem, mas não refletem as variações genômicas generalizadas dos grupos. Mesmo assim, as sociedades humanas construíram elaborados sistemas de privilégio e opressão baseados nessas pequenas diferenças genéticas. De acordo com Santos, “racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização bio-genética de fenômenos puramente sociais e culturais. É também uma modalidade de dominação ou, antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre outro, inspirado nas diferenças fenotípicas da nossa espécie. Ignorância e interesses combinados” (SANTOS *apud* CRUZ. 2003, p. 149).

Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam auto definição análoga⁴⁴. Partindo da ideia do artigo 1º, considerando que negros são as pessoas autodeclaradas pretas e pardas, mais de 50% da população brasileira merece tratamento preferencial. Ora, tal realidade tornar-se um problema para a adoção das cotas, haja vista seu número elevado, bem como as possíveis dificuldades para sua regulamentação.

Numa audiência pública ocorrida no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em 4 de março de 2010 para discutir a implementação das cotas no Brasil, o geneticista Sérgio Pena afirmou que “do ponto de vista científico, raças humanas não existem e que não é apropriado falar de raça e, sim, de características de pigmentação da pele⁴⁵. Nesse sentido, “a cor da pele não está geneticamente associada a nenhuma habilidade intelectual, física e emocional [logo] argumentos usados pelos racistas não têm nenhuma credibilidade científica⁴⁶. Por sua vez, a raça é a reivindicação do pertencimento em um determinado grupo, um gueto, com base na ancestralidade. Ainda nessa mesma audiência a professora de antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Yvonne Maggie, afirmou acerca das questões envolvendo raça e sistema de cotas que,

Os cidadãos depois de divididos poderão lutar entre si por cotas e não pelos direitos universais, mas por migalhas que sobraram do banquete que continuará sendo servido à elite (...) as leis raciais não serão temporárias. Elas virão para ficar e irão se espalhar como erva-daninha, entre todas as instituições, na mente e no coração dos brasileiros, transformando-os em cidadãos diversos e legalmente definidos pela cor de sua pele⁴⁷.

Essa audiência pública demonstrou o quão complexo está sendo estas recentes discussões nos tribunais brasileiros, apesar disso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi sempre favorável à adoção de medidas afirmativas. Anterior à publicação da lei de cotas, ocorreu o caso mais marcante julgado no Brasil sobre essa matéria, sendo o estopim para a criação da referida lei. Ocorreu que em 2009, o Partido Democratas (DEM) ajuizou a Arguição de Descumpri-

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 2010. p. 1051.

⁴⁵ BRASIL. 2010, p. 1.

⁴⁶ *Ibid.* As diferenças mais aparentes (cor da pele, textura dos cabelos, formato do nariz) são determinadas por um grupo de pouquíssimos genes, por exemplo, as diferenças entre um negro africano e um branco nórdico compreendem apenas 0,005% do genoma humano, o qual é composto por aproximadamente 25 mil genes. Segundo Magnoli, na obra *Uma gota de sangue*, a genética provou que as diferenças entre as raças humanas não passam de características físicas superficiais, controladas por uma fração insignificante de carga genética humana. A cor da pele, por exemplo, seria uma mera adaptação evolutiva a diferentes níveis de variação ultravioleta, expressa em menos de dez dos 25 mil genes do genoma humano, o que enfraquece qualquer argumentação racial que autorizasse o racismo científico.

⁴⁷ BRASIL. 2010, p. 1.

mento de Preceito Fundamental (ADPF) 186⁴⁸ contra a política de cotas adotadas pela Universidade de Brasília (UnB) que estava em vigor desde 2004⁴⁹.

De acordo com o DEM, essa política feria diversos preceitos fundamentais da Constituição Federal do Brasil, como o repúdio ao racismo e a promoção da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Em 2012, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que era constitucional a política preferencial adotada pela referida Universidade, pois promovia um ambiente de ensino diverso e plural, buscando resolver os graves problemas sociais existentes na sociedade brasileira. Ademais, a Constituição do Brasil através do artigo 3º, inciso I, prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por conseguinte, há o dever constitucional do Estado em promover a educação e o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”⁵⁰.

Para o ministro Marco Aurélio, o artigo 3º revela o suporte para a ação afirmativa, sendo “a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual”⁵¹. Ainda na mesma audiência e buscando embasar seu posicionamento, Ricardo Lewandowski lança mão da teoria do filósofo norte-americano Ronald Dworkin para afirmar a necessidades dessas políticas. De acordo com ele,

⁴⁸ De acordo com o próprio STF, a Arguição de Preceito Fundamental é: “É um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto” (BRASIL, STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>.

⁴⁹ A política de cotas da Universidade de Brasília consistia na reserva de 20% das vagas para estudantes autodeclarados negros. Em 2014 essa reserva diminuiu para 5%, tendo em vista o cursar do tempo. Confira os últimos relatórios disponíveis em: http://unb2.unb.br/administracao/decanatos/deg/downloads/index/reatorio_sistema_cotas.pdf.

⁵⁰ Luiz Fux durante a Arguição de Preceito Fundamental 186. De acordo com o Ministro Celso de Mello: “O desafio não é apenas a mera proclamação formal de reconhecer o compromisso em matéria dos direitos básicos da pessoa humana, mas a efetivação concreta no plano das realizações materiais dos encargos assumidos”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>.

⁵¹ MELLO, Marcos. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura – Associação dos Magistrados Brasileiros*. Ano I, n. 01, abr. 2006. Além desse, também foi citado o artigo 23º, X: sobre a competência federativa (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) de “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (BRASIL, 1988, art. 23, X).

Qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho⁵².

Ao final, Lewandowski cita ainda a pesquisa *The Shape of the River*, que foi um estudo norte-americano que buscou demonstrar as consequências das ações afirmativas no país. No que se observou no estudo, ocorreu o significativo aumento de negros admitidos nas universidades norte-americanas. Em 1951, por exemplo, quando ainda não havia ações afirmativas, das 19 melhores instituições de ensino dos Estados Unidos, havia um total de 63 negros admitidos, o referente a 0,8 % por instituição. Ao passo que, em 1989, por intermédio das ações afirmativas, o número de admitidos nas mesmas instituições foi de 6,7 %. Bowen e Bok calcularam que, caso não tivesse sido adotado a política de preferência racial, esse aumento teria sido entre 2,1 e 3,6⁵³.

A intenção ao falar dessa pesquisa foi claramente a de trazer argumentos empíricos para as discussões em voga. Apesar de ainda haver muita polêmica acerca desse tipo de política norte-americana aplicada no Brasil, foi com o advento da *Lei de Cotas* de 2012, que algumas reivindicações judiciais acerca dessa matéria foram diminuindo em certa medida. Ainda assim, a questão é debater o tamanho da necessidade da política nas decisões judiciais para a garantia de justiça e igualdade assegurada constitucionalmente, bem como o seu alcance. De fato, há um enorme desafio na aplicação dessa metodologia no contexto plural brasileiro que desafio a nossa normatividade a ultrapassar a hegemonia dos atos de poder de um pequeno grupo decisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a concretização dos valores assegurados pelas constituições, tanto americana quanto brasileira, carecem de elemento de política para, de fato, se consolidarem. Nessa perspectiva, a interferência da política nas decisões judi-

⁵² DWORKIN *apud* LEWANDOWSKI, 2012, durante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-186-voto-ministro-ricardo.pdf>. É interessante que Lewandowski não parece levar em conta o fato de considerarem como utilitarista esse argumento de Dworkin, o que seria uma incoerência para um filósofo que se diz deontologista como ele. De qualquer forma, não é esse o nosso problema agora. Para saber mais sobre essa crítica confira nosso artigo “Os limites da ação afirmativa forte em Dworkin”, publicado na revista *Intuitio*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5dYC7QETQzsj:revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/download/15173/11419+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>.

⁵³ Confira Bowen e Bok, *The shape of the river*.

ciais mostra-se como necessária para a amenização de problemas sociais históricos. Através da teoria jurídica de Dworkin é possível compreender como surge na esfera jurídica, entre regras e princípio, as *policies*, com finalidades específicas de lidar com problemas de uma sociedade plural e desigual.

Por meio do modelo político fortemente igualitarista que exige a igualdade de fato, não cabendo mais o apelo meramente formal, ou seja, uma igualdade nos textos jurídicos que não representa a sociedade real. Reconhecido o passado de políticas segregacionistas e excludentes, as desigualdades sociais mostram-se como na são molas propulsoras para políticas sensíveis racialmente. Apesar de todo esse embasamento filosófico a continuação das *policies* exige o controle de sua execução e eficiência, o que determinará a dinâmica do governo.

Como visto, as lutas raciais nos Estados Unidos passaram por diversos percalços, assim como a recente política brasileira. Entretanto, há um caminho a ser percorrido que passa não somente por movimentos sociais, mas também pelo poder do judiciário em atuar e contribuir para a amenização de problemas na sociedade. O Direito passa, dessa forma, a interferir positivamente nas relações sociais, demonstrando não ser apenas um instituto estatal estanque, que em nada dialoga com os diferentes grupos que compõem a sociedade.

Dessa forma, demonstrado os desafios e necessidades do judiciário para com a sociedade a interferência de finalidade de política nas decisões do judiciário parecem pesar mais positivamente que negativamente na balança social. O que por sua vez, revela sua legitimidade de atuação. Longe de querer fazer juízo de mérito quanto a justificabilidade de determinadas políticas étnico-raciais que estão constantemente em alterações, meu intento foi demonstrar como essa adoção pode contribuir para o processo dinâmico de aprendizagem e modificação social.

REFERÊNCIAS

BOWEN, William; BOK, Derek. *The shape of the river*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal: Saraiva, 1988.

_____. *Brown versus Board of Education of Topeka (1954)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em: 06/10/2019.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Ministério da Justiça*. Brasília, 1998.

_____. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Senado Federal, 1968.

_____. *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/search/site/DeFunis>. Acesso em: 03/11/2019.

- _____. Department of Justice, Equal Employment Opportunity Commission. *Executive Order 10.925, March 6th, 1961*. Disponível em: <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>. Acesso em: 25/10/2019.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- GOMES, Joaquim. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 2002.
- INDIA. *The Constitution of India*. Disponível em: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coienglish/Const.Pock%20Pg.Rom8Fsss%286%29.pdf>. Acesso em: 27/10/2019.
- _____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>. Acesso em: 25/10/2019.
- _____. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 2010.
- _____. Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2012. Lei de cotas. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 2012.
- _____. Lei n. 5.465, de 3 de julho de 1968. Lei do boi. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 1968.
- _____. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, 1999.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.
- MELLO, Marcos. Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista da Escola Nacional da Magistratura – Associação dos Magistrados Brasileiros*. Ano I, n. 1, abr. 2006. Disponível em: <http://www.enm.org.br/docs/RevistaENM.pdf>. Acesso em: 19/11/2019.
- MENEZES, P.L. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *O direito da liberdade: a constituição moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948*. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 19/10/2019.
- PAIM, Paulo. *Sabatina do Dr. Joaquim Barbosa Gomes*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- _____. *Parents involved in community schools versus Seattle School Dist. No. 1551 U.S. 701 (2007)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/701/>. Acesso em: 15/11/2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Plessy versus Ferguson (1896)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>. Acesso em: 06/10/2019.

POJMAN, Louis. The moral status of affirmative action. *Public Affairs Quarterly*. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1977.

POSNER, Richard. The Defunis case and the constitutionality of preferential treatment of racial minorities. *Affirmative Action and the Constitution*. New York: Garland, 1998. p. 249-280.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Civil Rights – Civil Liberty Law Review*. Harvard: Cambridge. v. 42, p. 373-433, 2007.

_____. *Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)*. Disponível em: <http://supreme.nolo.com/us/438/265/>. Acesso em: 06/04/2019.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Rower v. Ewans: o amor que não ousa dizer o nome. *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOWELL, Thomas. *Affirmative action around the world: an empirical study*. New Haven: Yale University Press, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf186rl.pdf>. Acesso em: 19/11/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública sobre a reserva de vagas nas Universidades Públicas por critério raça*. Brasília/DF, 4 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121135>. Acesso em: 19/11/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Glossário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em 18/11/2019.

_____. *Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950)*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/339/629>. Acesso em: 03/11/2019.

_____. *Title VI of the Civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <http://www.justice.gov/crt/about/cor/coord/titlevi.php>. Acesso em: 28/10/2019.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNITED STATES. *Constitution of the United States*. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. Acesso em: 08/11/2019.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. Why Bakke has no case. *The New York Review of Books*. 1977 b, p. 1-11.

Data de recebimento: 13/10/2020

Data de aprovação: 29/12/2020

DEMOCRACIA TRANSNACIONAL: UMA PROPOSTA DE EDUCAÇÃO ANTIRRACISTA INSPIRADA EM PAULO FREIRE

TRANSNATIONAL DEMOCRACY: AN ANTI-RACIST EDUCATION PROPOSAL INSPIRED IN PAULO FREIRE

*Luciana dos Santos Silva**
*Mônica Nazaré Picanço Dias***

RESUMO

O presente artigo pretende assinalar pontos de diálogo entre a teoria da democracia transnacional e uma educação com base multicultural, visando o combate ao racismo por meio de ensinamentos extraídos da obra *A Pedagogia do Oprimido*, de Paulo Freire, considerado um dos principais pensadores brasileiros do século XX. A escolha de Freire se dá pelo fato de sua proposta pedagógica ser estudada e já ter sido aplicada em países com diferentes contextos sociais. Além disso, mais de cinco décadas depois da publicação desta obra-prima, a situação de exclusão social que inspirou o autor persiste. Freire não deu cor aos camponeses que inspiraram a sua obra, mas as estatísticas demonstram a grave desigualdade social entre negro e branco mundo afora.

* Advogada, jornalista, analista legislativa, mestranda em Constitucionalismo e Direito na Amazônia no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAM. E-mail: cianasantos@gmail.com. Endereço: Rua Saciara, n. 50, bairro Cidade Nova 1, Manaus/AM. Telefone: (92) 99221-1205. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6002869175333418>.

** Doutora em Ciência Jurídica UNIVALI/SC (2013). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2008). Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (2001) e graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1997). Atua principalmente nos seguintes temas: Justiça Ambiental, Desenvolvimento Sustentável, Criminologia e Transnacionalidade. Professora Adjunta C da Universidade Federal do Amazonas em Direito Penal e Direito Processual Penal. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Santa Teresa. Professora do curso de graduação em Direito Penal e Pós-graduação em Direito Penal do CIESA/AM. Professora do Programa de Pós-graduação (mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia). Advogada. E-mail: monicapdias@hotmail.com. Endereço: Av. Gal. Rodrigo Octávio Jordão Ramos, n. 6.200, Setor Norte, Coroado I, Manaus/AM. Telefone: (92) 98124-0019. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9361050422173821>.

Palavras-chave: Democracia transnacional. Multiculturalidade. Pedagogia. Racismo.

ABSTRACT

This article aims to highlight points of dialogue between the theory of transnational democracy and multicultural education, aiming at combating racism through teachings from Paulo Freire's *A Pedagogy of the Oppressed*, considered one of the main Brazilian thinkers of the century XX. Freire's choice is due to the fact that his pedagogical proposal is studied and has already been applied in countries with different social contexts. In addition, more than five decades after the publication of this masterpiece, the situation of social exclusion that inspired the author persists. Freire did not give color to the peasants who inspired his work, but the statistics demonstrate the serious social inequality between black and white people around the world.

Keywords: Transnational democracy. Multiculturalism. Pedagogy. Racism.

INTRODUÇÃO

A Globalização trouxe no seu bojo um processo de mudanças radicais em todos os aspectos da vida humana. Passamos a viver no que o sociólogo Zygmunt Bauman classificou de Modernidade Líquida, numa alusão à fluidez dos líquidos e a sua capacidade de adaptação; por não possuírem forma, moldam-se a diferentes recipientes. Nesse novo cenário, o próprio Estado-nação é ressignificado. Bauman destaca uma perda de protagonismo “em seu papel como maior provedor de certeza, segurança e garantias”¹. Para o sociólogo, tal processo é praticamente irreversível.

A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da extraterritorialidade, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga; a redistribuição pela violação do novo estatuto global é rápida e impiedosa. De fato, a recusa a participar do jogo nas novas regras globais é o crime a ser mais impiedosamente punido, crime que o poder do Estado, preso ao solo por sua própria soberania territorialmente definida, deve impedir-se de cometer e evitar a qualquer custo².

Na modernidade líquida, o indivíduo transformou-se em cidadão do mundo, passando a transitar e a se identificar com outros territórios, a pertencer a movimentos sociais e se engajar em causas que antes poderiam ficar restritas ao

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 230.

² BAUMAN, Zygmunt., *op. cit.*, p. 231.

local, mas que hoje ganham proporções globais, graças ao encurtamento de distâncias proporcionado pelas redes sociais e grandes grupos de comunicação.

O presente artigo se atém justamente a essas transformações dos espaços e modelos nacionais e também culturais. A democracia transnacional como se verá a seguir tem essa proposta de bem comum e, tendo como inspiração essa característica, aponta-se a importância de uma educação multicultural, que possa servir de sustentáculo à toda essa pluralidade em que a humanidade está inserida. Além disso, uma educação com visão plural é a oportunidade de se combater problemas históricos, como o racismo.

No decorrer do artigo, essa educação multicultural e antirracista é vista com base na obra “A Pedagogia do Oprimido”, de Paulo Freire, patrono da educação brasileira e considerado um dos principais pensadores brasileiros do século XX. A escolha de Freire dá-se pelo fato de sua proposta pedagógica ser estudada e já ter sido aplicada em países³ com diferentes contextos sociais. Além disso, mais de cinco décadas depois da publicação desta obra-prima – A Pedagogia do Oprimido foi escrita por Freire em 1968 durante o exílio no Chile – a situação de exclusão⁴ social que inspirou o autor persiste. Freire não deu cor aos camponeses que inspiraram a sua obra, mas as estatísticas demonstram a grave desigualdade social entre negro e branco mundo afora.

DEMOCRACIA TRANSNACIONAL

Marcos Leite Garcia faz uma alusão ao livro Era das Transformações, de Jürgen Habermas, para exemplificar o que seria esse espaço transnacional que se encontra em construção; espaço este que se torna cada vez mais relevante no que tange a temas como direitos difusos e transfronteiriços.

O filósofo alemão Jürgen Habermas no livro Era das Transformações prevê a construção de novos espaços a partir da perspectiva de ampliação

³ Com a Pedagogia do Oprimido, Paulo Freire deixou códigos e sinais para a pedagogia que cruzam todas as fronteiras linguísticas e culturais, independente de onde elas se encontram na terra. Onde quer que a opressão e a injustiça tornam-se intoleráveis, os seus livros são passados adiante e lidos. Onde quer que as pessoas vivam em contentamento e riqueza, as ideias de Freire indicam o caminho para o diálogo, a solidariedade e a construção de um só mundo. DABISCH, Joachim; FREIRE, Ana Maria de Araújo (org.). Uma pedagogia da esperança ou trinta anos depois da Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire. In: *Pedagogia da libertação em Paulo Freire*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 54.

⁴ A dramaticidade da hora atual repõe o olhar pedagógico de Paulo Freire com legítima atualidade. Sua pedagogia se articula numa sensibilidade amorosa para com os oprimidos, para com a dramaticidade de suas existências, para com a dramaticidade de suas existências, para com os processos humanizadores-desumanizadores da exclusão e da opressão. Ele não vê a história como um processo linear de humanização, não se confunde com qualquer humanismo pedagógico-romântico. ARROYO, Miguel G. *Paulo Freire em tempo de exclusão*. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 198.

da esfera da influência da experiência das sociedades democráticas para além das fronteiras nacionais. No entender de Habermas tal processo de democratização pode ser reproduzido no que chama de constelação pós nacional (Diepost Nationale Konstellation) pelos caminhos de uma política interna voltada para o mundo em geral, ou seja, aberta a uma ordem jurídica cosmopolita, capaz de funcionar sem a estrutura de um governo mundial⁵.

Diante desse cenário, Garcia⁶ chama atenção para o nascimento de novas demandas jurídicas ou, como ele classifica, “novos” direitos ou “novos” direitos fundamentais, que ultrapassam os limites do tradicional Estado nacional exigindo, assim, espaços públicos voltados a eles. O autor ressalta que esses temas vão além de questões econômicas deste mundo globalizado, mas, em geral, estão ligados à sobrevivência humana e do planeta. Segundo ele, “a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural”. O autor destaca ainda a importância da educação e da informação diante da transnacionalização. “A única saída seria a superação de modelos educativos atuais e a inclusão das discussões de questões relacionadas com os direitos fundamentais e cidadania no dia a dia da sala de aula e também sua inclusão na mídia em todos os níveis”⁷.

Anderson Vichinkeski Teixeira discorre sobre a “fragilidade que os processos decisórios nacionais e, por consequência, a soberania nacional, apresentam frente à economia internacional e ao predatório mercado de capitais especulativo”⁸. O autor explica que o Estado Nacional vem perdendo o protagonismo, ficando restrito a questões locais.

[...] as questões essenciais para a nação agora passaram a ser tratadas em nível internacional. A política interna ruma para se restringir a assuntos práticos altamente específicos em cada sociedade, constituindo-se em espaço adequado para discutir questões como aborto, eutanásia, direitos dos homossexuais, convivência multicultural, direitos dos animais, direitos das minorias e administração local do meio-ambiente⁹.

⁵ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, p. 103, jan. 2010. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801>. Acesso em: 19/07/2020.

⁶ GARCIA, Marcos Leite., *op. cit.*, p. 104.

⁷ GARCIA, Marcos Leite., *op. cit.*, p. 118.

⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Democracia transnacional e integração regional: as novas esferas transversais de decisão política. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVA, Alice Rocha da; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). *Integração, Estado e governança*. Pará de Minas, p. 40, 2016. Disponível em: http://www.uit.br/mestrado/images/publicacoes/segundo_livro_rede_24_02_2017_1.pdf. Acesso em: 19/07/2020.

⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski., *op. cit.*, p. 40-41.

De acordo com Maria João Cabrita, a democracia transnacional “constitui a terceira grande transformação histórica da democracia política, [...] e traduz a crescente perda de democracia representativa ante a vasta amplitude da governança e a complexidade de controle do poder por parte de quem por ele é afectado”¹⁰. Na avaliação da autora, tanto a sociedade civil quanto as políticas globais internacionais ainda resistem à ideia de que a democracia está além dos Estados-nação. Cabrita também traz uma observação sobre o critério “todos os afectados”.

O critério “todos os afectados” está relacionado com o modelo de democracia global “das partes interessadas”, segundo o qual todos os agentes que detêm uma participação significativa como membros de uma interação social específica têm direito a participar numa tomada de decisão política. De acordo com este, o demos relevante expande-se para cobrir o domínio criado pela interação socioeconômica, seja nacional, transnacional ou global; e os indivíduos podem ser membros de uma múltipla sobreposição de comunidades. O rumo cosmopolita da democracia “das partes interessadas” pressupõe múltiplas transformações – como a defesa do cosmopolitismo no seio dos Estados-nação, uma política externa democrática, a reforma das organizações internacionais, autoridades judiciais globais, a participação dos cidadãos nas políticas globais; e comunidades políticas sem fronteiras – e tem por protagonistas os mais pobres do mundo, migrantes, grupos cosmopolitas, a sociedade civil global, partidos políticos globais, sindicatos e movimentos trabalhistas e corporações multinacionais. Ou seja, supõe uma combinação efetiva de políticas tanto de “baixo para cima” quanto de “cima para baixo”¹¹.

Para Suzana Tavares da Silva, a democracia transnacional apresentaria características *sui generis* e diferentes significados, que vão desde “a necessidade de democratização das instituições transnacionais até a tentativa de instituição de novos modelos democráticos supranacionais”¹².

Estes novos modelos democráticos apresentariam características híbridas e *sui generis*, uma vez que não exigiriam a constituição de uma organização política nova de tipo federativo ou confederal, erigindo-se, em alternativa, como uma forma de integração assente sobre o modelo

¹⁰ CABRITA, Maria João. Déficit democrático e democracia transnacional. In: JORGE, Vítor Oliveira (coord.). *O pensamento, hoje, ainda tem efeitos práticos?* Ainda podemos pensar a democracia como algo ao nosso alcance? Lisboa: IHC, 2018. p. 7. Disponível em: <https://ubi-bliorum.ubi.pt/handle/10400.6/8500>. Acesso em: 19/07/2020.

¹¹ CABRITA, Maria João., *op. cit.*, p. 10.

¹² SILVA, Suzana Tavares da. Democracia transnacional. *Revista Populus*. Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. n. 4, p. 173, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5528/2018_rev_populus_n4.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19/07/2020.

de estado-nação e uma “soberania duplicada”, como pressuponha Habermas em 2014 relativamente à União Europeia¹³.

Para diferenciar o Estado Constitucional Moderno do Estado e o Direito Transnacional, Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar lembram que o primeiro surge com as revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, “que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa”¹⁴. Já para os segundos apontam 8 características¹⁵, dentre elas “pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental”.

Os autores advertem, no entanto, que ao apontar tais características não propõem um estado mundial, mas a “possibilidade de fundação de vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas”. Cruz e Bodnar explicam ainda a preferência pelo prefixo trans ao invés de inter. Segundo eles, inter sugere a ideia de “apropriação de significados relacionados”, enquanto trans “denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais”¹⁶.

¹³ SILVA, Suzana Tavares da., *op. cit.*, p. 173, 2018.

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR*. [S. l.], p. 3, dec. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 19/07/2020.

¹⁵ a) Constituição a partir de estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas;
b) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais;

c) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes;

d) Atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros;

e) Pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental;

f) Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária;

g) Constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso;

h) Capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando assim uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR*. [S. l.], p. 4-5, dec. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 19/07/2020.

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR*. [S. l.], p. 5, dec. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 19/07/2020.

É como Ulrich Beck se manifesta, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante que já não se encaixa nas velhas categorias modernas¹⁷.

Mauricio Pedroso Flores conta que John Dryzek foi um dos primeiros a falar sobre a possibilidade de uma democracia transnacional e que o mesmo apontava três aspectos centrais: o conceito de democracia deve ser desvinculado das ideias de Estado ou de fronteira; a sociedade civil adquire um papel fundamental nos esforços democráticos; e a legitimidade democrática transnacional envolve experimentação. “É possível dizer que a maior parte da bibliografia contemporânea incorpora de alguma forma esses três aspectos, embora haja uma margem considerável de desacordo em relação à importância a ser concedida a cada um deles”¹⁸. Flores traz um conceito de democracia no espaço transnacional:

[...] democracia é a possibilidade de que as pessoas participem da produção das normas que regem suas próprias vidas. Até que ponto a expectativa normativa criada a partir dessa concepção será satisfeita é algo a ser verificado, mas ela pode ser útil como um ideal crítico sobre o qual podemos avaliar as diferentes tentativas de se estabelecer maior legitimidade democrática no espaço transnacional¹⁹.

Paulo Márcio Cruz, citando Ferrajoli, destaca questões preocupantes de nossos tempos como a crise ambiental e o aumento das desigualdades sociais como desafios a manutenção do equilíbrio planetário e da paz entre os povos²⁰. “Está-se chegando à conclusão de que os herdeiros da Era das Luzes são herdeiros apopléticos: as leis se converteram em receitas, o Direito em método e o Estado Constitucional Moderno em meros espaços jurídicos”²¹.

Para Paulo Márcio Cruz urge um “upgrade civilizatório”, com vies humanista, que inclui repensar uma nova organização política que esteja em sintonia com as demandas atuais. Segundo ele, “está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar um Poder Público que possa ser aplicado ao local, ao regional e ao mundial, que seja sensível ao ser humano e propenso a incluir

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo., *op. cit.*, p. 5-6.

¹⁸ FLORES, Mauricio Pedroso. *Os caminhos para a legitimidade democrática no espaço transnacional*. Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2019. p. 4. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/congresso-direito-anais>. Acesso em: 19/07/2020.

¹⁹ FLORES, Mauricio Pedroso., *op. cit.*, p. 17.

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. *Pensar*. Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 257, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819>. Acesso em: 19/07/2020.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio., *op. cit.*, p. 273.

todas as pessoas a um mínimo de bem-estar²². O autor também aponta que “é importante ter-se consciência de que, na configuração da Nova Ordem Mundial, a Democracia deverá desempenhar um papel mais importante que o Estado Constitucional Moderno”²³.

Repensar a Democracia neste momento histórico é fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores que disputarão a governabilidade mundial e que rompem o paradigma da endogenia estatal moderna, e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e que a igualdade seja vivida a serviço da diferença²⁴.

Para Paulo Márcio Cruz, a visão clássica de Estado já não satisfaz mais essa nova sociedade, “olha-se na direção do Poder compartilhado, globalizado, com um capitalismo sociatista democrático, um Estado Transnacional”²⁵. O autor, citando Santos, aponta outro aspecto em que o Estado Constitucional Moderno não atendeu as demandas da sociedade, estabelecendo privilégios a alguns grupos em detrimento de outros, enlarguendo assim o abismo das desigualdades sociais²⁶.

A relação do Estado Constitucional Moderno, com os cidadãos, tornou-se muito complexa também porque, ao contrário do que pretendia a teoria liberal, as estruturas estatais modernas não reconhecem apenas cidadãos, reconhecem também os grupos e classes sociais a que eles pertencem (SANTOS, 2006 b, p. 1). Como estes grupos e classes têm uma capacidade muito diferenciada de influenciar o Poder Público, a igualdade dos cidadãos é meramente formal e esconde desigualdades por vezes gritantes e que não são sequer tangenciadas pelos processos democráticos representativos²⁷.

Ainda nesse sentido, Barbosa destaca a necessidade da movimentação da própria sociedade civil em busca dessa nova forma de integração visando ao bem comum. “É gerada solidariedade social de novo tipo, se afastando da adesão ao sentimento de pertença nacional em direção ao ‘cosmo’ de partilha da condição de amparo universal nos direitos humanos”²⁸.

²² CRUZ, Paulo Márcio., *op. cit.*, p. 257.

²³ CRUZ, Paulo Márcio., *op. cit.*, p. 257.

²⁴ CRUZ, Paulo Márcio., *op. cit.*, p. 259.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio., *op. cit.*, p. 262.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. *Pensar*. Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 264, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819>. Acesso em: 19/07/2020.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio., *op. cit.*, p. 259.

²⁸ BARBOSA, Anna Christina Freire., *op. cit.*, p. 150.

Batalha e Arturi trazem exemplos de ocasiões em que os insatisfeitos com o sistema saíram às ruas para apresentar suas pautas reivindicatórias antiglobalização econômica²⁹. Dentre esses movimentos transnacionais estão as manifestações de Seattle, Praga, Nice e Gênova.

Outro movimento transnacional que vem crescendo nos últimos anos é o Black Lives Matter³⁰, movimento antirracista nascidos nos Estados Unidos da América, mas que ganhou o mundo por meio das redes sociais e reuniu, mesmo durante a pandemia ocasionada pelo Covid-19, milhares de manifestantes, negros e brancos, em diversas cidades do planeta, levantando o debate sobre desigualdade, racismo estrutural, símbolos colonialistas, imigração e reivindicando o fim da violência policial e a punição dos assassinos de George Floyd, ex-segurança negro morto por asfixia durante abordagem policial.

E como estar integrado a todas essas mudanças frutos dessa sociedade líquida, a esse caldeirão multiétnico, onde somos cada vez mais cidadãos do mundo? Miglino e Cruz confirmam essa pluralidade de identidades políticas e ressaltam que a mesma deve ser aceita pelos democratas “já que os impulsos universalistas da Democracia e seus princípios orientam seus seguidores para além de qualquer compromisso com um só nível de proposição política e para além do Estado Constitucional Moderno”³¹.

E sobre lidar com as tarefas surgidas nos ambientes sociais, Julian Culp diz que “adotar conscientemente esses hábitos não apenas envolve, deliberadamente, o desenvolvimento de novas capacidades para determinadas atividades, mas também, reflexivamente, a aplicação das capacidades já existentes para novas tarefas”³².

Com isso, Culp traz para a discussão a educação em tempos de globalização, tanto do ponto de vista dos profissionais da educação, das políticas educacionais e também das organizações, já que é necessário a formação de mão de obra para atuar num mercado que passa por constantes mudanças tecnológicas e que requer

²⁹ BATALHA, Elisa de Santana; ARTURI, Carlos Schmidt. Movimentos sociais transnacionais e reação interestatal: considerações teóricas à luz do Fórum Social Mundial e da cooperação securitária na União Europeia. *Caderno CRH*. Salvador, Brasil: Universidade Federal da Bahia. v. 19, n. 48, p. 463, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632170007>. Acesso em: 19/07/2020.

³⁰ WALDMEIR, Patti. Lutamos contra o racismo com ferramentas da nossa época, diz fundadora do Black Lives Matter. *Folha de São Paulo*. 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/08/lutamos-contr-o-racismo-com-ferramentas-da-nossa-epoca-diz-fundadora-do-black-lives-matter.shtml>. Acesso em: 19/07/2020.

³¹ MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. Possibilidade para a transnacionalidade democrática. *Revista do Direito UNISC*. Santa Cruz do Sul, n. 34, p. 18, jul.-dez. 2010. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1808/1585>. Acesso em: 19/07/2020.

³² CULP, Julian. Educação cidadã, consciência democrática e globalização. *Perspectiva Filosófica*. v. 45, n. 2, p. 189, 2018. Disponível em: [periódicos.ufpe.br](http://periodicos.ufpe.br). Acesso em: 19/07/2020.

uma adaptação contínua de habilidades. O autor lembra ainda o conceito de educação cidadã em sociedades democráticas do ocidente, em que está “ligada à ideia de educar cidadãos de modos através dos quais eles adquiram e mantenham as atitudes, os conhecimentos e as habilidades necessárias para criar e manter arranjos democráticos dentro dos seus estados nacionais”³³.

Culp destaca que “é crucial elaborar políticas educacionais públicas de modo que cada sujeito possa participar democraticamente do processo social e político de tomadas de decisões”³⁴, e defende assim uma modificação na educação cidadã de forma que ela passe a ter como objetivo a formação de pessoas com uma consciência global, observando acontecimentos e processos para além das fronteiras de seus países³⁵. Por fim, o autor chama atenção ainda para o fato de que possuir uma perspectiva cultural diferente vai além de questões morais, pois representam a possibilidade de retorno inclusive material.

DIREITO A UMA EDUCAÇÃO PLURAL

O debate sobre uma educação baseada no multiculturalismo não é exatamente uma novidade, mas torna-se cada vez mais urgente a implementação de tal visão pedagógica pelas próprias modificações sociais supracitadas. Inicialmente, vale destacar um trecho do artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

[...] A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz [...]³⁶.

Luiz Alberto David Araújo observa que os direitos da diversidade surgem dentro do viés da igualdade e que não é uma garantia apenas da minoria, mas também da maioria.

A questão da diversidade envolve também a maioria; é direito também da maioria. De poder conviver com a minoria, de poder conviver com o diferente e com a diferença. Como se materializa esse direito? Como eu posso dizer que haverá vantagens para mim convivendo com a diferença? Eu serei mais acolhedor, menos centrado em mim mesmo. Serei

³³ CULP, Julian., *op. cit.*, p. 192.

³⁴ CULP, Julian., *op. cit.*, p. 192.

³⁵ CULP, Julian., *op. cit.*, p. 195.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 01/07/2019.

mais solidário, mais tolerante com as coisas que não gosto. E não sou obrigado a gostar de tudo. Mas serei mais compreensivo com o que não me agrada e aprenderei a entender que, por trás da diferença “x” ou “y”, há um ser humano com esperanças, desejos, vontades, expectativas, anseios, fome, sede e vontade de encontrar um mundo acessível³⁷.

Flávia Piovesan, por sua vez, defende que os mecanismos para a construção de uma sociedade antirracista vão além da criação de normas que reprimam o racismo, incluindo a formulação de políticas públicas universais e também àquelas direcionadas à valorização da população negra.

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação³⁸.

Por fim, não há como falar em educação antirracista e Paulo Freire sem citar a intelectual e ativista feminista negra estadunidense Bell Hooks, cujo nome oficial é Gloria Jean Watkins, e o seu clássico “Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade”. Na obra, com um texto leve, mas ao mesmo tempo potente e inspirador, a escritora narra suas percepções, como estudante e depois como professora de inglês, sobre o ensino formal e a possibilidade de romper com o status quo, dando lugar à construção de uma pedagogia humanista, baseada no multiculturalismo e na emancipação do ser.

Bell Hooks relata que ainda no ensino fundamental pôde perceber os contrastes entre uma educação para a liberdade e uma educação bancária – classificação dada por Freire para a prática baseada no repasse de conteúdos e memorização, sem qualquer reflexão sobre o tema ministrado. Inicialmente aluna de uma escola para negros, ela conta que tinha prazer em estudar, estimulada pelo

³⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. A questão da diversidade e a Constituição de 1988. In: FERAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 401.

comprometimento de suas professoras que buscavam oferecer aos alunos uma visão crítica de mundo, instrumento que consideravam essencial para enfrentar uma sociedade racista. Transferida para outra instituição, em função de uma política de integração racial, a jovem passa a conviver com conteúdos impostos e que, em geral, reforçavam teorias racistas. Segundo a escritora, naquele sistema, pensar poderia ser considerado uma afronta à autoridade (branca). A reviravolta na vida da futura aclamada escritora se dá quando, já na pós-graduação, descobre a obra de Freire – com que depois tem a oportunidade de estudar – e vê nele “um mentor e um guia, alguém que entendia que o aprendizado poderia ser libertador”. Tamanha a importância do intelectual brasileiro na prática pedagógica que Bell passa a desenvolver, ela dedica um capítulo de seu livro a ele.

Quando conheci a obra de Paulo Freire, fiquei ansiosa para saber se seu estilo de ensino incorporava as práticas pedagógicas que ele descrevia com tanta eloquência em sua obra. No curto período em que estudei com ele, fui profundamente tocada por sua presença, pelo modo com que sua maneira de ensinar exemplificava sua teoria pedagógica. [...] Minha experiência com ele me devolveu a fé na educação libertadora. Eu nunca quisera abandonar a convicção de que é possível dar aula sem reforçar os sistemas de dominação existentes. Precisava ter certeza de que os professores não têm de ser tiranos na sala de aula³⁹.

Em “Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade”, Bell Hooks fala não só sobre a importância de um ensino multicultural e interseccional, mas também da resistência dos educadores em aderir a essa filosofia e sobre o eurocentrismo da academia que, em muitos momentos, colocou em xeque a qualidade de seus textos em função do seu estilo de escrita.

O multiculturalismo obriga os educadores a reconhecer as estreitas fronteiras que moldaram o modo como o conhecimento é partilhado em sala de aula. Obriga todos nós a reconhecer nossa cumplicidade na aceitação e perpetuação de todos os tipos de parcialidade e preconceito. Os alunos estão ansiosos para derrubar os obstáculos ao saber. Estão dispostos a se render ao maravilhamento de aprender e reaprender novas maneiras de conhecer que vão contra a corrente. Quando nós, como educadores, deixamos que nossa pedagogia seja radicalmente transformada pelo reconhecimento da multiculturalidade do mundo, podemos dar aos alunos a educação que eles desejam e merecem. Podemos ensinar de um jeito que transforma a consciência, criando um clima de livre expressão que é a essência de uma educação em artes liberais verdadeiramente libertadora⁴⁰.

³⁹ HOOKS, Bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 31.

⁴⁰ HOOKS, Bell., *op. cit.*, p. 63.

Ainda sobre os desafios de uma educação culturalmente diversa (nesse ponto ela se refere ao espaço acadêmico), Bell Hooks afirma ainda que deve existir um comprometimento com a causa, observando inclusive os movimentos de mudança social.

Para nos comprometer com a tarefa de transformar a academia num lugar onde a diversidade cultural informe cada aspecto do nosso conhecimento, temos de abraçar a luta e o sacrifício. Não podemos nos desencorajar facilmente. Não podemos nos desesperar diante dos conflitos. Temos de afirmar nossa solidariedade por meio da crença num espírito de abertura intelectual que celebre a diversidade, acolha a divergência e se regozije com a dedicação coletiva à verdade⁴¹.

UMA RE(LEITURA) DA PEDAGOGIA DO OPRIMIDO

Em “A Pedagogia do Oprimido”, Paulo Freire não deu cor aos camponeses de outrora, mas as estatísticas demonstram as disparidades sociais entre negros e brancos. Reportagem do site da BBC, publicada em 4 de junho de 2020, apresenta números comparativos entre Brasil e Estados Unidos, país onde se iniciou o movimento Black Lives Matter. Citando apenas a questão educacional, já que esse é o recorte do presente artigo, segundo a Avaliação Nacional de Alfabetização Adulta (NAAL, na sigla em inglês), 24% dos negros estadunidenses são analfabetos funcionais (quando há dificuldades na compreensão de um texto simples), contra 7 por cento dos brancos. Já no Brasil, a matéria aponta dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de que a taxa de analfabetismo entre os negros de 15 anos ou mais é superior ao dobro da taxa de analfabetismo entre os brancos da mesma faixa de idade, respectivamente 9,1% e 3,9%.

Para Freire, a emancipação dos oprimidos perpassa pela recuperação de sua humanidade, por meio de uma pedagogia trabalhada em conjunto, sem o autoritarismo do que ele classificava de educação bancária, aquela em que o aluno é apenas receptor e repetidor de conteúdo que lhe é imposto.

A nossa preocupação, neste trabalho, é apenas apresentar alguns aspectos do que nos parece constituir o que vimos chamado de pedagogia do oprimido: aquela que tem de ser forjada *com* ele e não *para* ele, enquanto homens ou povos, na luta incessante de recuperação de sua humanidade. Pedagogia que faça da opressão e de suas causas objeto da reflexão dos oprimidos, de que resultará o seu engajamento necessário na luta por sua libertação, em que esta pedagogia se fará e refará⁴².

⁴¹ HOOKS, Bell., *op. cit.*, p. 50.

⁴² FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 69. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 43.

Freire ressalta que era necessário ao oprimido refletir sobre sua situação, sobre seu lugar no mundo, e compreender os mecanismos utilizados pela classe dominante para chegar e se manter no poder. Além disso, era preciso reconhecer o quanto da ideologia do opressor foi absorvida por ele e como ele vem reproduzindo esses pensamentos, mesmo sem se dar conta, e contribuindo para a manutenção do *status quo*.

O grande problema está em como poderão os oprimidos, que “hospedam” o opressor em si, participar da elaboração, como seres duplos, inautênticos, da pedagogia de sua libertação. Somente na medida em que se descubram “hospedeiros” do opressor poderão contribuir para o partejamento de sua pedagogia libertadora. Enquanto vivam a dualidade na qual ser é parecer e parecer é parecer com o opressor, é impossível fazê-lo. A pedagogia do oprimido, que não pode ser elaborada pelos opressores, é um instrumento para esta descoberta crítica – a dos oprimidos por si mesmos e a dos opressores pelos oprimidos, como manifestações da desumanização⁴³.

Aqui podemos identificar esse diálogo entre a pedagogia freireana e multiculturalidade. No que se refere à população negra, permitir uma educação para a diversidade é possibilitar que redescubra sua ancestralidade e história, que passou por um processo de apagamento durante e após o período escravocrata. A partir dessa proposta pedagógica abre-se um caminho de redescoberta, de percepção objetiva da sociedade em que esta população está inserida e de todo o processo de exclusão a que foi exposta a partir do eurocentrismo; além disso, há também o resgate da autoestima, da ressignificação positiva do que é ser negro. Há, portanto, o rompimento do processo que Freire classifica como “autodesvalia”. Segundo ele, “de tanto ouvirem de si mesmos que são incapazes, que não sabem nada, que não podem saber, que são enfermos, indolentes, que não produzem em virtude de tudo isto, terminam por se convencer de sua ‘incapacidade’⁴⁴”.

A adoção de uma educação multicultural é uma oportunidade também para os não-oprimidos, pois passam a expandir seu universo, a sair de suas bolhas de proteção; uma oportunidade de ter consciência de seus privilégios, de adotar uma nova visão de mundo se a intensão for verdadeiramente somar forças na construção de uma nova realidade, como é a proposta da democracia transnacional. E, de acordo com Freire, essa mudança atitudinal se faz necessária pois as classes dominantes tendem a ter uma visão deturpada de que aquele que não faz parte de seu grupo também é um sujeito de direitos, assim não veem humanidade no diferente. “Por isto é que, para os opressores, o que vale é *ter mais* e cada vez *mais*,

⁴³ FREIRE, Paulo., *op. cit.*, p. 43.

⁴⁴ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 69. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2019. p. 69.

à custa, inclusive, do ter *menos* ou do *nada* ter dos oprimidos. *Ser*, para eles, é ter e ter como classe que tem⁴⁵.

Daí a importância de se ter mecanismos que contribuam para concepções de mundo mais igualitárias, mais plurais, e que possam transformar a realidade social. Como ensina Freire, “[...] Se os homens são os produtores desta realidade e se esta, na ‘inversão da práxis’, se volta sobre eles e os condiciona, transformar a realidade opressora é tarefa histórica, é tarefa dos homens⁴⁶. Segundo ele, “quanto mais as massas populares desvelam a realidade objetiva e desafiadora sobre a qual elas devem incidir sua ação transformadora, tanto mais se “inserir” nela criticamente⁴⁷. Mas o autor alerta sobre a necessidade de uma construção conjunta, verdadeiramente democrática e fraterna.

Por isto é que não podemos, a não ser ingenuamente, esperar resultados positivos de um programa, seja educativo num sentido mais técnico ou de ação política, se, desrespeitando a particular visão de mundo que tenha ou esteja tendo o povo, se constitui numa espécie de “invasão cultural”, ainda que feita com a melhor das intenções. Mas “invasão cultural” sempre⁴⁸.

Por fim, em sua obra mais conhecida, Freire diz que “não se pode afirmar que alguém liberta alguém, ou que alguém se liberta sozinho, mas os homens se libertam em comunhão. [...] E haverá importância maior que conviver com os oprimidos, com os esfarrapados do mundo, com os “condenados da terra”⁴⁹?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um mundo globalizado e baseado em relações fluidas impôs novas necessidades e desafios. Questões políticas, jurídicas, sociais e culturais ultrapassaram as fronteiras do tradicional Estado nacional e requerem ferramentas que possam atendê-las adequadamente, o que já não é mais possível com base no direito nacional, comunitário e internacional.

A democracia transnacional surge nesse contexto como uma proposta de ordenamento jurídico voltado a atender tais demandas com um foco na dignidade e no bem comum. Como visto ao longo do artigo, para alguns autores é uma oportunidade para uma evolução civilizatória. O indivíduo, agora cidadão do mundo, ganha um maior protagonismo e pode colaborar nesse processo evolutivo se engajando em causas comuns de defesa dos direitos humanos e da preservação ambiental.

⁴⁵ FREIRE, Paulo., *op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ FREIRE, Paulo., *op. cit.*, p. 51.

⁴⁷ FREIRE, Paulo., *op. cit.*, p. 54.

⁴⁸ FREIRE, Paulo., *op. cit.*, p. 119.

⁴⁹ FREIRE, Paulo., *op. cit.*, p. 179.

É preciso se adaptar rapidamente a esses novos espaços, às mudanças tecnológicas e do mundo do trabalho e ao acesso em tempo real às informações. E aqui entra a necessidade de uma educação voltada à toda essa pluralidade. Uma pedagogia que seja de integração, que haja humanidade no ato de ensinar.

E se este for realmente o momento da construção de uma sociedade mais fraterna, que o ser humano possa aprender a ver no outro não um inimigo, mas um semelhante, igualmente digno de direitos.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. A questão da diversidade e a Constituição de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18-26.
- ARROYO, Miguel G. *Paulo Freire em tempo de exclusão*. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 189-206.
- BARBOSA, Anna Christina Freire. Democracia transnacional: notas acerca da (in) viabilidade de um projeto pós-nacional. *Revista Cronos*. v. 12, n. 1, abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/2204>. Acesso em: 19/07/2020.
- BARRUCHO, Luis; MAGENTA, Matheus. Protestos por George Floyd: em seis áreas, a desigualdade racial no Brasil e nos EUA. *BBC News Brasil*. 4 jun. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52916100>. Acesso em: 20/07/2020.
- BATALHA, Elisa de Santana; ARTURI, Carlos Schmidt. Movimentos sociais transnacionais e reação interestatal: considerações teóricas à luz do Fórum Social Mundial e da cooperação securitária na União Europeia. *Caderno CRH*. Salvador, Brasil: Universidade Federal da Bahia. v. 19, n. 48, p. 461-477, set.-dez. 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632170007>. Acesso em: 19/07/2020.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CABRITA, Maria João. Déficit democrático e democracia transnacional. In: JORGE, Vítor Oliveira (coord.). *O pensamento, hoje, ainda tem efeitos práticos? Ainda podemos pensar a democracia como algo ao nosso alcance?* Lisboa: IHC, 2018. p. 9-20. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/8500>. Acesso em: 19/07/2020.
- CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. *Pensar*. Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 256-271, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/819>. Acesso em: 19/07/2020.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR*. [S. l.], dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 19/07/2020. ISSN: 1981-8386.
- CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*. v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/72/cruz-soares.pdf>. Acesso em: 19/07/2020.

CULP, Julian. Educação cidadã, consciência democrática e globalização. *Perspectiva Filosófica*. v. 45, n. 2, 2018. Disponível em: periodicos.ufpe.br. Acesso em: 19/07/2020.

DABISCH, Joachim; FREIRE, Ana Maria de Araújo (org.). Uma pedagogia da esperança ou trinta anos depois da Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire. *In: Pedagogia da libertação em Paulo Freire*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 50-54.

FLORES, Maurício Pedroso. *Os caminhos para a legitimidade democrática no espaço transnacional*. Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, 2019. Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/congresso-direito-anais>. Acesso em: 19/07/2020.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 69. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2019.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, p. 103-129, jan. 2010. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801>. Acesso em: 19/07/2020.

GIROUX, Henry A. *Recordando o legado da Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 43-48.

GUERRA, Gleidis Roberta. *Legislação e políticas públicas de inclusão e multiculturalidade*. Valinhos, 2016.

HANCHARD, Michael. Política transnacional negra, anti-imperialismo e etnocentrismo para Pierre Bourdieu e LoïcWacquant: exemplos de interpretação equivocada. *Estudos Afro-asiáticos (online)*. v. 24, n. 1, p. 63-96, 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101546X2002000100004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 19/07/2020.

IENSUE, Geziela. Valorizando a diferença: o acesso ao ensino superior pelos afrodescendentes a partir da política de cotas. *In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 321-360.

JUNIOR, José Alcebiades de Oliveira. Diversidade cultural e a efetivação dos direitos humanos. *In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27-42.

MELO, Daniel Ramos da Silva; SILVA, Andréia Rosalina. *Sociedade de classes brasileiras e negritude socialização e relações raciais*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2018.

MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio. Possibilidades para a transnacionalidade democrática. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, p. 3-26, jul. 2010. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1808>. Acesso em: 19/07/2020. ISSN: 1982-9957.

NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. *Revista Brasileira de Direito*. v. 10, n. 2, p. 85-101, 2014. Disponível em: dialnet.unirioja.es. Acesso em: 19/07/2020.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 01/07/2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ROCHA, Marcelo Hugo da. *Direito à educação digna e ação civil pública*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SALES, Augusto dos Santos (org.). *Educação antirracista: caminhos abertos pela Lei Federal n. 10.639/03*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.
- SANTOS, Ludmila Helena Rodrigues dos. *Educação e relações étnico-raciais: a escola e o combate ao racismo*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2018.
- SCHROEDER, Joachim. *A pedagogia do oprimido na Alemanha*. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 56-74.
- SILVA, Suzana Tavares da. Democracia transnacional. *Revista Populus*. Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. n. 4, p. 171-186, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5528/2018_rev_populus_n4.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19/07/2020.
- SILVÉRIO, Valter Roberto. *Ação afirmativa e o combate do racismo institucional no Brasil*. São Paulo: Cadernos de Pesquisa. n. 117, p. 219-246, nov. 2002.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Democracia transnacional e integração regional: as novas esferas transversais de decisão política. In: DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVA, Alice Rocha da; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). *Integração, Estado e governança*. Pará de Minas, 2016. Disponível em: http://www.uit.br/mestrado/images/publicacoes/segundo_livro_rede_24_02_2017_1.pdf. Acesso em: 19/07/2020.
- VIEIRA, Hectos Luís Cordeiro. Diretos humanos, racismo e cotas raciais: a construção de uma democracia antirracista com base em reconhecimento e consideração. *Revista Perseu*. ano 12, n. 17, 2019. Disponível em: <http://revistaperseu.fpabramo.org.br/index.php/revista-perseu/article/view/299/246>. Acesso em: 04/07/2019.
- VILLA, Rafael Duarte; TOSTES, Ana Paula Baltasar. Democracia cosmopolita versus política internacional. 25 jul. 2020. *Lua Nova (online)*. 2006(66):69-107. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67306604>. Acesso em: 04/07/2019. ISSN: 0102-6445.
- WALDMEIR, Patti. Lutamos contra o racismo com ferramentas da nossa época, diz fundadora do Black Lives Matter. *Folha de São Paulo*. 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/08/lutamos-contr-o-racismo-com-ferramentas-da-nossa-epoca-diz-fundadora-do-black-lives-matter.shtml>. Acesso em: 19/07/2020.

Data de recebimento: 16/10/2020

Data de aprovação: 15/10/2020

**DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL
E A LEI MARIA DA PENHA: A RAÇA E O GÊNERO
COMO FATORES DE RISCO NO ÂMBITO
DOMÉSTICO DE MULHERES NEGRAS**

**INTERSECTIONAL DISCRIMINATION
AND THE MARIA DA PENHA LAW:
RACE AND GENDER AS RISK FACTORS IN THE
DOMESTIC SCOPE OF BLACK WOMEN**

*Melody Higino do Bonfim**
*Giovanna Hingreadh do Nascimento Oliveira***
*Eudes Vitor Bezerra****

RESUMO

O presente artigo, por intermédio do método hipotético-dedutivo traz uma nova estrutura que permitirá a compreensão de como a discriminação de gênero e a discriminação racial operam em confluência. Utilizando-se como estratégia, o método histórico, o comparativo e o estatístico com objetivo de desconstruir uma análise unificada e assolar as exclusividades nas discriminações de gênero e raça dentro da Lei Maria da Penha, a qual apesar de demonstrar grande necessidade de atenção a questões raciais e entre outras em seu art. 2º, há uma invisibilidade e negação dessa problemática, que é a discriminação interseccional. Negligenciando assim, questões tão importantes quanto ao gênero entre as

* Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho – Vila Maria/SP, Brasil. Beneficiária do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES). E-mail: melodyhigino@outlook.com. Telefone: (11) 99800-2610. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3257924831360348>. Endereço: Rua do Comércio, 01, Ouro Fino, CEP: 07500-000, Santa Isabel/SP.

** Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho – Vila Maria/SP, Brasil. Beneficiária do Programa Universidade para Todos (PROUNI). E-mail: gihingreadh@gmail.com. Telefone: (11) 94842-8573. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3198377501246950>. Endereço: Rua Afonso Cunha, 708, Jd. Cumbica – Guarulhos/SP, CEP: 07240-370.

*** Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. E-mail: eudesvitor@uol.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2512954835653624>. Endereço: Rua Saldanha da Gama, 545, Alto da Lapa – São Paulo/SP, CEP: 05081-000.

mulheres brasileiras nos casos de violência doméstica e resultando na invisibilidade dos direitos de mulheres negras que sofrem discriminações interseccionais.

Palavras-chave: Interseccionalidade. Gênero. Raça. Violência. Discriminação.

ABSTRACT

This article, through the hypothetical-deductive method, brings a new structure that will allow the understanding of how gender and racial discrimination operate in confluence. Using as a stratagem, the historical, comparative and statistical method with the objective of deconstructing a unified analysis and plugging the exclusivity in the discrimination of gender and race within the Maria da Penha Law, which despite showing great need for attention to issues and among others in its art. 2, there is an invisibility and denial of this problem, which is intersectional discrimination. Thus, neglecting issues as important as gender among Brazilian women in cases of domestic violence and resulting in the invisibility of the rights of black women who suffer intersectional discrimination.

Keywords: Intersectionality. Gender. Race. Violence. Discrimination.

INTRODUÇÃO

O presente estudo alude sobre a temática de interseccionalidade, amparado especialmente pelas pesquisas realizadas pela Professora de Direito da Universidade da Califórnia e da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos Kimberle Crenshaw, estudiosa de destaque em um assunto ainda tão moderno.

Inicialmente será explicado, de maneira completa, o conceito de interseccionalismo, bem como analisar-se-á seu rápido destaque dentre os estudos jurídicos, considerando sua indiscutível relevância.

O segundo ponto será o responsável por iniciar o estreitamento da pesquisa, inserindo a ideia da interseccionalidade nos casos de violência doméstica. Nessa etapa a análise dos números é essencial, pois estes são capazes de demonstrar a latente urgência do tema objeto desta pesquisa.

Serão abordados ainda temas como o machismo e o racismo, gerando, consequentemente, a união destas duas formas de preconceito e segregação da sociedade, com ênfase na presença lamentavelmente forte do abismo racial ainda existente no Brasil.

No âmbito legislativo, tanto a Lei Maria da Penha quanto dispositivos garantidores dos Direitos Humanos serão analisados sob o aspecto protetivo das minorias aqui em estudo.

Ao fim, apresenta-se uma síntese de todo o exposto, sucedida por uma breve reflexão acerca de hipóteses capazes de abrandar a realidade demonstrada por

meio da pesquisa, isto se dá com o auxílio do método hipotético dedutivo, que será utilizado durante a pesquisa, em conjunto com os métodos histórico, explicativo e bibliográfico.

INTERSECCIONALIDADE

A interseccionalidade permite ampliar e tornar mais complexo o estudo acerca da desigualdade, desdobrando-o em diversas perspectivas, captando relações de poder na vida social e seus impactos na realidade cotidiana dos indivíduos.

Segundo Leslie Mccall, o termo interseccionalidade faz referência a estudos cujas perspectivas rejeitam a separação de categorias analíticas e de identidades e conseguem fazer com que a análise abarque as várias dimensões da vida social. Ou seja, seria a tentativa de compreender a articulação das múltiplas diferenças e desigualdades que se produzem e reproduzem nas relações humanas¹.

Já Degele e Winker fomentam discussões sobre o conceito de “Dominação Social”, que reproduz que as normas, ideologias e valores sociais influenciam objetivamente nas construções de identidades e nas estruturas sociais, afirmando assim, a coexistência de eixos de subordinação que acontecem simultaneamente na vida social dos indivíduos².

A partir desta ideia, compreende-se a desigual distribuição de vantagens e desvantagens na sociedade. Permitindo, desta feita, solo fértil para que todos possam enfrentar de forma precisa questões como raça, etnia, moradia, idade, classe social, orientação sexual, dentre outros inúmeros fatores.

Os estudos existentes nessa seara almejam desconstruir, por exemplo, a ideia naturalizada de homens e mulheres e suas diferenças, e construir que a masculinidade e a feminilidade são constituídas através de hipóteses que ultrapassam os corpos.

Assim, partindo da premissa interseccional de Kimberle Crenshaw, o presente ensaio, em especial, aprofunda-se na interseccionalidade preexistentes nas discriminações de gênero e raça, numa perspectiva capaz de fornecer a compreensão das multiplicidades e pluralidades que se interseccionam na vida humana, especificamente de uma mulher negra, analisando o impacto do processo de socialização em reafirmar a posição discriminatória, onde uma mulher negra sofre um preconceito interseccional, por mais de uma de suas características principais, o que gera ainda mais danos.

O estudo da interseccionalidade no âmbito jurídico visa analisar os crimes de violência contra mulher e da prática de racismo, permitindo a identificação e

¹ MCCALL, Leslie. The complexity of intersectionality. *Signs*. v. 30, n. 3, p. 1771-1800, 2005. doi: 10.1086/426800.

² WINKER Gabriele; DEGELE Nina. *Intersektionalität: zur analyse sozialer ungleichheiten* (Intersectionality: dealing with social inequality). Bielefeld: Transcript, 2009.

compreensão de como a discriminação de gênero e a discriminação racial operam juntas. De forma, a disseminar as exclusividades da prática conjunta destes crimes, já que as experiências das mulheres negras não podem ser analisadas sob o aspecto de apenas um desses crimes.

O tópico a seguir apresenta o entendimento de que as mulheres negras estão situadas em pelo menos dois grupos políticos, e as consequências dessa constatação.

INTERSECCIONALIDADE POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A interseccionalidade política, segundo Kimberle Crenshaw, traz o conceito de que as mulheres negras estão situadas em pelo menos dois grupos que com grande frequência perseguem agendas políticas conflitantes, antirracistas e sexistas. E dividir as energias entre dois grupos, às vezes trazendo políticas opostas, é um desafio para os que desconhecem a dimensão interseccional³.

A maior dificuldade desta realidade é que são diversas as interseccionalidades existentes entre os preconceitos, e as marchas garantistas de direitos às mulheres e aos negros, por exemplo, encontram dificuldades em filtrar de maneira eficiente todas as demandas necessárias.

Uma das consequências políticas mais preocupantes dessa espécie de fracasso nos discursos é que uma análise implícita negue a validade da outra, ou seja, na medida em que podem transmitir os interesses de pessoas negras e de mulheres, quando fracassado o feminismo em interrogar a raça reproduz e reforça a subordinação de mulheres negras e o fracasso do antirracismo em interrogar o patriarcal reproduz a subordinação das mulheres, ou seja, uma análise implícita nega a validade da outra, gerando um dilema particularmente difícil para as mulheres negras, que tem sido combatido diariamente.

Os interesses de mulheres negras no caso de Politização da violência doméstica muitas vezes são confundidos ou comprometidos por estratégias políticas que ignoram questões interseccionais, que não são demonstradas abertamente pelo governos e os departamentos exclusivos de violência doméstica, usando a maioria como justificativa o medo de que a demonstração exclusiva das discriminações interseccionais refletissem a extensão do problema em âmbitos minoritários, prejudicando os esforços dos grupos e do governo ao combate à violência doméstica.

Porém, é importante para o avanço social e pessoal das mulheres negras o auto reconhecimento do problema interseccional que com elas ocorrem, para que assim, o governo demonstre interesse em defender essa causa tão importante quanto qualquer outra.

³ CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Mulheres de cor invisíveis na visão geral: interseccionalidade, gênero e raça*. 25 jul. 2014.

Nas palavras da estudiosa Kimberle Crenshaw, é necessário e urgente entender os problemas que decorrem da temática de interseccionalidade para que qualquer movimento acerca do tema seja válido e eficaz às mulheres negras, como será abordado a seguir.

A URGÊNCIA DA INTERSECCIONALIDADE

Crenshaw é objetiva ao falar acerca da necessidade de priorizar a discussão sobre a interseccionalidade, e, principalmente, de tomar medidas com base nos estudos já existentes⁴.

A autora chega a idealizar um grito de socorro que chame atenção para esses fatores: espalhar os nomes de mulheres negras que sofrem ou já sofreram agressões, em razão de sua raça e seu gênero.

E incentivo a realização de comícios, manifestações, encontros, reuniões, em todo e qualquer lugar onde esteja sendo abordado o tema de violência contra as mulheres, testemunhando essa realidade e falando pelas vítimas de discriminações interseccionais.

Evidenciando, desta feita, a longa jornada das mulheres na conquista de direitos iguais, pela igualdade de gênero, pela liberdade de poder escolher do que ser e do que fazer, e pela melhoria dos direitos, que devem evoluir em consonância com os avanços sociais, conforme estenderemos no tópico a seguir.

GÊNERO: LUGAR DE MULHER É NA COZINHA?

O conceito de Gênero surgiu entre estudiosas feministas, que buscavam justificativas contrárias ao que se considerava “normal” na época – a subordinação de mulheres perante os homens. Esses estudos forneceram uma compreensão universal e imutável para o comportamento humano, que consequentemente ajudou a determinar as desigualdades entre ambos, a partir das diferenças biologicamente físicas entre homens e mulheres.

Segundo Eliane Maio Braga, a questão biológica é apenas o ponto de partida para a construção social do que é ser homem ou ser mulher, e leva em conta única e exclusivamente o sexo. Já o gênero é uma construção social e histórica, que aponta para a dimensão das relações sociais do feminino e do masculino⁵.

Regina Soares Jurkewicz é coerente a esta ideia, pois afirma que gênero é o sexo social definido, o que não significa que ser sinônimo de sexo biológico⁶.

⁴ CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Mulheres de cor invisíveis na visão geral: interseccionalidade, gênero e raça*. 25 jul. 2014.

⁵ BRAGA, Eliane Maio. A questão do gênero e da sexualidade na educação. 2007. In: BRAGA, Eliane Rose Maio; SPIRITO, Carmem Alcaide. Una investigación sobre la importancia de la educación afectivo-sexual en las escuelas. *Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação*. p. 18-36, 2010.

⁶ JURKEWICZ, Regina Soares. *Os direitos humanos das mulheres, longo caminho a percorrer* (entrevista). Cidade Universitária/SP: Associação dos Docentes da UNP (Adusp). p. 31-35, 30 jun. 2010.

Ou seja, não é o sexo biológico que define os indivíduos, mas sim o núcleo da identidade de gênero que se constrói na cabeça de cada ser humano, considerando inúmeros fatores, dos quais a ciência ainda se ocupa. A criança antes mesmo de nascer, já recebe um nome e começa a ser tratada como menina ou menino. E tudo isso influencia na vocação e na construção de gênero, padrões socialmente definidos como feminino ou masculino.

Toda a importância dada ao sexo biológico desde os primórdios da sociedade se reflete no machismo enraizado que se assiste ainda nos dias atuais, seja no âmbito domiciliar, social ou profissional.

Para Kimberle Crenshaw isto decorre do silêncio das vítimas e da omissão dos demais cidadãos em tese de construção humanitária e reconhecimento de direitos e valores da mulher, uma vez que a invisibilidade dessa problemática posterga qualquer processo evolutivo dentro das questões de gênero.

As mulheres tendem a ser subjugadas e tratadas como vítimas frágeis e animais a serem domesticados, enquanto os homens são os detentores do poder e de vantagens.

Durante a socialização humana entende-se que por homens e mulheres terem comportamentos diferentes, logo terão que assumir lugares sociais diferentes. E é isso que os estudos sobre gênero vêm se desconstruindo, explicando que tanto as características femininas, quanto as masculinas não são resultadas de sua natureza “feminina ou masculina”, mas sim frutos de um processo de socialização.

E desmitificar a compreensão de natureza feminina, significa pensar em uma nova possibilidade nas relações entre gêneros, proporcionando a mulher o direito de decidir, pensar, opinar, como cidadã e como qualquer homem.

E aos homens também pode-se mudar o que se entende por masculinidade, colocando como desafio a liberdade de sentir de forma livre as sensações e dimensões humanas que lhe são negadas, ou seja, hipoteticamente os homens serão mais felizes quando não mais precisarem aparentar força e coragem o tempo todo.

A mesma segregação retrógrada apresentada ocorre com relação às raças, como aprofundado no tópico a seguir.

RAÇA, RADIX, RAZZA: SUBDIVISÃO DAS ESPÉCIES?

Atualmente o conceito de Raça quando aplicado à humanidade causa críticas negativas, já que a área biológica comprovou que as diferenças genéticas são mínimas entre os seres humanos. Porém, em 1970 o MNU (Movimento Negro Unificado) defendia que a Raça seria uma construção social baseada nas relações entre brancos, negros e indígenas.

Segundo Petronilha Beatriz Silva, o uso do termo Raça no contexto acima teria conotação política, e desta forma eles demonstrariam como determinadas

características influenciam, interferem, e determinam lugares sociais de cada sujeito de acordo com suas características⁷.

Alguns estudiosos entendem que a etimologia da palavra raça é advinda da palavra latina “radix”, que significa tronco ou raiz, outros acreditam que advinda da palavra italiana “razza” que significa linhagem ou criação. Porém, a origem da palavra raça é obscura e está introduzida em nosso ordenamento científico há mais de 200 anos, trazendo diversas interpretações distintas.

Nos dias atuais a palavra Raça tem sido usada para identificar pessoas pertencentes a um mesmo grupo e através desse entendimento pessoas que compartilham de uma mesma crença, cultura, linguagem, valores e cor são consideradas de um mesmo grupo, ou seja, de uma mesma raça.

No âmbito científico raça tem somente um significado e refere-se a subdivisões das espécies conhecidas, membros de uma herança física, a qual se distinguem de outros da mesma espécie. E isso explica a crítica negativa sobre a aplicação da palavra raça a humanidade, dita no primeiro parágrafo deste entendimento, pois as diferenças se resumem em características físicas que simultaneamente se tornou categorias, mínimas diferenças genéticas.

Considerando a dificuldade de classificar as raças através de evidências físicas, não se sabe ao certo, quantas existem.

A UNESCO sugeriu como classificação de raça a cor da pele:

“Cada uma manifesta algum traço físico comum, sendo que o principal é a cor da pele. Aceitando-se esta simples classificação, deve ser lembrado que o vasto número de pessoas cai simultaneamente dentro de dois ou mesmo três destas categorias raciais.

“1 – Os cientistas estão de acordo, de um modo geral, em reconhecer que a humanidade é uma e que todos os homens pertencem à mesma espécie, *Homo sapiens*. Além disso, admite-se comumente que todos os homens se originaram, segundo todas as probabilidades, do mesmo tronco: as diferenças existentes entre os diversos grupos humanos são devidas ao jogo de fatores evolutivos de diferenciação, tais como a modificação na situação respectiva das partículas que determinam a hereditariedade (gens), a mudança da estrutura dessas mesmas partículas, a hibridação e a seleção natural. Foi assim que se constituíram grupos mais ou menos estáveis e mais ou menos diferenciados, que têm sido classificados de diversas maneiras, com intenções diferentes”⁸.

⁷ SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. Citizenship and education in Brazil: the contribution of Indian peoples and blacks in the struggle for citizenship and recognition. In: BANKS, James A. (org.). *Global perspectives: diversity and citizenship education*. San Francisco: Jossey Bass. v. 1, p. 185-217, 2004.

⁸ UNESCO. *A Declaração das Raças*, 18 de julho de 1950. Acesso em: 26 jul. 2020.

Apesar da UNESCO deixar explícito que apesar de nossas diferenças, somos todos pertencentes a mesma espécie. Ainda hoje no Brasil há grande desigualdade, quando nos referimos a população negra, os mais afetados em violência no Brasil, evidenciando o abismo racial latente no País e que a violência no Brasil tem “cor”.

Abismo racial no Brasil

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) a população negra é a mais atingida pela desigualdade e violência no Brasil; o Ministério Público do Trabalho afirma que no trabalho também são eles os mais vulneráveis ao assédio moral e prejudicados na progressão de carreira⁹.

De acordo com o Atlas da Violência de 2017 a população negra corresponde a maioria 78,9% dos 10% dos indivíduos com mais chances de serem vítimas de homicídios. O que evidencia a cultura racista ainda presente nos dias atuais¹⁰.

Segundo o IBGE, mais da metade da população brasileira (54%) é de negros ou pardos, sendo que a cada dez pessoas, três são mulheres negras.

Entre 2003 e 2013, o número de mulheres negras assassinadas cresceu 54%, ao passo que o índice de feminicídios de brancas caiu 10% no mesmo período, segundo o Mapa da Violência de 2015. Ou seja, os assassinatos de mulheres também têm cor no Brasil.

As mulheres negras também são as mais afetadas pela violência doméstica: 58,68%, de acordo com informações do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher, de 2015.

Atualmente, a cada 100 pessoas assassinadas no Brasil, 71 são negras. segundo informações do Atlas, “os negros possuem chances 23,5% maiores de serem assassinados em relação a brasileiros de outras raças, já descontado o efeito da idade, escolaridade, do sexo, estado civil e bairro de residência”.

Oded Grajew afirma que para curar qualquer doença é necessário reconhecê-la anteriormente, ou seja, é necessário reconhecer que a população brasileira é preconceituosa para que assim, seja possível uma mudança efetiva nas relações humanas¹¹.

⁹ Para as Nações Unidas, os povos afrodescendentes devem ter seus direitos promovidos e protegidos como qualquer outro grupo da sociedade. Segundo a ONU, apesar dos avanços, os afrodescendentes continuam a sofrer discriminação, um legado histórico do comércio de escravos. Mesmo os que não são descendentes diretos dos escravos muitas vezes ainda são submetidos a atos racistas.

¹⁰ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Levantamento do Atlas da Violência*. 2017.

¹¹ GRAJEW, Oded. Entrevista na Rádio Brasil Atual. *Desigualdade e Minorias*. 2017.

LEI MARIA DA PENHA**A história por trás da criação da Lei 11.340/06**

A criação dessa lei contempla a história de uma mulher que sofria violências em seu ambiente familiar, Maria da Penha Maia Fernandes, que lutou 20 (vinte) anos até ver seu agressor preso.

Biofarmacêutica, cearense e casada com o professor universitário Marco Antônio Herédia Viveiros, em 1983 Maria da Penha sofreu sua primeira tentativa de assassinato com um tiro nas costas, e consequentemente ficou paraplégica. Na época seu companheiro alegou ser uma tentativa de assalto, porém, meses depois ocorre uma nova tentativa de assassinato, Marco Antônio a empurra nas escadas e tenta eletrocutá-la.

Apesar das investigações terem iniciados em junho do mesmo ano, a denúncia só fora apresentada ao MP, em setembro do ano seguinte e teve seu primeiro julgamento apenas 8 (oito) anos depois, em 1991, que fora anulado pelos advogados de Marco Antônio. Em 1996 Marco Antônio fora condenado a 10 anos de reclusão, porém conseguiu recorrer.

Somente em 2002 Marco Antônio foi preso, cumprindo apenas dois anos de prisão, após Maria da Penha enviar o caso para Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos também condenou o Brasil pela negligência de crimes contra as mulheres, e recomendou a criação de uma lei adequada a esse tipo de violência. E em setembro de 2006 a Lei 11.340/06 entra em vigor, impedindo que a violência doméstica seja tratada como um crime em menor potencial ofensivo¹².

Contudo, existem previsões que a lei não faz. Gerando uma lacuna que faz com que mulheres negras não se sintam acolhidas e amparadas pela lei de maneira justa, já que na maioria dos casos de violência doméstica contra a mulher negra o fator cor também é levado em conta. A intenção dos Direitos Humanos na criação da Lei 11.340/06 fora erradicar toda e qualquer forma de violência contra as mulheres em geral.

Deve-se considerar que o art. 85º de Nossa Carta expressa que todos somos iguais perante a lei e “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”¹³.

¹² LEI MARIA DA PENHA. 2006. Disponível em: www.planalto.gov.br/.../_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 18/07/2020.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Ou seja, para que se torne efetivo o cumprimento do referido artigo constitucional, é indispensável que se ampare a questão racial dentro da Lei Maria da Penha. Para que assim, a intenção da OEA (Organização dos Estados Americanos) seja preservada.

Os direitos humanos e a Lei 11.340/06

A prevenção dos direitos humanos é tema de interesse internacional, portanto, a primeira Conferência Mundial sobre a Mulher ocorreu em 1975 no México, e teve como resultado a erradicação de toda e qualquer forma de discriminação contra mulheres, sendo aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução n. 34/180, em 1979.

O Brasil assinou o tratado em 1981 e ratificou-se apenas em 1984, deixando reservas. Porém, apenas em 1994 que o Brasil tirou as reservas e ratificou-a plenamente, tendo em vista a nova Constituição Federal de 1988, onde se consagra-va a igualdade plena entre homens e mulheres na vida pública ou privada.

Ou seja, a Convenção reflete a visão de que todas as mulheres são titulares de todos os direitos e deveres que os homens exercem. Sendo ajustados apenas habilidades e necessidades que discorrem das diferenças biológicas entre homem e mulher, sem ferir a igualdade em titularidade e oportunidade para com as mulheres¹⁴.

A partir da Convenção de Belém do Pará em 1994, surgiram valiosas estratégias para proteção dos direitos humanos para punir e erradicar toda e qualquer violência contra mulher em âmbito nacional e internacional.

Portanto, a Lei Maria da Penha, foi criada em razão de uma recomendação da OEA, como citado anteriormente, para que o Brasil efetuassem uma reforma legislativa, isto após ter sido responsabilizado por negligência e omissão na apuração do delito de violência doméstica contra Maria da Penha Maia Fernandes.

O requisito objetivo para a aplicação da Lei Maria da Penha é a vítima estar em uma relação de subordinação e vulnerabilidade ao agressor, não necessariamente o marido ou companheiro, mas um parente ou uma pessoa de seu convívio. A Lei não contempla apenas agressões físicas, mas ainda psicológicas, sexuais e financeiras.

A criação desta lei trouxe mecanismos exclusivos para prevenção de crimes contra a mulher e algumas novidades, como a prisão do suspeito de agressão; a violência doméstica ser agravante para aumento de pena; a impossibilidade de substituição de pena por cestas básicas ou multa; ordem de afastamento; e auxílio econômico.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Quando foi criada, diversos estudiosos sustentavam a inconstitucionalidade ou invalidade da lei, por ser um dispositivo que contemplaria as mulheres, causando assim, medo notório entre os homens. Várias foram as ações para declaração de sua inconstitucionalidade. E a situação solucionou-se apenas em 9 de fevereiro de 2012, quando, por votação unânime o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional os artigos 1º, 33º e 41º que cria mecanismos para coibir a violência contra a mulher.

Através dessa decisão a Suprema Corte declarou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19, ajuizada pela Presidência da República, sob fundamentação de que o cabe ao Estado proteger cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal.

Atualmente a Lei Maria da Penha é considerada uma das leis mais importantes do mundo, representando um avanço sem precedentes no país. Pecando apenas na não consideração da interseccionalidade para tratar de problemas exclusivos como gênero e raça, que se cruzam e se interseccionam na vida de muitas mulheres negras, conforme demonstra o tópico a seguir.

Interseccionalidade na discriminação de gênero e raça sob a ótica da Lei Maria da Penha

Hodiernamente, a realidade da mulher brasileira é manchada por inúmeras hostilidades e quando estas se interseccionam os prejuízos podem ser ainda maiores.

Ser mulher não é o único motivo excepcional – e exclusivo – para 1 a cada 3 mulheres sofrerem abusos físicos e/ou psicológicos diariamente dentro de seu âmbito doméstico e familiar, uma vez que cada mulher possui características e adjetivos diferentes.

Ante isto, existe de fato, uma explicação lógica e estrutural para 58,86% desse grupo de mulheres vítimas dessa aspereza doméstica serem negras – e por estarem em maior número de vítimas de feminicídio no Brasil com 68,8% dos casos também.

Diversas outras características – como por exemplo: cor, raça, classe social, orientação sexual, identidade de gênero – podem ocasionar o preconceito interseccionalizado, ou seja, uma discriminação que se amplia por diversos fatores discriminatórios em uma única mulher.

Apesar, da Lei Maria da Penha apresentar artigos que explicitam a necessidade de atenção a questões raciais, educacionais, religiosas, culturais, sexuais, dentre outras previstas em seu artigo 2º, há uma invisibilidade e negação dessa problemática que é a Discriminação Interseccional.

Muitas mulheres sofrem violência em seu âmbito familiar não apenas por serem mulheres e vulneráveis, mas por características intrínsecas, como já abor-

dado neste estudo, que as fazem ser consideradas inferiores. Pouco se aborda perspectivas diferentes nas violências praticadas em âmbito familiar, como no caso das mulheres negras, que são hoje o maior índice de violência doméstica entre as mulheres brasileiras.

É necessário e urgente que todos dentro de uma sociedade que luta constantemente frente a uma série de hostilidades tenham ciência das discriminações interseccionais que na vida de uma mulher negra se unem e geram prejuízos desastrosos.

No entanto, a professora Kimberle Crenshaw sustenta que quando as leis não preveem que as vítimas da discriminação racial podem ser mulheres e que as vítimas da discriminação de gênero podem ser mulheres negras, elas acabam não surtindo o efeito desejado e as mulheres ficam desprotegidas e ainda mais vulneráveis¹⁵.

O principal obstáculo para o sucesso legislativo nesta seara é que tanto nacional quanto internacionalmente as questões de raça e gênero são vistas como problemas independentes. Mulheres negras marcham pelo preconceito, mulheres brancas e negras entre 20 e 29 anos marcham pela legalização do aborto, grupos LGBT's marcham contra a homofobia e transfobia.

Dessa forma a problematização encontra-se enraizada desde a sociedade até o governo, que prioriza os assuntos separadamente e acredita que as intervenções jurídicas devem antever uma questão de cada vez.

Deixando assim os problemas “subincluídos”, pois embora se fale de todos eles, não se tem atenção a especificidade de cada uma e ao momento em que a intersecção ocorre. Tornando, deste modo, as mulheres negras negligenciadas e invisíveis.

O art. 2º da Lei 11.340/06 prescreve que: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

Entretanto a lei em questão não aborda os preceitos geradores das agressões sofridas pelas mulheres, por ter finalidade de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, como descrito em seu artigo 5º:

“Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

¹⁵ CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Mulheres de cor invisíveis na visão geral: interseccionalidade, gênero e raça*. Palestra dada em 14 de novembro de 2016.

Vários são os serviços disponíveis às mulheres atualmente – como os Centros de Referência, os Núcleos em Defensorias Públicas, o Disque 190, as Delegacias de Mulheres – que se ampliaram e ganharam notoriedade, o que vem em geral melhorando a situação e o atendimento, mas ainda estamos longe de romper com a cultura machista e preconceituosa que se reflete também nesses órgãos, muitas vezes pelo descaso com o fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto não existe nenhum acolhimento ou tratamento especial e exclusivo às mulheres vítimas de violência doméstica e racial, o que consequentemente gera uma dúvida cruel e exaustiva para aquelas que conhecem a dimensão interseccional e são vítimas diariamente de múltiplas agressões motivadas pela cor de sua pele e gênero: “O que fazer? Qual a solução? A quem recorrer?”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seguindo o prospecto do estudo de Kimberle Crenshaw, a primeira ação a se tomar é reconhecer que os direitos interseccionais já existem, e que os estudos acerca da profundidade deste conceito estão em destaque e merecem afabilidade.

A segunda prática necessária é a reconfiguração de nossos costumes que contribuem para invisibilidade da discriminação interseccional de gênero e raça contra mulheres negras, bem como a intensificação de ações afirmativas capazes de proteger essa parcela da sociedade.

Exigindo ainda uma adequação na Lei Maria da Penha, considerando que mulheres negras estão em maior número nas estatísticas de violência doméstica, e que atualmente não há nenhuma individualização legislativa nesse sentido.

Como terceira e última alternativa deste estudo apresenta-se a conscientização, tanto de pessoas que sofrem com o preconceito interseccionalizado quanto de pessoas capazes de auxiliar esses indivíduos marcados por múltiplas agressões simultâneas e a ferramenta principal é a disponibilização de especialistas capazes de amparar e fornecer conhecimento qualificado.

Nesse sentido, é importante e fundamental compreender que as vivências femininas foram gestadas na longa trajetória das relações sociais, sendo a igualdade formal nem sempre efetiva nas relações de intimidade entre homens e mulheres.

Dessa forma, é importante o reconhecimento da existência dos direitos interseccionais, e a adequação da lei 11.340/06, objetivando que todas as mulheres sejam devidamente amparadas e possuam meios legais e jurídicos efetivos para a proteção de seus direitos, quando contra elas houver mais de uma discriminação.

Considerando as hipóteses sustentadas, bem como todo o exposto nesta pesquisa, a interseccionalidade deixará de ser um assunto obscurecido pela sociedade e pelos poderes estatais, estando presente em discussões e pautas, igualmente forte nos âmbitos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Eliane Maio. *A questão do gênero e da sexualidade na educação*. 2007.
- BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Castro e Mary Garcia. *In: Mulher e Políticas Públicas. A dinâmica entre classe e gênero na América Latina: apontamentos para uma teoria regional sobre gênero*. Rio de Janeiro: IBAM/UNICEF, 1991. p. 39-69.
- CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER, Estatísticas. *Balanço do "ligue 180"*. 2015. Acesso em: 16/07/2020.
- CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Mulheres de cor invisíveis na visão geral: interseccionalidade, gênero e raça*. 25 jul. 2014.
- CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Mulheres de cor invisíveis na visão geral: interseccionalidade, gênero e raça*. Palestra dada em 14 de novembro de 2016.
- CRENSHAW, Kimberlé. Beyond racism and misogyny: black feminism and 2 live crew. *In: MEYERS, Diana Tietjens (org.). Feminist social thought: a reader*. New York; London: Routledge, 1997. p. 246-263.
- CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics and violence against women of color. *Stanford Law Review*. v. 43, n. 6, p. 1241-1299, jul. 1991.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERRAND, Michèle. *Relações sociais de sexo, maternidade e paternidade*. Tradução de Soraya Tahrán, com revisão da Profa. Elisabeth de Souza Lobo, 1987.
- GOMÁRIZ, Enrique. *Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: periodización y perspectivas*. Isis Internacional (Ediciones de las Mujeres). n. 17, 1992.
- GRAJEW, Oded. Entrevista na Rádio Brasil Atual. *Desigualdade e Minorias*. 2017.
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Levantamento do Atlas da Violência*. 2017.
- MCCALL, Leslie. The complexity of intersectionality. *Signs*. v. 30, n. 3, p. 1771-1800, 2005. doi: 10.1086/426800.
- Ministério da Justiça, Estatísticas. *Diagnóstico dos homicídios no Brasil*. 2015. Acesso em: 16/07/2020.
- MONTEIRO, Simone. Desigualdades em saúde, raça e etnicidade: questões e desafios. *In: MONTEIRO, Siomen; SANSONE, Livio (org.). Etnicidade na América Latina: um debate sobre raça, saúde e direitos reprodutivos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 45-56, 2004.
- MOURA, Maria de Jesus. A produção de sentidos sobre a violência racial no atendimento psicológico a mulheres que denunciam violência de gênero. *Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Psicologia, Universidade Federal de Pernambuco*. Recife, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

- OLIVIERI, Antônio Carlos. *Da Página 3 Pedagogia & Comunicação*. 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- POCAHY, Fernando Altair. Interseccionalidade e educação: cartografias de uma prática conceito feminista. *Textura*. Canoas, n. 23, p. 18-30, jan./jun. 2011.
- RODRIGUES, Cristiano. Atualidade Do conceito de interseccionalidade para a pesquisa e prática feminista no Brasil. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos)*. Florianópolis, 2013.
- RODRIGUES, Eliane; ROSIN, Sheila Maria (org.). *Infância e práticas educativas*. Maringá/PR: EDUEM, 2007.
- SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. S.O.S. *Corpo*. Recife, 1991.
- SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves e. Citizenship and education in Brazil: the contribution of Indian peoples and blacks in the struggle for citizenship and recognition. In: BANKS, James A. (org.). *Global perspectives: diversity and citizenship education*. San Francisco: Jossey Bass. v. 1, p. 185-217, 2004.
- SILVEIRA, Raquel da Silva; NARDI, Henrique Caetano. Interseccionalidade gênero, raça e etnia e a lei Maria da Penha. *Psicologia & Sociedade*, 2014.
- SORJ, Bila. O feminino como metáfora da natureza. *Estudos Feministas*. Rio de Janeiro: CIEC/ECO/UFRJ, 1992.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de constitucionalidade da lei 11340/06*. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-654-do-stf-2012,35845.html>. Acesso em: 26/07/2020.
- Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR). *Apelação: 130066563 – PR 1306656-3*. Acesso em: 26/07/2020.
- UFBA. Guia de direitos. *Compromisso e Atitude*. Acesso em: 26/07/2020.
- UNESCO. *A Declaração das Raças*, 18 de julho de 1950. Acesso em: 26/07/2020.
- WINKER, Gabriele; DEGELE, Nina. *Intersektionalität: zur analyse sozialer ungleichheiten* (Intersectionality: dealing with social inequality). Bielefeld: Transcript, 2009.

Data de recebimento: 30/10/2020

Data de aprovação: 02/12/2020

EXCESSO DE PROCESSOS JUDICIAIS E A RESPONSABILIDADE DOS INDIVÍDUOS EM AGIR VIRTUOSAMENTE

EXCESS OF JUDICIAL PROCEEDINGS AND THE RESPONSIBILITY OF INDIVIDUALS TO ACT VIRTUOUSLY

*Josemar Soares**

*Rafaela Matiola Schmidt***

*Tarcísio Vilton Meneghetti****

RESUMO

Há muitos anos vem se discutindo a respeito do excesso de processos no Poder Judiciário que, conseqüentemente, é responsável por sua morosidade. Ao discutir esse tema, fala-se bastante em aumentar o número de juizes, majorar o orçamento do Judiciário, bem como reformar e editar leis para tentar diminuir o número de processos judiciais. O objetivo deste artigo é apresentar uma reflexão sobre um ponto de vista diferente, com enfoque filosófico, pensando na causa do excesso de processos no Judiciário. Dessa forma, o presente estudo parte do ponto de vista de que se os indivíduos se autorresponsabilizassem e agissem com base em um critério ético, de modo virtuoso, seria possível uma diminuição eficaz dos

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria; mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica na UNIVALI. Endereço: Rua Arthur Max Doose, n. 163, 9º andar, Pioneiros, Balneário Camboriú/SC, CEP: 88331-085. E-mail: jsoares@univali.br. Telefone: (47) 99673-3225.

** Acadêmica do 8º período do curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Estagiária na Procuradoria Geral do Estado em Itajaí/SC. Endereço: Rua Carlos Boos, n. 60, apto. 12, Gravatá, Navegantes/SC, CEP: 88372-580. E-mail: rafaelamatiolaschmidt@gmail.com. Telefone: (47) 99936-6061.

*** Doutor em Ciência Jurídica em Programa de Dupla Titulação pela Universidade do Vale do Itajaí e pela Università Degli Studi di Perugia, com fomento da CAPES em período sanduíche; mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor do curso de Direito na UNIVALI. Endereço: Rua Arthur Max Doose, n. 163, 9º andar, Pioneiros, Balneário Camboriú/SC, CEP: 88331-085. E-mail: tmeneghetti@kriterionconsultoria.com. Telefone: (47) 98402-8666.

litígios e do excesso de processos no Poder Judiciário. A operacionalização do estudo contou com o auxílio da pesquisa bibliográfica em materiais publicados e, em relação à metodologia, utilizou-se o método indutivo.

Palavras-chave: Excesso de litigância. Poder Judiciário. Autorresponsabilidade. Critério ético. Virtude.

ABSTRACT

For many years it has been arguing about the excess of lawsuits in the Judiciary which is responsible for its delay. There is a lot of talk about increasing the number of judges, increasing the budget of the Judiciary, as well as reforming and editing laws to try to reduce the number of lawsuits. The purpose of this article is to present a reflection on a different point of view, with a philosophical focus, thinking about the cause of the excess of lawsuits in the Judiciary. The present study starts from the point of view that if the individuals would be self-responsible and act based on an ethical criterion, in a virtuous way, it would be possible to effectively reduce litigation and the excess of lawsuits in the Judiciary. The operationalization of the study was assisted by bibliographic research and, in relation to the methodology, the inductive method was used.

Keywords: Excess of litigation. Judicial Power. Self-responsibility. Ethical criterion. Virtue.

INTRODUÇÃO

No último relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, constatou-se que 19,5 milhões de processos foram protocolados no Poder Judiciário e havia 78,7 milhões de feitos em tramitação. O orçamento do referido órgão no mesmo ano custou aos cofres públicos R\$ 93.725.289,276 e, conforme poderá ser verificado no decorrer da pesquisa, a taxa de processos finalizados por meio de acordo homologado foi baixíssima, o que demonstra que a conciliação, vista como uma das ferramentas para diminuir o número de processos na justiça, não está surtindo os efeitos esperados¹.

Nesse sentido, surge o questionamento do que poderia causar o excesso de litigância presente no Poder Judiciário Brasileiro. Justamente, a respeito disso, o presente artigo procura demonstrar que o problema é muito mais profundo do que o imaginado e que requer uma mudança drástica a respeito da forma conduzir a existência de cada indivíduo e de viver em sociedade.

Isso porque, o que se nota no decorrer dos séculos é uma perda da autorresponsabilização dos indivíduos e uma terceirização destes ante às instituições.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2018: ano-base 2017. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 10/08/2020. p. 34.

Isto é, cada vez mais, na sociedade, as pessoas perderam a capacidade de prever e lidar com seus dilemas. Este problema, por sua vez, torna impossível a resolução de conflitos entre os indivíduos, surgindo a necessidade de sempre acionar um terceiro (nesse caso o Judiciário) para que seja solucionada a questão. Consequentemente, em grande escala, o que se verifica é o excesso de processos judiciais e a dificuldade de desenvolvimento da nação.

Assim sendo, o objetivo do presente estudo é propor, sob uma nova perspectiva, que se os indivíduos se autorresponsabilizassem na condução de suas próprias vidas, bem como agissem com base em um critério ético e em um agir virtuoso, seria possível uma diminuição significativa e eficaz dos processos judiciais. Isso porque cada um viveria de um modo funcional e superior, no sentido de saber o que precisa fazer e, consequentemente prevenindo problemas e, na hipótese de eles aparecerem, resolvendo-os sem precisar acionar o Judiciário.

Adotou-se, portanto, para a operacionalização do estudo, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados (livros, artigos publicados em revistas, relatórios do CNJ etc.) e, em relação à metodologia, utilizou-se o método indutivo, a fim de buscar fundamentos os quais confirmassem que o aumento da litigância está diretamente ligada a falta de autorresponsabilidade e um critério ético e virtuoso para a condução da vida dos indivíduos.

Para isso, o presente artigo dividiu o desenvolvimento em três subtópicos. Em um primeiro momento, evidencia-se a quantidade gigantesca de processos no judiciário e que os métodos alternativos para resolução de conflitos e a alta produtividade dos magistrados não são suficientes para resolver o excesso de litígios. Em seguida, demonstra-se a necessidade de autorresponsabilização dos indivíduos por suas vidas, bem como a importância de conduzi-las baseadas em um critério ético e de forma virtuosa, possibilitando um modo de vida funcional e superior. Por fim, o terceiro tópico demonstra que o excesso de processos no Poder Judiciário está diretamente ligado ao agir virtuoso dos indivíduos, a condução de suas vidas com base em um critério ético e a necessidade de se autorresponsabilizarem por ela. O terceiro tópico ainda finaliza propondo algumas soluções práticas.

O EXCESSO DE LITIGÂNCIA NO JUDICIÁRIO

Segundo Relatório do Conselho Nacional de Justiça, em 2009, foram registrados 18,4 milhões de casos novos na Justiça Estadual, 3,5 milhões de novos processos na Justiça do Trabalho e 3,4 milhões de novos casos na Justiça Federal.

Nesse mesmo ano, foram baixados², na Justiça Estadual, Justiça do Trabalho e Justiça Federal, 20,6 milhões, 3,3 milhões e também 3,3 milhões de processos em tais Justiças respectivamente³.

Em 2010, foi constatado que houve 17,7 milhões de novos processos na Justiça Estadual, 3,3 milhões de casos novos na Justiça do Trabalho e 3,2 milhões na Justiça Federal. Naquele ano, 18,5 milhões de processos foram baixados na Justiça Estadual, 3,5 na Justiça do Trabalho e 3,4 na Justiça Federal⁴.

No relatório do ano de 2010, notou-se reduções percentuais maiores entre 2009 e 2010 no primeiro grau e Juizados Especiais, o que poderia “apontar para uma possível tendência da menor utilização da justiça”⁵. No entanto, isso não se concretizou, conforme será demonstrado adiante.

Já no relatório do CNJ de 2013 (ano-base 2012), constatou-se que o número de processos em tramitação no Poder Judiciário aumentou a cada ano desde 2009, tendo alcançado a marca de 92,2 milhões de processos em 2012. Desse número, 31% (28,2 milhões) de casos novos e 69% (64 milhões) de processos pendentes dos anos anteriores. Verificou-se ainda que os juízes julgaram mais processos em 2012 do que nos anos anteriores. No relatório, concluiu-se que “a cada ano, os magistrados julgam mais processos. Ainda assim, o aumento total de sentenças (1 milhão – 4,7%) foi inferior ao aumento dos casos novos (2,2 milhões – 8,4%), o que resultou em julgamento de 12% processos a menos que o total ingressado”⁶.

Já em 2013, o relatório do CNJ concluiu que “A resolução dos processos judiciais, seu julgamento definitivo e sua baixa, é responsabilidade constitucional do Poder Judiciário e de todo o sistema de Justiça. O aumento da litigância, por outro lado, é fenômeno mais complexo”⁷.

No relatório de 2015 (ano-base 2014), verificou-se que no Poder Judiciário houve a tramitação de 29% de casos novos e 71% de casos pendentes. No ano de

² Deve-se esclarecer que, de acordo com o glossário da Resolução CNJ 76/2009, são considerados processos baixados aqueles “Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; Arquivados definitivamente; Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2019. *Conselho Nacional de Justiça* – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf Acesso em: 10/08/2020. p. 79.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2011: ano-base 2010. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso em: 10/08/2020. p. 176.

⁴ *Ibid.*, p. 176.

⁵ *Ibid.*, p. 183.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2013: ano-base 2012. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relatorio_jn2013.pdf Acesso em: 10/08/2020. p. 298-299.

⁷ *Ibid.*, p. 305.

2014, foram baixados 28 milhões de processos, o que seria equivalente a 99% dos novos casos que ingressaram no mesmo período. Na Justiça Estadual, havia 57 milhões de casos pendentes, sendo mais de 20 milhões de casos novos. Na Justiça do Trabalho, havia 4 milhões de casos novos, somados de 4,4 milhões de casos pendentes acumulados. Por fim, na Justiça Federal, o número de casos novos também foi de 4 milhões, mas os casos pendentes representavam 8,5 milhões de feitos⁸.

Um das novidades trazidas no relatório da época foi a iniciativa de soluções alternativas como a conciliação e mediação, as quais proporcionariam o protagonismo das partes, sendo uma política de incentivo e melhora dos métodos consensuais de solução de conflitos. Segundo o relatório, a criação dos CEJUSCs (Núcleos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) era uma alternativa possível de solucionar conflitos antes mesmo da instauração do processo, além de ser uma ferramenta consonante com as orientações do Novo CPC/2015⁹.

O relatório de 2016 (ano-base 2015) do Conselho Nacional de Justiça, demonstrou que as vias consensuais para a diminuição da litigiosidade brasileira não foram tão eficazes. Segundo o documento, as pesquisas demonstram que os meios consensuais foram motivadores de somente 11% da solução de conflitos, “apesar do imenso investimento do CNJ e dos tribunais, desde 2006, em atos normativos, campanhas, sistemas e atividades de capacitação”. Ademais, demonstrou-se que, no tocante aos processos de conhecimento, a porcentagem de feitos concluídos através de acordos homologados nos juizados especiais estaduais não ultrapassou 20% das demandas, sendo próximo à justiça comum que registou 10,5%. Nos Juizados Especiais Federais, apenas 5,6% dos processos de conhecimento tiveram fim por meio de acordo homologado. O relatório concluiu então que era necessária uma reflexão sobre a Política de Tratamento de Conflitos, mas ainda tinha esperança em razão do advento do novo Código de Processo Civil, que, segundo a pesquisa, incidiria de forma positiva neste índice, mas seus efeitos somente seriam percebidos no relatório de 2017¹⁰.

Em 2015, constatou-se uma queda de 5,5% no percentual de casos novos. No entanto, o número de processos em tramitação no Poder Judiciário alcançava a marca de aproximadamente 74 milhões no final do ano. O relatório de 2016,

⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2015: ano-base 2014. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf>. Acesso em: 10/08/2020. p. 483.

⁹ *Ibid.*, p. 484.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2016: ano-base 2015. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 10/08/2020. p. 382.

mais uma vez, verificou que grande parte da demanda se concentra no primeiro grau da jurisdição¹¹.

O relatório do ano de 2017 (ano-base 2016) constatou novamente que o número de processos em trâmite não parou de crescer, ocasionando um aumento no estoque de processos que esperam por uma decisão definitiva. Segundo o parecer, em 2016 houve o ingresso de 29,4 milhões de processos. Ainda, concluiu que não foi verificada a tendência de redução esperada¹².

O documento demonstrou que a taxa de congestionamento atingiu 73% em 2016, significando que somente 27% dos processos em tramitação foram solucionados. No entanto, evidenciou que a produtividade dos magistrados brasileiros não era baixa. Ainda, foi demonstrado que o índice de atendimento da demanda foi de 100,3% naquele ano, isto é, o Poder Judiciário concluiu uma maior quantidade de processos em relação aos casos novos ingressados¹³.

Ainda, em 2016 pode-se observar que, em que pese o advento do CPC/2015 obrigar a realização de uma audiência de conciliação e mediação prévia, não houve um número expressivo de resolução de casos por meio desses instrumentos. Das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, somente 11,9% consistiam homologatórias de acordo (aumento de menos de um ponto percentual se comparado a 2015)¹⁴.

No relatório de 2018 (ano-base 2017), a quantidade de processos em tramitação demonstrou o menor crescimento da série histórica, tendo no Poder Judiciário um acervo de 80,1 milhões de processos até o final de 2017 que esperavam solução definitiva. O documento mostrou que entre 2009 e 2017 existiu uma variação acumulada de 31,9% no estoque, o que correspondia a um crescimento médio de 4% por ano. No referido ano, considerando apenas as ações originárias dos tribunais (processos de conhecimento e execuções extrajudiciais), verifica-se que foram protocolados 21,2 milhões de processos, enquanto 31 milhões de processos foram finalizados. Ademais, mais uma vez constatou-se que o primeiro grau possui maior volume processual, representando 94,1% dos casos pendentes e 85,5% dos casos novos¹⁵.

Por fim, em relação a 2017, o relatório do CNJ demonstrou que, novamente, a conciliação apresentou pequena evolução. No referido ano, 12,1% de processos foram

¹¹ *Ibid.*, p. 383.

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2017: ano-base 2016. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 10/08/2020. p. 182.

¹³ *Ibid.*, p. 182.

¹⁴ *Ibid.*, p. 182-183.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2018: ano-base 2017. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 10/08/2020. p. 197.

solucionados por meio da conciliação, ainda que o CPC/15 tenha tornado obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, bem como ter ocorrido o aumento na estrutura dos CEJUSCs, passando de 654 (2015) para 982 (2017)¹⁶.

O último relatório do CNJ, elaborado em 2019 com base no ano de 2018, demonstrou que, pela primeira vez desde 2009, ocorreu a diminuição dos casos pendentes. Sendo assim, indicou que o Poder Judiciário brasileiro conseguiu julgar além do número de processos equivalentes aos ingressados¹⁷.

Nesse sentido, houve uma redução de mais de um milhão de processos do estoque processual nos últimos dois anos (-1,4%). Ainda que pareça pouco, é um dado positivo pois até 2016 ocorria somente o aumento do acervo. O resultado é decorrente do aumento do total de processos baixados e redução de casos novos. Sendo assim, o Índice de Atendimento à Demanda em 2018 foi de 113,7%, isto é, foram solucionados 13,7% processos a mais que os ingressados. Segundo o relatório, isso foi possível, em especial, pelo desempenho da Justiça do Trabalho, que manteve sua produtividade¹⁸.

Considerando as ações originárias dos tribunais, percebe-se que 19,5 milhões de processos foram protocolados no Judiciário em 2018. Por outro lado, foram finalizados 31,9 milhões de processos (13,7%). Cerca de 29% dos processos em trâmite foram solucionados. Como nos últimos anos, é no primeiro grau que se encontra maior volume de processos e casos novos. Em relação à conciliação, novamente foi constatada lenta evolução. No ano de 2018, 11,5% dos processos foram solucionados por esse meio. Assim, nos últimos três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual. Ressalta-se que houve crescimento na estrutura dos CEJUSCs, totalizando 1.088 em 2018¹⁹.

O relatório de 2018 também traz as demandas mais recorrentes segundo as classes e assuntos do Judiciário. Nesse sentido, destaca-se que a Justiça Estadual tem o Direito Civil como tema que aparece entre os cinco assuntos com maiores quantitativos de processos em todas as instâncias da Justiça Estadual, juntamente com o Direito Penal com elevado número de processos no segundo grau, Direito Tributário na Justiça Comum e Direito do Consumidor nos Juizados Especiais e Turmas Recursais. Na Justiça do Trabalho, 12% do total de processos ingressados, tem como assunto mais recorrente as verbas rescisórias de rescisão de contrato de trabalho²⁰.

¹⁶ *Ibid.*, p. 198.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2019. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10/08/2020. p. 5.

¹⁸ *Ibid.*, p. 219.

¹⁹ *Ibid.*, p. 219-220.

²⁰ *Ibid.*, p. 204.

Portanto, da análise dos dados supramencionados, verifica-se que as formas extraordinárias de resolução de conflitos judiciais, vista em um primeiro momento como resolução para a excessiva demanda do Judiciário, não restou eficaz. Ademais, deve-se anotar que a produtividade dos magistrados não é um problema, uma vez que ela aumentou durante os anos, em que pese o senso comum pensar o contrário.

Da mesma forma, deve-se evidenciar que conforme aumentam as demandas judiciais, maior a morosidade do Poder Judiciário. Outro problema ocasionado pelo excesso de litigância é a baixa eficácia das decisões emitidas pelo Judiciário, as quais “retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático”²¹.

O professor André Ramos Tavares da Universidade de São Paulo (USP) sustenta que o CNJ deve promover uma mudança de cultura no âmbito judicial e social. O professor, que é especialista em Poder Judiciário, demonstrou ser a favor da utilização de soluções extrajudiciais, como a conciliação, para resolução de conflitos²².

Entretanto, somente métodos alternativos de resolução de conflitos não são suficientes, conforme pôde-se notar pelo exposto anteriormente. Por isso, é correta a afirmação do CNJ de que o problema do aumento de litigância é um fenômeno mais complexo.

Nesse sentido, segundo o problema fundamental da crítica contra-majoritária, “confiar aos juízes a definição das questões políticas centrais a uma sociedade significa, em última análise, desconfiar da capacidade da própria sociedade de determinar-se”²³.

É a respeito disso que os próximos tópicos abordarão.

A NECESSIDADE DE AUTORRESPONSABILIZAÇÃO DOS INDIVÍDUOS PARA CONDUZIREM SUA VIDA COM BASE EM UM CRITÉRIO ÉTICO E VIRTUOSO

Já na Roma antiga, a dignidade da pessoa era ligada a ideia de mérito. Em que pese a ideia romana de mérito não condizer com os valores atuais, uma vez

²¹ *Ibid.*, p. 82.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *CNJ debate soluções conceituais e práticas para morosidade da justiça e litigância excessiva*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-debate-solucoes-conceituais-e-praticas-para-morosidade-da-justica-e-litigancia-excessiva>. Acesso em: 01/08/2020.

²³ VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 264 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/publico/TeseMPV.pdf>. Acesso em: 15/08/2020. p. 78-79.

que estava ligada à nobreza, política etc., ainda a noção de merecimento possuía seu valor. Isso porque, o cidadão romano compreendia que para ser digno deveria ter integridade moral. Para conquistar sua integridade moral, necessitaria lutar e se destacar para aumentá-la. Da mesma forma, se incorresse erros, poderia tê-la subtraída ou perdida. Portanto, nota-se que existia uma responsabilização do cidadão à conquista e construção de sua própria dignidade²⁴.

No entanto, atualmente, o que parece é que existe uma consciência coletiva de que a pessoa não necessita fazer nada para ser digno, transferindo toda a responsabilidade para o Estado e demais instituições²⁵. Não quer dizer que estes organismos não devem garantir a dignidade da pessoa humana, mas é perigoso retirar toda e qualquer responsabilidade dos indivíduos²⁶.

Nesse sentido, diversos autores evidenciam o dever de comprometimento por parte do sujeito. Pico Della Mirandola afirmava que a dignidade estava ligada à capacidade do ser humano de decidir sua própria natureza através de suas escolhas. Assim, é responsabilidade da própria pessoa optar em “subir a ordens superiores de vida, ou então baixar até as formas mais brutais”. Da mesma forma, Laporta destaca que a dignidade do indivíduo depende do comportamento que ele dá a si mesmo, tendo dever com seus atos e deliberações²⁷.

Platão também já defendia que aquele que submete sua felicidade a dos outros permanece na sujeição alheia. No entanto, se faz sua felicidade depender de si mesmo, torna-se um indivíduo prudente, corajoso e temperante. Sendo assim, mesmo que haja auxílio de terceiros, que é de valor, deve a pessoa perceber que, no final, deve decidir por si e que cada ação sua é uma resposta para a vida²⁸.

Nesse sentido, destaca-se que, conforme pensamento de John Stuart Mill, o ser humano não é uma máquina que deve ser construída de acordo com um modelo e programada para realizar uma determinada tarefa, mas sim uma árvore que precisa crescer e se desenvolver de todos os modos com os impulsos que a faz uma coisa viva. Nessa toada, o indivíduo que é dependente do Estado e suas

²⁴ SOARES, Josemar Sidinei; LOCCHI, Maria Chiara. O papel do indivíduo na construção da dignidade da pessoa humana/The individual role in the construction of the human person dignity. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 31-41, jun. 2016. ISSN: 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118/928>. Acesso em: 20 ago. 2020. p. 35.

²⁵ Para um maior aprofundamento sobre o tema, sugere-se a leitura de MENEGHETTI, T. V.; ADRIANO, B. M.; BERNARDES, R.; SOARES, J. S. Uma análise das instituições jurídicas propostas por Hegel na sua filosofia do direito e dos seus reflexos na contemporaneidade. In: III Congresso Brasileiro de Direito e Política, 2009 – Itajaí/SC. *Anais do III Congresso de Direito e Política*. Itajaí: UNIVALI, 2009. v. 3.

²⁶ *Ibid.*, p. 36.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

instituições não passa de uma máquina do sistema. A sua dignidade consiste em uma programação de terceiros e não algo natural que se desenvolve. Da mesma forma, para o filósofo Isaiah Berlin, aquele que deseja ser alguém, deve decidir e conduzir a si mesmo para conquistar sua dignidade²⁹.

Tem-se que nenhuma ação *a priori* é boa ou ruim, mas, para identificar se ela faz bem ou mal ao sujeito que a realiza e, conseqüentemente à sociedade, exige-se um critério de natureza, que pode ser denominado critério ético do humano. A palavra ética deriva do termo *ethos* que, em um de seus significados, designa a morada do ser humano. É com fundamento no critério ético que o mundo se torna habitável ao indivíduo, uma vez que ele constrói e reconstrói o espaço do *ethos* e, desse espaço, é que o logos se transforma em entendimento e manifestação do ser do indivíduo como uma condição rígida do dever-ser ou do bem³⁰.

Deve-se esclarecer que o critério ético consiste em uma relação do sujeito consigo mesmo e com o mundo, a sociedade, e gera conseqüências decorrente da forma como é colocada cada relação. Nesse sentido, o único jeito de ler o critério ético humano é retomando a noção de formação do indivíduo, como aquela que existia na Grécia antiga, denominada Paideia³¹.

Conforme descreve Werner Jaeger em sua obra intitulada “Paidéia: A formação do homem grego”, a Paideia consistia em um processo histórico e espiritual grego que permitia a formação de um tipo elevado de indivíduo, o qual vivenciava o *ethos* virtuoso e excelente (*arete*), juntamente com o desenvolvimento de uma inteligência otimizada filosoficamente, mas realizado de forma exta na existência de forma geral. Nesse sentido, a *arete* do poeta Homero será como um exemplo e pilar da ética grega, uma vez que permitia visualizar, no herói grego, a origem dos termos essenciais de toda ética, quais sejam o bem e o mal, a obrigação, responsabilidade etc. Ademais, o herói da Grécia antiga era uma representação da busca por excelência em todas as suas ações, do desenvolvimento das virtudes nobres (coragem e honra), o que moldava a base da cultura aristocrática³².

Para nascer o critério ético do humano, exige-se uma ação de cada ser humano que consiste em adequar sua própria identidade a identidade de natureza humana, bem como que cada um cultive sua própria existência tornando possível para si utilizar seu arbítrio. Aquele que aprende conduzir-se de acordo com seu próprio critério de integridade, também começa a construir melhores relações com os outros, tendo em vista que seus atos não mais têm como razão as opiniões

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 37.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 37-38.

ou preferências do momento, mas sim aquilo que a natureza ordena. Quando o indivíduo aprimora sua própria existência, conseqüentemente ele aprimora a sociedade. Nesse sentido, o critério ético do humano está diretamente ligado a um aperfeiçoamento existencial de cada um. De acordo com Hegel, a orientação racional pelo critério ético vincula-se com o autoconhecimento³³.

Na contemporaneidade, é necessário destacar o valor do indivíduo ante a nacionalidade, as instituições e até mesmo ante o direito positivo interno. Assim, analisando a linha histórica da humanidade, trata-se de uma transição de critérios, uma vez que cada período teve seu critério para organizar a vida em sociedade. Nessa perspectiva, na Idade Média, a religião e o divino serviam como critério; na Idade Moderna, passou-se a considerar o indivíduo e a razão, depois as instituições. Atualmente, vive-se um novo período, por isso é essencial a busca por um novo critério ético que seja eficiente em promover o indivíduo de modo mais integral. Assim, o Direito e a justiça devem procurar oferecer o mínimo, bem como refletir sobre modos possibilitar avanços maiores³⁴.

Para Francisco Laporta, a dignidade da pessoa humana está baseada em seu próprio modo de comportamento, no comprometimento com suas ações, decisões, valores e convicções a serem seguidos. “Esse seria o ideal antropológico que está subjacente nas convicções morais compartilhadas dos indivíduos”³⁵.

Na mesma toada, Ronald Dworkin propõe que há dois princípios que caracterizam os valores mais abstratos da condição humana. O primeiro é chamado de princípio do valor intrínseco, cujo significado consiste em que toda vida humana possui uma qualidade especial de valor objetivo. O segundo princípio, por sua vez, denominou-se de princípio da responsabilidade pessoal. Ele quer dizer que cada um tem uma responsabilidade especial na conquista de realização de sua própria vida, a qual compreende a aplicação de seu juízo para desejar qual classe de vida seria para ele uma vida bem sucedida³⁶.

Assim, tem-se que o reconhecimento da dignidade humana no próximo, seja indivíduo ou sociedade, é um requisito essencial à capacidade de gerenciar conflitos e dialéticas na sociedade com os mais diversos grupos nela inseridos, bem como à ação política harmônica, com indivíduos com pontos de vista diferentes, mas que trabalham em prol do desenvolvimento da sociedade. Deste modo, tem-se a necessidade das sociedades, por mais diversificadas que seja, procurarem

³³ *Ibid.*, p. 38.

³⁴ *Ibid.*, p. 38-39.

³⁵ SOARES, Josemar Sidinei; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Multiculturalismo, comunidade ética e transnacionalidade/Multiculturalism, ethical community and transnationality. *Revista Direito UFMS*. Campo Grande/MS, v. 5, n. 2, p. 247-269, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9930>. Acesso em: 20/08/2020. p. 255.

³⁶ *Ibid.*, p. 254.

por meios de engajamento de forma que as comunidades de tornem mais éticas, com grupos diferentes se respeitando e alinhados a princípios e valores relevantes que proporcionem bem-estar e funcionalidade do corpo social para todos³⁷.

Conforme mencionado anteriormente, no passado as sociedades não precisaram pensar ou realizar modelos éticos de relações em searas universais, uma vez que até então elas sempre se guiaram como comunidades éticas privadas (família, tribo, cidades e até países). No entanto, com a globalização, a atualidade precisa lidar em abranger uma diversidade de culturas, grupos sociais, religiões etc. que iniciam a conversar. Essa necessidade surge principalmente em razão da valorização do individualismo em detrimento do sentido social de uma comunidade ética. O individualismo aumenta gradativamente desde o início da modernidade, mas a complexidade se torna maior na contemporaneidade uma vez que facilita, cada vez mais, a separação do indivíduo à comunidade ética, ao menos em relação à expectativa de direitos e deveres. Isto é, a esperança do outro atender meu direito fica mais forte ou mais fraca na medida em que o outro se aprofunda na mesma comunidade ética que pertencem³⁸.

Nesse sentido, surge a necessidade da Ética e da reflexão sobre a práxis dos comportamentos, analisando o sentido e funcionalidade destes para os sujeitos e a sociedade. Isso porque os hábitos particulares e os costumes sociais são determinados pela práxis. Sendo assim, deve-se lembrar que na tradição da Grécia Antiga, derivada desde as epopeias de Homero, a práxis individual tem a tendência de ser sempre mensurada eticamente pelo critério da Excelência (arete). Cada um possui, por natureza, qualidade que se praticadas produzem superioridade, Excelência. Para Homero, a arete, essencialmente, era a Excelência heroica, da guerra, estratégia, oratória e estética. Entretanto, com o passar do tempo, a arete guerreira foi se tornando um padrão de comportamento da vida em sociedade, de forma que no pensamento de Sócrates e Platão ela já é considerada em cada esfera da vida, como um requisito para vivenciar o Agathos (sumo Bem). Para a tradição grega, o *ethos* individual adequado é aquele que expressa a arete, a qual é externalizada na concordância com as virtudes. Portanto, aquele que vive de forma ética, age considerando o critério da virtude. O *ethos* social, por sua vez, culmina nos costumes, na união de práxis coletivas que constituem o padrão comportamental de determinado grupo (família, polis etc.)³⁹. É com base nos costumes que são formalizadas as normas jurídicas (nomos) expressas ou não, as quais organizam a vida em sociedade⁴⁰.

³⁷ *Ibid.*, p. 255.

³⁸ SOARES, Josemar Sidinei; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de., *op. cit.*, p. 256-257.

³⁹ A esse respeito, sugere-se a leitura de ADRIANO, B. M.; MENEGHETTI, T. V.; SOARES, J. S. O dilema ético do humano: um estudo à luz da ética e da metafísica de Aristóteles. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*. v. 1, p. 1-14, 2009.

⁴⁰ VERISSIMO, Marcos Paulo., *op. cit.*, p. 258-259.

Veja-se que o *ethos* social e o *ethos* individual remetem à ideia de hábito, ações realizadas de modo cotidiano, no âmbito privado e coletivo. Logo, a Ética trata como o sujeito deve se comportar em sua própria existência, bem como deve se comportar ante a expectativa da sociedade da qual faz parte⁴¹.

Portanto, quando os indivíduos agem e vivem de modo ético e virtuoso, com base em seu critério de natureza, consequentemente, seu modo de vida influencia seu meio social. Como uma reação em cadeia, este meio social influencia outros até transformar a cidade, o estado, o país e até mesmo o mundo. Ademais, ao se viver com base em tais critérios, a autorresponsabilização é intrínseca aos indivíduos, uma vez que percebem o controle sobre a própria vida e a independência do Estado e suas instituições para viabilizar seus projetos, bem como resolver seus problemas.

CAUSA E POSSÍVEL SOLUÇÃO EM RELAÇÃO AO EXCESSO DE PROCESSOS JUDICIAIS

Como visto no tópico anterior, pode-se afirmar que a deficiência do sistema jurídico, (das normas, do Direito e dos Tribunais) está presente em um contexto mais abrangente, que a Filosofia identifica como o esgotamento da razão no mundo contemporâneo, ou, em outros termos, o esgotamento da própria Modernidade e advento da pós-modernidade. Este fenômeno é verificado por diversos autores, tais como Luhmann, Habermas, Lipovesky, Bauman, Beck, dentre outros. A pós-modernidade expõe a problemática de que a sociedade perdeu a confiança em se autocorriger de suas descrições. Ela não é mais caracterizada pelas leis naturais ou princípios racionais. Sendo assim, na pós-modernidade, há a ausência de retrato unitário do mundo ou de uma razão vinculante para todos, com enfoque cada vez mais individualista⁴².

Dessa forma, o excesso de processos no Judiciário não deve ser analisado apenas sob o ponto de vista processual ou da insegurança jurídica, uma vez que os referidos fenômenos não são isolados e estão conectados com outras crises e aborrecimentos que enfraquecem as relações sociais e ampliam a litigiosidade⁴³.

⁴¹ *Ibid.*, p. 259-260.

⁴² SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais. 255 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-11042016-094659/publico/Tese_Marco_Aurelio_Serau_Jr.pdf. Acesso em: 20/08/2020. p. 116-117.

⁴³ SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete. *Acesso à justiça I (recurso eletrônico on-line)*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/398>. Acesso em: 20/08/2020. p. 129.

No mesmo sentido, pode-se dizer que após a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário se transformou em palco para a resolução de todos os conflitos, sejam eles mais simples, a respeito de direitos individuais, ou até mesmo os mais complexos, que envolvem diversas partes e reflexos políticos (demandas a respeito de direito à saúde, educação, conflitos distributivos etc.)⁴⁴.

Do ponto de vista da Carta Magna, percebe-se que ela concedeu autonomia financeira, administrativa e institucional e garantiu a autonomia funcional dos magistrados, mas não garantiu a devida educação à sociedade sobre como e quando utilizar o Judiciário⁴⁵.

Verificou-se no primeiro tópico que ano a ano o número de processos cresce no Judiciário, restando concluir que, cada vez mais, as pessoas depositam sua confiança e esperança nele para resolver seus problemas.

O que surge é um paradoxo. De um lado o Poder Judiciário é mal avaliado pelos cidadãos em razão de sua lentidão e outros fatores, no entanto, a população insiste em procurá-lo demasiadamente, na esperança de encontrar a solução de seus problemas⁴⁶.

Nesse sentido, pode-se dizer que no Brasil existe uma grande inclinação ao demandismo, fenômeno presente nas nações de *civil law* e famílias com origem romano-germânica em que as normas escritas favorecem a judicialização. Isso porque, precipuamente, a Constituição passa uma falsa ideia de assegurar um poder ou dever de ação, quando na verdade a Carta Magna dispõe sobre o interessado utilizar esta ferramenta em últimos casos⁴⁷.

Fala-se muito em acesso à justiça e sua lentidão, bem como em relação ao excesso de demanda. Nesse sentido, pensa-se a respeito da melhoria do sistema judiciário em relação a sua capacidade de receber e processar os milhões de feitos, assim como na gestão e reconfiguração do quadro de recursos⁴⁸. No entanto, não se discute um ponto essencial que é até mesmo anterior a esses problemas: a capacidade do indivíduo resolver seus próprios conflitos.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁵ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Acesso à justiça*: a insuficiência da via judicial para a sua efetivação. 159 f. *Dissertação* (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/16366> Acesso em: 20/08/2020. p. 77.

⁴⁶ SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete., *op. cit.*, p. 127.

⁴⁷ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de., *op. cit.*, p. 77-78.

⁴⁸ SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete *Acesso à justiça I (recurso eletrônico on-line)*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/398>. Acesso em: 20/08/2020. p. 143.

Para Celso Campilongo, o Poder Judiciário opera de forma tradicional com a ideia de cidadania regulada pelo Estado e por sua legislação. No entanto, deveria ser introduzida uma nova concepção de cidadania⁴⁹.

Não é a ampliação do judiciário por meio de aumento de recursos humanos e financeiros que haverá solução para o problema. Há a necessidade de parar o avanço da litigância excessiva desde sua causa⁵⁰.

Joaquim Falcão cita que Bolívar Lamounier tem mencionado a dimensão da experiência como um fator essencial à concepção de legitimidade do Judiciário. Assim, não é suficiente a sociedade querer justiça, mas também deve esta justiça se transformar em uma experiência habitual por meio de decisões que afetem e regulamentem sua vida. Assim, “é verdade que o cidadão quer o Judiciário, e também é verdade que não experimenta o Judiciário. Quer o direito da lei, mas não experimenta o direito da lei”. O ponto importante trazido por Falcão é justamente o de que não se deve pensar em apenas aumentar o acesso à justiça, mas também diminuí-lo⁵¹.

Segundo Botelho de Mesquita, o processo civil tem passado por algumas mutações, as quais poderiam ser divididas em mutações técnicas e mutações políticas. A primeira consiste em “alterações necessárias a que o processo se aperfeiçoe enquanto instrumento para a realização de um fim determinado” (Ex.: CPC/15). Já a segunda consiste em mudanças “que se tornam necessárias em razão de se haver alterado o fim que por meio do processo se visa a atingir”. Esta última pretende deixar de considerar o processo como uma ferramenta a serviço da realização do direito e passar a considerá-lo como uma forma de impedir a violência, fomentar a pacificação social e difundir para a sociedade o conhecimento do Direito⁵².

Nesse sentido, a redução da litigiosidade contida, da promoção do bem comum e pacificação social, que não são possíveis de serem alcançadas com reformas legislativas ou processuais, devem ser objetos da assistência social e dos próprios indivíduos na construção de uma comunidade ética, uma vez que também não cabe aos juízes promoverem tais elementos. Aos magistrados cabe proporcionar a segurança de que os processos serão resolvidos em conformidade com as normas jurídicas e em tempo hábil⁵³.

⁴⁹ SADEK, MT (org.). *O judiciário em debate* (online). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 119 p. ISBN: 978-85-7982-034-2. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 20/08/2020. p. 18 e 20.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília, ano 2, n. 5, p. 22-23, 2008 *apud* OLIVEIRA NETO., *op. cit.*, p. 79.

⁵¹ SADEK, MT (org.), *op. cit.*, p. 22-23.

⁵² MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame*. p. 47 *apud* VERISSIMO, Marcos Paulo., *op. cit.*, p. 98-99.

⁵³ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame*. p. 68 *apud* VERISSIMO, Marcos Paulo., *op. cit.*, p. 101.

Sob o ponto de vista defendido neste artigo, a assistência social poderia funcionar como um mecanismo capaz de difundir as ideias de virtude, consciência moral e comunidade ética para os mais vulneráveis, atuando como um agente capacitador que, ao longo do prazo, faria com que os indivíduos pudessem agir conforme seu critério ético deixando para os magistrados somente a resolução de processos essenciais. Certamente, haveria uma diminuição da litigância excessiva e muitas vezes desnecessária.

Destaca-se que não se procura pela extinção do Poder Judiciário, mas sim transformá-lo, no consciente da sociedade, como uma última ratio, com caráter de imprescindibilidade, para atuar em casos em que houve o esgotamento de meios não convencionais sem conquista do direito reclamado (afastamento de uma lei ou ato normativo injusto, declaração de inconstitucionalidade etc.)⁵⁴.

Platão apresenta em seu livro intitulado “A República” a noção de justiça fundamentada nos aspectos da virtude e educação. Assim, para o filósofo, a justiça é uma virtude síntese, que abarca a coragem, sabedoria e temperança, porém é por meio da educação que se alcança a virtude e, conseqüentemente, estabelece-se a justiça social⁵⁵.

À vista disso, o homem e a mulher justa devem ter tais virtudes para que possam agir em lugares onde tenham competência e consigam propor aos demais o mesmo. A educação é o fator essencial à concretização da justiça no âmbito individual e, conseqüentemente, coletivo. O pensamento de Platão chama atenção à formação das pessoas, sendo que sem o caráter moral não é possível alcançar a justiça. Exemplo disto é o problema discutido no presente artigo, em que a litigância excessiva tem como principal causa a ausência de critério moral, gerando conflitos mais graves, os quais poderiam ser evitados se os indivíduos fossem virtuosos⁵⁶.

Deve-se apontar que ser justo é um hábito, portanto não é construído de forma imediata. É de extrema importância que esta noção seja evidente para todos que integram a sociedade e que, de uma forma ou de outra, chegam ao direito com conflitos e problemas variados. Nesse sentido, os indivíduos que integram a sociedade devem se orientar pela razão de constituir normas que devem transformar o corpo social, o país, em um local de felicidade pelos mesmos⁵⁷.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Brasília, ano 2, n. 5, p. 22-23, 2008 *apud* OLIVEIRA NETO., *op. cit.*, p. 132-133.

⁵⁵ SOARES, Josemar Sidinei. *Os pressupostos filosóficos da idéia justiça na história da filosofia: contribuições para o ensino jurídico*. 139 f. *Dissertação* (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, 2003. p. 127-128.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 129.

Dessa forma, a cultura da litigância deve ser sucedida pela cultura da conformação dos interesses. Não conformação no sentido de resignação, mas sim de conformidade e harmonização. A prática desta conformação pode ser utilizada nos modos extrajudiciais de solução de conflitos, como por exemplo na conciliação, mediação, arbitragem, negociação. Essas ferramentas se constituem soluções fundadas na racionalidade, capaz de levar os litigantes e sujeitos de direito à emancipação, tendo em vista que os capacita em pensar na solução de forma conjunta e os faz cumprir tais acordos⁵⁸. Além de conscientizar os litigantes, fazendo um exercício prático do agir ético, tais ferramentas podem auxiliar na diminuição do excesso de processos no Judiciário⁵⁹.

Ressalta-se ainda a importância de uma cultura ética passada desde a infância e transmitida até o final da vida escolar/acadêmica das pessoas, bem como valorizada por toda a vida dos indivíduos para que seja possível a resolução de conflitos de forma mais harmoniosa e evoluída. Nesse sentido:

Aprender a lidar com a cultura da conformação e negociação dos conflitos é tarefa que deve iniciar-se cedo na vida das pessoas. [...] esse ensinamento poderá ser passado e treinado, só assim poderemos cultivar a paz nas relações sociais. De outra forma os conflitos sociais se tornarão cada vez mais complexos e demorada sua solução⁶⁰.

Conforme evidenciado no segundo tópico, ao indivíduo conduzir sua existência com base no critério ético, verifica-se a resolução do problema combatendo o cerne de sua questão. Ou seja, se os indivíduos possuísem um critério ético para tomar suas decisões, automaticamente resolveriam por si próprios seus problemas pessoais e existenciais, sem haver necessidade de acionar o Judiciário. Através disso, não se vislumbra somente a diminuição de processos no Poder Judiciário, mas também o desenvolvimento de toda a nação.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se neste artigo demonstrar o cenário histórico e atual em relação ao excesso de litígios no Poder Judiciário Brasileiro para propor uma reflexão acerca da causa e possível solução para este problema.

⁵⁸ SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete. *Acesso à justiça I (recurso eletrônico on-line)*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/398> Acesso em: 20/08/2020.

⁵⁹ Como complemento, sugere-se a leitura de MENEGHETTI, T. V.; SOARES, J. S. A teoria do reconhecimento como aspecto fundamental para a formação da vida ética em Hegel. In: XIV Semana de Iniciação Científica da UNICENTRO, 2008 – Guarapuava/PR. *Anais da XIV Semana de Iniciação Científica*, 2008.

⁶⁰ *Ibid.*

Desse modo, verificou-se que o indivíduo não deve ser dependente do Estado e suas instituições para ter resolvido seus problemas e conduzir sua vida. Assim, quem aprende conduzir-se em conformidade com seu próprio critério de integridade, começa também a construir melhores relações com os outros, possibilitando o reconhecimento da dignidade humana no próximo, bem como a capacidade de gerenciar conflitos e dialéticas na sociedade com pessoas que, embora possuam pontos de vista diferentes, trabalham em prol do desenvolvimento da sociedade.

Também, a partir da dialética do reconhecimento, torna-se possível ampliar a responsabilidade das pessoas, uma vez que, cada vez mais, o indivíduo – e não a sociedade –, se tornam o pilar da ordem social, possibilitando a concretização da comunidade ética.

Dessa forma, em que pese o aumento do orçamento do Poder Judiciário, a quantidade de magistrados, tribunais e órgãos de conciliação e a instituição de um novo Código de Processo Civil que prevê a obrigatoriedade de audiência de conciliação para tentar diminuir o número de processos judiciais, o problema do excesso de litigância não será resolvido se os indivíduos não aprenderem a agir de forma virtuosa e usar o critério ético para conduzir suas vidas.

Portanto, pode-se dizer que há necessidade de um conjunto de esforços para que o excesso de processos e a morosidade do Judiciário tenham uma solução. Destaca-se a importância de políticas públicas adequadas ao atendimento das exigências da sociedade, a edição de legislações mais objetivas, a educação dos cidadãos a respeito de seus direitos e de como e quando acessar a justiça, mas, sobretudo, o desenvolvimento de uma cultura baseada na ética em sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *CNJ debate soluções conceituais e práticas para morosidade da Justiça e litigância excessiva*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-debate-solucoes-conceituais-e-praticas-para-morosidade-da-justica-e-litigancia-excessiva/>. Acesso em: 01/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números, 2011: ano-base 2010. Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números, 2013: ano-base 2012. Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números, 2015: ano-base 2014. Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2016: ano-base 2015. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2017: ano-base 2016. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números, 2018: ano-base 2017. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 10/08/2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em números, 2019. *Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10/08/2020.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Acesso à justiça: a insuficiência da via judicial para a sua efetivação. 159 f. *Dissertação* (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/16366>. Acesso em: 20/08/2020.

SADEK, MT (org.). *O judiciário em debate* (online). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 119 p. ISBN: 978-85-7982-034-2. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 20/08/2020.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais. 255 f. *Tese* (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-11042016-094659/publico/Tese_Marco_Aurelio_Serau_Jr.pdf. Acesso em: 20/08/2020.

SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete. *Acesso à justiça I (recurso eletrônico on-line)*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/398>. Acesso em: 20/08/2020.

SOARES, Josemar Sidinei. *Os pressupostos filosóficos da ideia justiça na história da filosofia: contribuições para o ensino jurídico*. 139 f. *Dissertação* (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, 2003.

SOARES, Josemar Sidinei; LOCCHI, Maria Chiara. O papel do indivíduo na construção da dignidade da pessoa humana/The individual role in the construction of the human person dignity. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 31-41, jun. 2016. ISSN: 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1118/928>. Acesso em: 20/08/2020.

SOARES, Josemar Sidinei; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Multiculturalismo, comunidade ética e transnacionalidade/Multiculturalism, ethical community and transnationality. *Revista Direito UFMS*. Campo Grande/MS, v. 5, n. 2, p. 247-269, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9930>. Acesso em: 20/08/2020.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós 1988. 264 f. *Tese* (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/publico/TeseMPV.pdf>. Acesso em: 15/08/2020.

Data de recebimento: 16/10/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

IUS MIGRANDI COMO DIREITO FUNDAMENTAL E RACISMO INSTITUCIONAL

IUS MIGRANDI AS FUNDAMENTAL LAW AND INSTITUTIONAL RACISM

Sérgio Urquhart de Cademartori*
Williem da Silva Barreto Júnior**

RESUMO

O processo migratório tem assumido contornos deveras dramáticos, tendo em vista justificar-se atualmente pela submissão de boa parte da população mundial a privações extremas de direitos e bens básicos. O *ius migrandi*, enquanto direito natural, tem sido reiteradamente negado, em manifesta afronta às bases solidárias sobre as quais se fundou o ideário da civilidade democrática. Grandes potências hoje estão moralmente abaladas pela atuação de agentes econômicos e grupos racistas e xenófobos, legitimadores do chamado racismo institucional, que concorre para a desumanização dos imigrantes e o afloramento de violentas subjetividades, fatores de fomento à discriminação. Neste arrazoado, busca-se

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1976), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997) e pós-doutorado junto à Unisinos (RS). Atualmente é professor visitante do doutorado da Universidade de Granada e da Universidade Técnica de Lisboa, professor permanente da Universidade La Salle e do Centro Universitário UniFG. Consultor *ad hoc* da CAPES. Tem experiência na área de Filosofia, com ênfase em Epistemologia, atuando principalmente nos seguintes temas: Democracia, Garantismo, Direitos Fundamentais, Constituição e Administração Pública. Membro do Núcleo de Estudos de Direito, Economia e Instituições (NEDEI). Professor vinculado aos programas de doutorado e mestrado em Direito da Universidade La Salle e de mestrado da UniFG. ID Lattes: 8714992651258119. ORCID: 0000-0002-2037-1496. E-mail: sucademartori@gmail.com. Telefone: (51) 98268-3769. Endereço correspondência: Avenida Victor Barreto, 2288, centro, Canoas/RS, CEP: 92010-000.

** Mestrando em Direito pela UNIFG (Centro Universitário FG) e pesquisador no grupo de pesquisa ANDIRA (Antilaboratório de Direito Animal). Possui pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil pela FACINTER (Faculdade Internacional de Curitiba) e em Práticas Trabalhista, Previdenciária e Tributária pela FAE (Faculdade das Águas Emendadas). Graduou-se em Direito pela UESB (Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia). ID Lattes: 6745290713947534. ORCID: 0000-0002-3519-7793. E-mail: williem.adv@hotmail.com. Telefone: (77) 98802-0973. Endereço correspondência: Rua Sinhazinha Santos, 237, sala 01, centro, Vitória da Conquista/BA, CEP: 45000-505.

afirmar como direito fundamental a livre locomoção de todos, de modo que os imigrantes têm funcionado como instituidores de um novo poder constituinte global, vetor de sustentação do constitucionalismo supranacional que, concretizando-se, poderá retificar o nada otimista prognóstico sobre o futuro das gerações vindouras.

Palavras-chave: Imigração. Direitos fundamentais. Racismo institucional.

ABSTRACT

The migration process has taken on quite dramatic contours, with a view to justifying itself today by subjecting a large part of the world population to extreme deprivations of basic rights and goods. The *ius migrandi*, as a natural right, has been repeatedly denied, in clear affront to the solidary bases on which the ideology of democratic civility was founded. Great powers today morally shaken by the activities of economic agents and racist and xenophobic groups, legitimizers of the so-called institutional racism, which contributes to the dehumanization of immigrants and the emergence of violent subjectivities, factors that promote discrimination. In this Reason, seeks to affirm as a fundamental right the free locomotion of all, so that immigrants have functioned as the founders of a new global constituent power, vector of support for supranational constitutionalism which, if materialized, could rectify the nothing optimistic prognosis about the future of future generations.

Keywords: Immigration. Fundamental rights. Institutional racism.

INTRODUÇÃO

O fenômeno migratório tem raízes históricas no mundo, remontando aos primórdios da humanidade, quando se fez necessário o deslocamento geográfico de seres humanos, com diversos objetivos, em especial os mais elementares deles: a busca por uma melhor qualidade de vida e pela garantia de sobrevivência.

A teoria liberal clássica, que condicionou e ainda condiciona os valores sociais apreendidos pelas sociedades ocidentais, trouxe consigo o ideário de supervalorização do trabalho, enquanto expediente facilitador da produção de riquezas, o que, sobretudo em séculos anteriores, esteve intrinsecamente associado à imigração como evento fundamental à descoberta e à exploração econômica de novos territórios¹.

Assim sucedeu com o processo de avanço geopolítico protagonizado pelos países europeus, que empreenderam vultosos investimentos para as suas embar-

¹ Ver, por exemplo, TRAUMANN, Andrew Patrick; CORREA MENDES, Fernanda Celli. A partilha da África e o holocausto que o mundo não reconheceu. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*. Curitiba, v. 1, n. 20, p. 253-274, 2015.

cações cruzarem os misteriosos oceanos e ancorarem em terras pertencentes ao intitulado novo mundo, então desconhecido e possível matriz de valiosos recursos minerais e agrícolas.

Naquela ocasião histórica, a imigração foi teorizada e vendida como um direito natural², cujo exercício pelos países europeus se fazia amplamente necessário ao intercâmbio cultural e econômico, caracterizando fonte de inexorável valorização do labor enquanto mecanismo de dignificação do ser humano e, por conseguinte, gerador de riqueza, essa em tese ao alcance todos os que se propussem vencer as adversidades naturalmente impostas.

Entretanto, o pleno exercício do *ius migrandi* em períodos marcados pela colonização europeia, como a história esclarece, esteve muito longe de representar um pleno e pacífico enlace intercultural, revelando-se, na prática, uma propositada justificativa para invasões territoriais, guerras, pilhagens e escravidão, numa espiral de saques e morticínios nativos talvez nunca antes vista no planeta³.

Em tempos mais recentes, sobretudo a partir do século XX, o fenômeno migratório tem ressurgido de um modo diverso daquele havido no passado. O deslocamento em massa de pessoas não partiu/parte mais da Europa em direção ao sul inexplorado, mas em sentido contrário, originando-se justamente de muitos dos territórios que foram objeto de destruição por parte das grandes potências desbravadoras em séculos anteriores.

Ao invés da conquista de novas localidades geográficas, os imigrantes atuais visam apenas à sua sobrevivência, comprometida pelas tensões político-religiosas e diretrizes econômicas neoliberais absolutamente descomprometidas com o bem-estar do ser humano, cujas raízes remontam ao processo colonizador promovido pelos países que hoje buscam acessar para sobreviverem.

O *ius migrandi*, no passado, invocado como direito natural, pelos estados nacionais europeus, hoje convenientemente carece de legitimação, na medida em que ferozes políticas contrárias à imigração têm ganhado força a partir da atuação de grupos políticos de orientação racista e xenófoba, apoiados por cidadãos amedrontados pela cultura do terror, especialmente em nações europeias e nos EUA (Estados Unidos da América).

O presente estudo se presta, com base no método de pesquisa bibliográfico, a analisar o fenômeno migratório à luz da contemporaneidade, estabelecendo paralelos históricos, políticos e econômicos fundamentais à sua atual compreensão, ao tempo em que visa à identificação do imigrante como agente instituidor de um novo poder constituinte global, em perfeita sintonia com o necessário estabeleci-

² Ver LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.

³ Consulte-se, como exemplo, GOMES, Laurentino. *Escravidão*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

mento de um constitucionalismo a nível supranacional, ambos como vetores de combate às insustentáveis desigualdades vislumbradas hodiernamente.

O IUS MIGRANDI COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SUA (IN)CONVENIENTE ASSIMETRIA

O tratamento dispensado aos imigrantes na atualidade se compatibiliza com uma manifesta violação do princípio da igualdade. As pessoas, ao se deslocarem entre os estados nacionais, impulsionadas, sobretudo, por eventos como a fome e as guerras em curso nos seus territórios de origem, bem como pelas desigualdades oriundas das políticas econômicas irracionais coordenadas pelas grandes potências ocidentais, encontram, quando conseguem superar as fronteiras, hostilidade e discriminação, relacionadas às suas identidades e personalidades⁴.

Ao contrário do havido no passado, a imigração atual não se limita à porção ocidental do planeta, provindo majoritariamente dos países da sua porção sul, que foram vítimas de invasões e pilhagem decorrentes do processo de colonização, e hoje se encontram devastados, sobretudo pelos efeitos advenientes das políticas neoliberais decorrentes da globalização. O fenômeno migratório deriva, portanto, da inegável explosão de desigualdades sociais, as quais relacionam – se fortemente a eventos como as guerras civis, a miséria generalizada e às perseguições políticas, fatores que naturalmente obrigam as pessoas a buscarem condições de vida menos opressoras em nações cuja promessa de direitos parece plausível⁵.

Daí se considerar irrefutável que o processo migratório, hoje de cunho global, não pode ser contido forçadamente, por se tratar de um reflexo de matriz estrutural do sistema capitalista, embasado nas graves distorções socioeconômicas cujo abatimento mundo afora se impõe, não havendo perspectiva provável de melhora. Pelo contrário, saltam aos olhos os prognósticos de agravamento do abismo social estabelecido, o que invariavelmente apresenta a imigração como um fenômeno moderno de caráter patológico⁶.

As atuais medidas adotadas para o combate à imigração em massa revelam-se fadadas a um irrefreável insucesso. Com efeito, os países desenvolvidos tem-se disposto a contê-la a partir de ações tendentes à sua dramatização social extrema, orquestrada em nível macro por lideranças sociais xenófobas, que associam o migrante à figura de um invasor, cujo objetivo é o de contaminar a identidade do povo dali originário⁷.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019. p. 185.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 186.

⁶ SUTCLIFF, Bob. *Nacido en otra parte: un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*. Bilbao: Hegoa, 1998. p. 14.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 186.

Para o prestigioso jurista italiano Luigi Ferrajoli, tal extremismo, de natureza manifestamente racista, encontra ressonância na esfera estatal e dá origem a políticas excludentes legalmente referendadas, o que, em verdade, depõe contra princípios basilares do estado constitucional de direito, indiscutivelmente albergados pelas constituições regentes das nações ocidentais, que deveriam pautar a solidariedade, a igualdade e a dignidade individual como bandeiras indispensáveis às suas existências.

Hodiernamente, é possível identificar uma dupla contradição relacionada à posição, sobremodo dos países europeus e dos EUA, em relação ao fenômeno migratório: primeiro, no concernente ao emprego de tantas políticas de exclusão, porque os valores da liberdade e dignidade humanas consubstanciam corolários das democracias constitucionais; segundo, no mundo globalizado autoriza-se a irrestrita circulação de bens e capitais, enquanto o trânsito de pessoas resta severamente restringido⁸.

Não obstante esteja na ordem do dia invocar o direito de cerramento fronteiriço, sob o fundamento da soberania dos estados nacionais, analogicamente à defesa dos países enquanto domicílios privados, convém recordar que tal postura, embora pareça lógica (em verdade é simplória), contraria sobremaneira a tradição liberal, para a qual o *ius migrandi* foi consagrado como um dos mais antigos direitos naturais, intimamente ligado às origens da civilidade jurídica ocidental, na linha do concluído por Arcos Ramirez⁹:

[...] aunque a veces se hace referencia al derecho a inmigrar como la protección de la libertad deambulatoria para ir al lugar donde uno desee, por lo general, se le considera como algo más que una libertad negativa que prohíbe a los Estados evitar el libre establecimiento en sus territorios. Su contenido no se reduce a la prohibición de impedir la movilidad física a través de las fronteras, sino que también incluye un derecho a entrar en los Estados extranjeros que se desee, tanto para visitas breves como para residir de forma permanente.

John Locke¹⁰, icônico teórico liberal, estabeleceu conhecido nexos de causalidade entre autonomia individual, trabalho, propriedade privada e sobrevivência humana, essencial à própria legitimação do sistema capitalista, definindo o mundo como um espaço comum, destinado ao homem para que dele fizesse uso e produzisse a sua riqueza particular, apropriando-se de tudo quanto pudesse, vedado prejuízo a outrem.

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 187.

⁹ ARCOS RAMÍREZ, Federico. ¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica. *Doxa*. Alicante, n. 43, p. 289, 2020.

¹⁰ LOCKE, John, *op. cit.*, p. 61.

Na mesma linha, Immanuel Kant¹¹ (1985, p. 27 e 1989, p. 175) elencou como requisito para o alcance da paz perpétua o princípio da hospitalidade universal, evidentemente albergado pelo direito à livre locomoção das pessoas pelos diversos espaços geográficos¹².

Blake, em sentido contrário às iniciativas limitadoras do direito fundamental de liberdade de locomoção, diz sobre a necessidade de o estado se abster de intervir no direito ao deslocamento que detêm pessoas: “para disfrutar de la aceptación de sus ciudadanos, las autoridades políticas deben ofrecer ciertas garantías, incluidas garantías específicas de libertad, tanto política, como el derecho a la movilidad”¹³.

Para Cláudia Moraes de Souza, “deslocar-se no território nacional ou internacional é dimensão ativa da atitude política de indivíduos culturalmente agrupados em grandes comunidades imaginadas como nacionais”¹⁴, ou seja, a imigração sempre caracterizou agente ativo de intercâmbio social, político e cultural mundo afora.

Carens¹⁵ trata da questão atinente à liberdade humana de locomoção junto aos mais variados estados e por diversos motivos, reforçando a ideia do *ius migrandi* enquanto direito individual, insusceptível de restrição apenas a áreas internas dos países:

Cada razón por la que uno podría querer moverse dentro de un Estado también puede ser una razón para moverse entre Estados. Uno podría querer um trabajo, podría enamorarse de alguien de otro país, podría pertenecer a una religión que tiene pocos adeptos em su Estado natal y muchos em otro; uno podría desear buscar oportunidades culturales que solo están disponibles em outro territorio.

De todo modo, é importante rememorar a natureza manifestamente assimétrica do *ius migrandi*, pois, inobstante formalmente universal, serviu quase que exclusivamente aos povos ocidentais, no processo de desbravamento do então chamado novo mundo, legitimando invasões colonizadoras e escravagistas, pilhagens e desmembramento cultural, cujos efeitos são sentidos até os dias de hoje, sobretudo no processo de inversão do fluxo migratório hodiernamente verificado¹⁶.

¹¹ KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985. p. 27.

¹² KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989. p. 175.

¹³ BLAKE, Michael. Immigration. In: WELLMAN, Christopher Heath; FREY, Raymond (ed.). *A companion to applied ethics*. Oxford: Blackwell, 2005. p. 229.

¹⁴ SOUZA, Cláudia Moraes de. Deslocamentos contemporâneos e tráfico de pessoas em cidades globais: dilemas, ações e soluções. In: SCACCHETTI, Daniela Muscari et al (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: SNJ/ICMPD, 2013.

¹⁵ CARENS, Joseph. *The ethics of immigration*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 239.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 190.

Ao revés do ocorrido em séculos anteriores, segundo desenvolve Ferrajoli, hoje não são os ocidentais a se deslocar rumo a um mundo desconhecido e promissor, e sim os miseráveis, alijados de suas culturas/bens e posteriormente abandonados à própria sorte, os que batem às portas daqueles que os aniquilaram. Entretanto, o direito fundamental de migrar, que serviu preteritamente como fonte legitimadora dos desbravamentos, hoje resta negado, com a mesma ferocidade demonstrada nos processos de invasão havidos em séculos anteriores, agora não mais para forçar o rompimento das fronteiras, mas para evitar que elas sejam violadas.

Em tempos atuais, as leis direcionadas ao impedimento da imigração afiguram-se indiferentes ao caráter estrutural e inevitável do fluxo migratório em curso, manifestamente conflitando com os valores democráticos teoricamente ovacionados pelos estados constitucionais e consagrados à condição de imanescentes às democracias, como os direitos à vida, à dignidade da pessoa, à igualdade e ao valor social do trabalho¹⁷.

O RACISMO INSTITUCIONAL E A IMIGRAÇÃO COMO NOVO PODER CONSTITUINTE GLOBAL

As figuras normativas contrárias à migração são pautadas em discriminações manifestas relacionadas à diversidade de identidades pessoais, e acabam por fomentar a existência literal de não pessoas, com base em critério atinente à involuntária localidade de nascimento. Na prática, estabelece-se uma perigosa interação entre direito e senso comum, numa escalada que se presta a impulsionar manifestações de cunho xenófobo e racista, facilmente encontradas nos países mais desenvolvidos, sobretudo na Europa e EUA¹⁸.

Para Ferrajoli existe, por outro lado, uma simbiose inegável entre os conceitos de igualdade jurídica e integração pessoal, assim como há a mesma correspondência entre desigualdade jurídica e supressão inconstitucional de direitos fundamentais, o que fatalmente traz à tona a existência do cidadão de menor hierarquia. Esta realidade – a legitimação da inferioridade pessoal pela ausência de direitos, hoje latente quando debatida a questão da imigração –, também já serviu às relações de dominação patronal, quando os trabalhadores, desassistidos juridicamente, eram vistos como pessoalmente subalternos aos seus empregadores, ou mesmo no tangente à situação das mulheres, que até muito recentemente não tinham autonomia jurídica completa e viviam sob a tutela dos seus maridos.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 190.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 191.

Assim, os ditos sujeitos fracos devem ser tratados como dependentes e subjugados ante a desigualdade jurídica estabelecida pela não concessão ou supressão de direitos fundamentais assegurados a outras categorias de indivíduos. Com efeito, é de se constatar que, enquanto nas sociedades efetivamente evoluídas o diverso é tratado com equanimidade, em muitos países proliferam o ódio e o incentivo à manifestação de violentas subjetividades, concebendo-se a diversidade como vetor de depreciação pessoal, o que, invariavelmente, traduz-se em legitimação do preconceito por ordenamentos estatais arbitrários¹⁹.

O alijamento dos sujeitos mais fracos de todos os direitos, com base em projetos estatais de disseminação do ódio, tem diversos propósitos nefastos, tal como esclarece Miller: “el apartheid o los guetos creados por el nazismo no sirvieron solo para discriminar a la población negra y judía por razones raciales o religiosas, sino también para excluir los del poder político y facilitar su explotación económica y su estigmatización social”²⁰.

Trata-se de um perverso ciclo vicioso, caracterizado pela privação dos direitos dos imigrantes que, discriminados juridicamente, passam a ser vistos pelos indivíduos oriundos do respectivo estado como antropologicamente marginais, instituindo-se uma evidente discriminação social. As pessoas privadas de direitos, e tratadas como seres humanos de menor categoria, não raro acabam por assumir a condição de real marginalidade, o que enseja o surgimento de novas leis discriminatórias, e assim o ciclo se renova²¹.

Desse modo, as políticas discriminatórias contra os imigrantes remetem a uma atividade articulada, típica dos regimes populistas, no sentido de estimular o conflito social entre os próprios sujeitos débeis (trabalhadores nacionais e estrangeiros), sob um viés de caráter identitário, retirando-se o foco da luta que seria crível, a ser travada pelos mais frágeis contra os grupos socialmente dominantes, com o fulcro de reduzir as excessivas desigualdades havidas entre os seres humanos. Trata-se, portanto, de uma escalada ideológica cujo objetivo é apresentar os imigrantes aos nacionais como elementos de desagregação social e eliminação da linearidade identitária, a fim de se deslocar o embate social para níveis menos expressivos, mantendo-se a estrutura de classes inalterada e a hierarquia social intacta.

As leis contrárias à imigração são, em suma, mecanismos promotores de um racismo institucionalizado, que têm substituído as originais consciências coletivas de classe por violentas subjetividades, relacionadas às origens individuais. Com efeito, estabelece-se uma providencial dicotomia entre “nós”, os nacionais,

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 191.

²⁰ MILLER, David. *Is there a human right to immigrate?* Oxford: Oxford University, 2016. p. 24.

²¹ DAL LAGO, Alessandro. *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*. Milão: Feltrinelli, 1999. p. 87.

e “eles”, os invasores estrangeiros, consubstanciada em notória assimetria jurídica, que se põe supostamente resguardar as “nossas” tradições das falaciosas e nefastas influências a serem exercidas por agentes marginais e criminosos, reputados institucional e culturalmente inferiores²².

O racismo institucional tem gozado de prestígio tal, que a bem de se preservarem as conquistas dos povos nacionais, admite-se opressão extrema aos imigrantes, de modo que as suas vidas passem a nada valerem diante de uma causa maior, a manutenção do modo de vida ocidental puro. A desumanização de pessoas não é recurso inédito e foi empregada inclusive pelos estados nacionais que hoje rechaçam ferozmente a entrada de estrangeiros em seus territórios, quando pilharam países integrantes do intitulado novo mundo e, para legitimar as suas atrocidades, promoveram a depreciação extrema dos nativos, a pretexto de referendar os seus respectivos interesses econômicos²³.

Tem-se constatado, conforme entende Ferrajoli, a existência de verdadeiros planos de governo, que contam com as iniciativas legislativas, estas visivelmente contrárias aos textos constitucionais dos estados, e administrativas, as quais dizem respeito a práticas governamentais associadas a atos de cunho infralegal. Cristalizam-se, a partir disso, medidas absolutamente incompatíveis com o estado constitucional, imersas num emaranhado de leis, decretos, resoluções e circulares, cuja repercussão reverbera sempre no sentido de criminalizar a própria existência do imigrante, retirando-lhe por completo a dignidade e o respeito.

Em regra, tais atividades estatais inconstitucionais condenam o estrangeiro à inapelável clandestinidade, expondo-o ao mais elevado grau de opressão, promovendo a sua expulsão dos territórios e, em numerosas situações, tutelando a morte em massa de pessoas que, impedidas de ingressar em determinado país por via marítima, acabam abandonadas à própria sorte²⁴.

Em muitos países, o já abordado direito universal de imigrar transmutou-se em delito, punível com penas desproporcionalmente severas, como ocorreu, por exemplo, com o advento da lei italiana número 94/2009. O referido diploma, assim como outros editados na Europa e EUA, flagrantemente depõe contra o princípio da legalidade, na medida em não ser razoável punir alguém pelo simples fato de ser quem é, afinal, as pessoas somente devem ser processadas e responsabilizadas por atos personalísimamente praticados, e um imigrante, somente por estar em tal condição, jamais pode ser pressuposto delinquente. Sobre o tema arrazoia Ferrajoli²⁵:

²² FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 192.

²³ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 238.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 193.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014. p. 165.

El viejo derecho a emigrar, que desde hace cinco siglos forma parte del derecho internacional y aparece estipulado em el art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha sido, sin embargo, negado y penalizado por las leyes contra la inmigración de nuestros países. Así, la inmigración se ha convertido em el fenómeno prevalentemente ilegal y clandestino, em el que se manifiestan de la forma más escandalosa las violaciones del principio de igualdad, de los derechos humanos y de la dignidad de la persona, a pesar de que forman la sustancia de nuestras democracias constitucionales.

Na esfera penal propriamente dita, seguindo a linha de raciocínio garantista, tem havido óbvio desrespeito aos princípios da culpabilidade e lesividade, pois não deter autorização para residência em determinado país não se caracteriza, em absoluto, conduta capaz de gerar dano social de qualquer espécie. Ademais, é notório que as indigitadas normas afrontam o princípio universal da igualdade, tão teoricamente caro às nações que se pautam pelo regime democrático.

Observa-se, outrossim, uma concessão de tratamento manifestamente desigual pelos estados nacionais, a partir de leis e atos administrativos contrários à imigração, direcionados a indivíduos cuja única peculiaridade é a de terem nascido em territórios outros. A condição de cidadão de um indivíduo não está atrelada a mera documentação formal, mas sim à sua própria condição de ser humano, detentor de dignidade e prerrogativa de sobrevivência.

Em Itália, por exemplo, o tratamento dispensado aos imigrantes tem chegado a extremos como o da criminalização do ato do nacional de conceder abrigo a residentes ilegais no país, com possibilidade de condenação a pena privativa de liberdade e confisco do imóvel usado para a prática da conduta considerada criminoso. Com efeito, no mesmo país, as permissões de estada por motivação humanitária têm sido arbitrariamente cassadas, os imigrantes expulsos dos centros de acolhimento e abandonados nas ruas em situação de total fragilidade, o que fatalmente os coloca numa quase obrigatória condição de marginalidade e associação ao crime organizado²⁶.

Situação sabidamente desesperadora é vivida por imigrantes cujo objetivo é obter acesso aos países europeus, sobretudo, a partir da via marítima. As leis e atos administrativos racistas exarados nos últimos anos têm simplesmente impedido o ingresso das embarcações que, bloqueadas militarmente, permanecem à deriva com grandes quantidades de seres humanos. Estes, evidentemente, não dispõem de qualquer recurso para retornar aos seus países de origem, daí as incontáveis mortes por afogamento e inanição contabilizadas, numa demonstra-

²⁶ BASSO, Paolo. *Razzismo di stato*: Stati Uniti, Europa, Itália. Milão: Franco Angeli, 2010. p. 445.

ção atroz de caráter racista e não solidário. Já dizia Michel Foucault, que o racismo “es la condición que hace aceptable la muerte”²⁷.

Resta evidente que as legislações cujo fulcro é degradar e expulsar os imigrantes residentes no país, bem como impedir a todo custo a entrada dos que estão fora dele, caracterizam um despreço manifesto pelo princípio da legalidade e, por conseguinte, pelas constituições democráticas. Trata-se também de uma inobservância do próprio direito internacional, de alcance vinculante entre os estados civilizados. Em casos como dos naufragos imigrantes ignorados e deixados para provavelmente morrerem, o não salvamento revela-se inadmissível, pois as normas supranacionais são claras quanto à necessidade de se oferecer socorro imediato a tantos quantos eventualmente se encontrarem em situação de risco à deriva²⁸.

Nessa mesma esteira, outra violação lamentável do direito internacional pelos estados nacionais, no sentido de cercearem a imigração, consiste em detenções arbitrárias empreendidas contra os estrangeiros ainda em águas internacionais, território sobre o qual nenhum país tem jurisdição reconhecida. Tais intervenções constituem sequestros em massa, os quais em geral costumam terminar em devoluções autoritárias dos indivíduos capturados a seus países de origem, mesmo contra as manifestas vontades.

Citadas políticas de estado criminosas, como é cediço, invariavelmente têm sido associadas a governos de matriz populista, ligados à extrema direita, como nos últimos anos têm predominado na Itália, Turquia, Hungria e também nos EUA. Tais matrizes institucionais, encabeçadas por figuras extremistas, abertamente alimentam o fenômeno obtuso da xenofobia e a indiferença quanto às vidas destruídas pela lógica de isolamento e discriminação. As políticas de controle migratório na atualidade são iniciativas cruéis, cujas justificativas estão sendo absorvidas pelas sociedades que, anestesiadas, sintonizam-se com contextos de imensa perversão moral e desumanização, em contramão aos princípios constitucionais hodiernos, inculpidos e consagrados pelas cartas constitucionais.

O conceito de imigrante enquanto coisa decorre de políticas racistas, que sistematicamente se empenham em inculcar nas mentes dos cidadãos nacionais o ideário de segregação como única ideologia passível de salvar o modo de vida ocidental dos chamados novos bárbaros. O imigrante, seja ele quem for, tem o seu estereótipo construído a partir da fabricação de diretrizes estatais, sendo fortemente associado à criminalidade, não por eventuais atos ilícitos cometidos, mas por sua mera origem geográfica e cultural, numa linha de raciocínio diretamente relacionada à prevalência do direito penal do inimigo. Segundo Ferra-

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: ICE, 2000. p. 231.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 199.

joli: “la substancia del principio de legalidad está em la previsión legal como punibles de tipos de acción y no de tipos de autor”²⁹.

Os governos de extrema direita destilam todo o seu ódio face à imigração e naturalmente referendam a sofisticada necessidade defensiva em matéria de segurança pública, daí porque o direito penal acaba por servir como vetor manipulação social, a partir de legislações emergenciais, criadas a fim de manter a população refém do sentimento de medo amplificado pelo estado. Os imigrantes, por óbvio, são previamente taxados como potenciais criminosos e ameaças constantes à boa convivência social³⁰.

Com efeito, e tendo em vista as razões ora debatidas, em estados constitucionais, os cidadãos devem ser responsabilizados criminalmente por seus atos, desde que se submetam a processos judiciais, garantido o exercício de direitos seculares como o da ampla defesa e do contraditório, sem prejuízo de outros. Entretanto, a realidade vislumbrada nos dá conta de que os imigrantes não estão sendo julgados por seus atos que eventualmente infringem a lei, mas apenas por serem quem são.

É patente que os regimes políticos populistas, a partir dos seus fomentadores, visam à construção de identidades inimigas, estimulando o conflito entre os nacionais vulneráveis, que já vêm sofrendo com os efeitos nefastos do domínio da política pela economia, contra outros ainda mais vulneráveis, tática que ganha corpo muito em razão da manipulação do direito penal e o seu uso como suposto recurso de defesa social, em detrimento da legalidade estrita e do espectro de direitos fundamentais elencados nas constituições³¹.

A sociedade então se vê alarmada, não pelos crimes efetivamente repercusivos, nocivos à estabilidade social, como os praticados por agentes públicos e grandes empresários no âmbito da administração e especulação financeira, ou os de lavra do crime organizado, mas pelos pequenos delitos, praticados por imigrantes marginalizados socialmente, tais como o pequeno comércio de drogas e desvios de cunho patrimonial, cujo potencial ofensivo é reduzido e tem raízes nas contradições do próprio sistema, instituído para provocar divisões entre os que deveriam se unir em prol de uma profunda mudança social.

Toda essa legislação institucionalmente racista, ao invés de garantir a segurança social, em verdade agrava os problemas que teoricamente a justificam. Com repressão apenas se consegue produzir uma onda de terror altamente prejudicial à vida em sociedade, na medida em que enseja o crescimento exponencial de clandestinos, os quais inevitavelmente tendem a de fato associarem-se a atividades ilegais, por ser essa a única opção realmente viável de sobrevivência.

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 241.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 201.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 201.

Não à toa, nos países economicamente relevantes, tem se desenvolvido em níveis altamente eficientes as chamadas máfias vinculadas a identidades étnico-culturais. Evidentemente, o quadro de repressão implacável a que são submetidos os imigrantes faz com que estes, sobretudo de comum nacionalidade, busquem ajudar-se mutuamente em vista das situações de dificuldades extremas e, como o estado inviabiliza qualquer organização da sua parte em âmbito formal, negando-lhes acesso aos direitos fundamentais mais básicos, florescem os negócios ilegais com justificada naturalidade³².

Assim, o quadro de ascensão de regimes extremistas, em especial na Europa, tem pervertido a sua própria identidade. Logo este continente, que há algumas décadas era referência de progresso social e respeito aos direitos constitucionais dos seus cidadãos, agora resta contaminado pelos velhos egoísmos nacionais e a xenofobia, que fizeram emergir, num passado relativamente recente, os regimes nazifascistas aos quais ao menos em tese foi dito um sonoro nunca mais no período pós-guerra.

É necessário, pois, o resgate do quanto teorizado séculos atrás por baluartes do liberalismo clássico, no concernente ao *ius migrandi* enquanto realidade jurídico-social, não se restringindo este a pessoas que por eventualidade estejam fugindo de países em situação de guerra declarada e perseguições políticas. Aquele que pretende se afastar da miséria reinante em seu território de origem deve ter reconhecido o próprio direito à sobrevivência, como um corolário do princípio da igualdade, aclamado como uma das mais básicas prerrogativas inerentes à condição do cidadão³³.

Considerando o caminho adotado pelas diretrizes político-econômicas prestigiadas no mundo ocidental atual, a única e efetiva solução, com vistas à reversão da incessante marcha planetária rumo ao abismo das guerras, fome e degradação irreversível do meio ambiente, reside num constitucionalismo de apelo planetário, a partir do qual se institua um conceito de cidadania universal, que inclusive resta inicialmente teorizado pelas convenções internacionais das quais são signatários diversos estados nacionais, alguns deles hoje trilhando o caminho inverso ao que se propuseram³⁴.

Somente com o amplo reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais sob um prisma de universalização, ou seja, à disposição de todas as pessoas do planeta, será possível conceber um princípio da igualdade com aplicabilidade

³² FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 202.

³³ REDIN, Giuliana. Direito humano de imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Direitos emergentes na sociedade global: programa de pós-graduação em Direito na UFSM*. Santa Maria: UFSM, 2016. p. 17.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 203.

plena, em resgate à dignidade que inegavelmente todo o ser humano possui, apenas pelo fato de estar nessa condição. Engana-se quem entende a política de fechamento de fronteiras e expulsão dos imigrantes como a mais adequada para manter as democracias ocidentais livres de problemas sociais que se julga erroneamente não lhe pertencerem. Um futuro de paz não reclama atos repressivos, pois, o fenômeno migratório é algo não se pode conter, tendo em vista a grave problemática social vinculada ao adoecimento planetário, sobretudo sob o espectro moral³⁵.

Por óbvio, o sistema capitalista, como concebido na atualidade, corre sério risco a médio/longo prazo, na medida em que os níveis de pobreza e concentração de renda sob a batuta dos mais ricos cresce exponencialmente a cada curto período de tempo, o que é nocivo à nível estrutural e pode levar o mundo a uma regressão a patamares civilizatórios inclusive inferiores aos vigentes quando ainda inexistia a figura do estado como vetor de organização política³⁶.

Apresenta-se a proposta de um constitucionalismo de natureza global, baseado no princípio da igualdade material, inclusive já previsto ao menos em parte em cartas internacionais de direitos, como alternativa crível a um provável futuro caótico, marcado por fundamentalismos e racismos. Nesse contexto, urge redesenhar os espaços de direito e política, ampliando-os a patamares de transnacionalidade, afinal, o fenômeno migratório tem descortinado graves problemas advenientes de um sistema baseado em limitações fronteiriças estatais para as pessoas e total liberdade para a circulação de bens e capitais³⁷.

Observa-se, em tempos atuais, um protagonismo absoluto dado ao capital financeiro, que, a partir dos seus manipuladores anônimos e mercados, cuja atuação não conhece limites, incursiona uma danosa substituição das soberanias dos estados nacionais. No que tange à esfera econômica, é imperativo o estabelecimento de um constitucionalismo da globalização, e tal resolução, extremamente complexa e utópica para os padrões presentes, reclama uma refundação profunda do que nesse momento se conhece por direito e democracia, e deve pugnar pelo inexorável respeito aos direitos humanos igualmente, a começar pelo de livre circulação por todo o planeta³⁸.

Os imigrantes em verdade são, para Ferrajoli, sujeitos constituintes de uma nova ordem mundial, ao promoverem a humanidade como um pleno sujeito de direitos e ao trazerem à tona debates de vital importância para o futuro do planeta e para a nossa condição de seres civilizados e solidários. O fazem expondo

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 204.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris 2: teoria de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011. p. 240.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 205.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 205.

as imensas desigualdades materiais que os impulsionam a deixarem os seus países de origem, trazendo à baila a complexidade da rede de diferentes identidades que o ser humano carrega em si, bem como por escancararem ao mundo a crueldade levada a cabo por muitos estados nacionais, no sentido de instituírem hierarquias entre seres humanos, algo que, nada obstante não seja novidade na história, adquire novamente grande protagonismo.

São justamente os horrores do nosso tempo, marcado pela desumanização da figura do imigrante, que farão dele o constituinte de um novo nunca mais, como aquele invocado contra os nefastos efeitos advindos das guerras mundiais havidas no século XX. Nessa perspectiva, é de se afirmar o *ius migrandi*, na condição de nobilíssimo direito universal a ter direitos, como um legítimo poder constituinte responsável pela instituição de uma ordem nova, fundada no princípio basilar de todos os estados de direito, o da igualdade³⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tradicionais soberanias nacionais têm se revelado absolutamente incapazes de lidar com as crescentes desigualdades sociais e tensões de natureza étnica, política e religiosa cristalizadas no seio das sociedades ocidentais ao longo dos últimos anos. E isto não apenas porque referidos conflitos, em si, mostram-se deveras complexos e insusceptíveis de resolução por vias banais, mas porque o mundo, além de tomado pela onipotência do capital financeiro, vê ressurgirem os extremismos ideológicos e o fomento às tão danosas subjetividades violentas, associadas ao racismo e à xenofobia.

As migrações em massa provêm quase que completamente dos países historicamente pilhados pelos predatórios interesses econômicos, tanto nos séculos anteriores, por meio do fenômeno colonizador, quanto atualmente, pelo ideário neoliberal, cuja estratégia reside na cooptação e domínio dos poderes políticos dos estados nacionais, tornando-os reféns das variáveis econômicas, que ignoram por completo o bem estar do ser humano e o espectro de direitos fundamentais derivado, em última instância, do princípio absoluto (ao menos deveria ser) da igualdade.

O *ius migrandi*, direito natural assim teorizado por pensadores liberais expressivos, que serviu aos interesses das grandes potências em épocas pretéritas, hoje resta providencialmente desacreditado e mitigado moral/legalmente, sob alegação de autoproteção contra os estrangeiros, artificialmente descritos como selvagens invasores, cujo acolhimento poderá ocasionar derrocada do modo de vida ocidental. Por óbvio, tal discurso, além de desumano e cruel, consubstancia-

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 206.

-se numa falácia diuturnamente sustentada por grupos políticos extremistas, que conscientemente ignoram as diretrizes básicas das cartas constitucionais garantistas e concorrem para a instituição da cultura do pavor.

Apregoa-se o aniquilamento dos que supostamente vieram para destruir um padrão ocidental talhado a duras e longas penas, ainda que para tal seja necessário desumanizar e impor aos imigrantes a pecha de não pessoas e ameaças inexoravelmente criminosas, daí o direito penal atender à manipulação de agentes políticos, que introjetam nas massas a sofisticada ideia de autodefesa sócio estatal em face dos invasores, perpetuando-se o ilegal/imoral ciclo caracterizado pela fabricação e punição dos sujeitos marginais.

A migração decorre do modo de vida predatório adotado no ocidente, marcado pela destruição do meio ambiente, o patrocínio de guerras desarrazoadas e a busca pela geração de riqueza sem limite. Todos, sem exceção, devem ter o direito à sobrevivência, posto que são dignos e, nesta condição, em tese gozam da prerrogativa de uma cidadania universal, afinal, além de o vir ao mundo ser ato involuntário, se os países não desenvolvidos se encontram imersos em colapso político-social, tal realidade sem dúvida está associada também às marcas de um passado de colonização implacável.

Assim, o imigrante, em sua justificada vontade de manter-se vivo, o que em verdade é direito, representa um novo poder constituinte supranacional, a utopia de se verem superadas as divergências étnicas, religiosas, econômicas e sociais, sob uma perspectiva segundo a qual os seres humanos sejam cidadãos do mundo, à luz de um constitucionalismo global que, embora atualmente improvável, se apresenta como a única saída efetiva para o futuro de devastação que se avizinha.

REFERÊNCIAS

- BASSO, Paolo. *Razzismo di stato*: Stati Uniti, Europa, Itália. Milão: Franco Angeli, 2010.
- BLAKE, Michael. Immigration. In: WELLMAN, Christopher Heath; FREYREY, Raymond. *A companion to applied ethics*. Oxford: Blackwell, 2005.
- CARENS, Joseph. *The ethics of immigration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DAL LAGO, Alessandro. *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*. Milão: Feltrinelli, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: ICE, 2000.
- GOMES, Laurentino. *Escravidão*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989.
- _____. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.
- _____. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985.

- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.
- _____. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Trotta, 2019.
- MILLER, David. *Is there a human right to immigrate?* Oxford: Oxford University, 2016.
- _____. *Principia iuris 2: teoria de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- RAMÍREZ, Federico Arcos. ¿Existe um derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 43, p. 285-312, 2020.
- REDIN, Giuliana. Direito Humano de imigrar e os desafios para construção de uma política nacional para imigrantes e refugiados. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. *Direitos emergentes na sociedade global*. Santa Maria: UFSM, 2016.
- SOUZA, Cláudia Moraes de. Deslocamentos contemporâneos e tráfico de pessoas em cidades globais: dilemas, ações e soluções. In: SCACCHETTI, Daniela Muscari et al (org.). *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Brasília: SNJ/ICMPD, 2013.
- SUTCLIFF, Bob. *Nacido en otra parte: un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*. Bilbao: Hegoa, 1998.
- TRAUMANN, Andrew Patrick; MENDES, Fernanda Celli Correa. A partilha da África e o holocausto que o mundo não reconheceu. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*. Curitiba, v. 1, n. 20, p. 253-274, 2015.

Data de recebimento: 14/09/2020

Data de aprovação: 23/12/2020

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO HUMORÍSTICA
EM ANO ELEITORAL:
UMA ANÁLISE DO VOTO RELATOR DA AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.451
A PARTIR DO DIREITO CONTADO COMO UM
ROMANCE EM CADEIA DE RONALD DWORKIN**

**FREEDOM OF HUMORISTIC EXPRESSION
IN AN ELECTION YEAR:
AN ANALYSIS OF THE PRESIDING JUDGE'S VOTE
ON THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY LAWSUIT
N. 4.451 BASED ON THE LAW TOLD IN A PRISON
NOVEL BY RONALD DWORKIN**

*Luiz Gonzaga Silva Adolfo**
*Júlia Schroeder Bald Klein***

RESUMO

A relevância da liberdade de manifestação do pensamento no período que antecede o pleito eleitoral no Brasil é o sustentáculo do presente estudo. A problemática que norteia esta pesquisa é: como o Relator Ministro Alexandre de Moraes proferiu seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451, a partir da teoria do Direito como integridade de Ronald

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Linha de pesquisa: Constitucionalismo Contemporâneo. Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação. Advogado. E-mail: adolfo@unisc.br. Telefone: (51) 999727800.

** Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Linha de pesquisa: Constitucionalismo Contemporâneo. Membro do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. E-mail: juliasbald@gmail.com. Telefone: (51) 996391021.

Dworkin? Para responder esse problema, o trabalho é demarcado por três momentos: no primeiro, analisa-se o direito fundamental à liberdade de expressão humorística no âmbito da sociedade contemporânea; no segundo, são feitas considerações acerca da interpretação jurídica e literária a partir do pensamento de Dworkin; e, ao final, demonstra-se como o Relator aplicou os ensinamentos do jusfilósofo para chegar à melhor solução no caso concreto. Por fim, conclui-se que o Direito é um exercício interpretativo constante e que decidir casos difíceis configura-se como um exercício jurídico e, também, literário.

Palavras-chave: Casos difíceis. Eleições. Humor. Interpretação. Liberdade de expressão.

ABSTRACT

The relevance of the freedom to express one's thoughts in the time preceding elections in Brazil is the focus of this study. The issue guiding this research is how the Presiding Judge Minister Alexandre de Moraes announced his vote on the Direct Unconstitutionality Lawsuit n. 4.451 based on the theory of Law as integrity by Ronald Dworkin. To address this issue, this work is divided into three phases: firstly, the fundamental right to freedom to humoristic expression is analyzed in the scope of contemporary society; secondly, comments are made about the legal and literary interpretations based on Dworkin's thinking; and finally, it is shown how the Presiding Judge applied the teachings of the legal philosopher to reach the best solution for this concrete case. The conclusion is that Law is a constant interpretation exercise and that making decisions in difficult cases becomes a legal and also a literary exercise.

Keywords: Difficult cases. Elections. Humor. Interpretation. Freedom of expression.

INTRODUÇÃO

A chegada de mais um pleito eleitoral reascende o debate de direitos, deveres, garantias e limites constitucionais e legais acerca da liberdade de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística e científica. São livres a expressão individual e a informação jornalística, tuteladas pela Constituição Federal de 1988. A censura prévia é expressamente vedada no rol dos direitos e garantias fundamentais constantes do artigo 5º.

O tema a ser analisado envolve o complexo fenômeno do controle dos meios de comunicação na Sociedade da Informação, sob o prisma da Carta Magna e dos valores consagrados e protegidos por ela. O presente artigo procura responder à seguinte problemática: como o Ministro Relator Alexandre de Moraes proferiu seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.451 referente à liberdade de expressão humorística em período eleitoral, a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin?

Assim, primeiramente são feitas considerações acerca da liberdade de expressão humorística na sociedade moderna, sopesando-se que a informação, embora jocosa, é fundamental para o exercício da cidadania em um Estado Democrático de Direito. Observa-se que as mídias detêm poder influenciador na formação da opinião pública, merecendo ser tutelada sua liberdade nas mais variadas formas e meios de comunicação.

Em um segundo momento, é analisada a teoria do direito como integridade do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, mormente no que tange ao chamado “romance em cadeia”. Deparando-se com casos difíceis, o jurista deve solucionar a demanda por meio da lei escrita e, na sua omissão, recorrer aos princípios.

Por último, o estudo concatena os fundamentos apresentados pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes da ADI n. 4.451 com a obra de Ronald Dworkin, demonstrando-se que o exercício do Direito exige uma atividade interpretativa constante e que a decisão judicial equipara-se, de certa forma, a um exercício literário, em que cada magistrado interpreta decisões anteriores para alcançar a melhor solução no caso concreto.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO HUMORÍSTICA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A Constituição brasileira de 1824, em seu artigo 179, inciso IV¹, previa a liberdade de expressão, sem dependência de censura. Por sua vez, a Carta fundamental de 1934, promulgada por Getúlio Vargas, introduziu expressamente a possibilidade de censura prévia aos espetáculos e diversões públicas, conforme disposição do artigo 113, n. 9². Essa permissividade da censura perdurou nas Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, ao passo que somente veio a findar com a vigência da atual Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso IX, trouxe a seguinte redação: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, *independentemente de censura ou licença*”³.

¹ “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar” (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 26/06/2020).

² “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social” (BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 26/06/2020).

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/07/2020 (grifo nosso).

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como condição prévia de sua veiculação”⁴. Censurar é controlar moralmente ou politicamente opiniões, teorias e obras artísticas, científicas, intelectuais ou comunicativas. Há diferença entre censura e controle, tendo em vista que esse último consiste na verificação do cumprimento das garantias constitucionais e legislativas do devido processo legal. A censura, por sua vez, traz consigo a marca da indiscutibilidade, não assegurando o respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da recorribilidade.

Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi⁵.

Na República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é instrumento essencial para a democracia e a imposição de licença ou censura prévia não condiz com seus fundamentos. A soberania popular, exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, constrói-se por meio da diversidade de opiniões e da ampla liberdade para toda e qualquer escolha. O desenvolvimento de cada ser humano, seja sob sua perspectiva individual ou perante a coletividade, perpassa pela autonomia de exercer sua própria dignidade, desde que sua conduta não prejudique interesses de outrem.

Concernente à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação veiculada nos meios de comunicação, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988 também garante a não restrição, independentemente da forma, processo ou veículo. Nota-se que a Constituição reservou um capítulo especial à imprensa, o Capítulo V do Título VIII, reconhecendo uma dimensão de “instituição-ideia” que detém o poder de influenciar cada pessoa na formação de opinião pública.

Atualmente, a televisão aberta, ao lado das redes sociais, figura como formadora de posicionamentos e desempenha papel especial na construção da identidade dos eleitores brasileiros. Segundo dados da última pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizada no ano de 2017, somente em 3,3% dos domicílios particulares permanentes do país não havia televisão, ao passo que a utilização da Internet era de 74,9% dos domicílios

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I, p. 347.

⁵ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 345-346.

brasileiros⁶. Logo, a análise demonstra que a televisão é o meio midiático dominante no Brasil.

Um novo modelo de sociedade surgiu com os novos equipamentos e avanços dos meios de telecomunicação e informação. A informação e a comunicação estão no centro da base estrutural desse novo tipo de sociedade, denominada de “Sociedade da Informação”, termo cunhado no final do século XX. Nessa moderna morfologia social, a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento constitui bem de valor imensurável, indispensável para o desenvolvimento social e cultural de uma nação.

Não obstante, a notabilidade da terminologia “Sociedade da Informação”, José de Oliveira Ascensão entende que o termo não se enquadra como um conceito técnico, mas sim um trivial *slogan*. Segundo o autor, a denominação correta seria “Sociedade da Comunicação”, pois o que se estimula entre as pessoas é a comunicação, e não a informação propriamente dita, tendo em vista que essa última não se qualifica em toda e qualquer troca de mensagens⁷.

Conquanto existam críticas na nomenclatura, é incontestável que a informação alcançou *status* de elemento estratégico na evolução social. O bem mais valioso na contemporaneidade é a informação. Hoje em dia, a informação circula sem obstáculos para os mais variados destinos e detém capacidade determinante sobre o comportamento dos cidadãos. “A informação é tomada em sentido lato, de maneira a abranger qualquer conteúdo das telecomunicações”⁸.

O exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento detém proteção constitucional. O respeito a tais prerrogativas insere-se nos mais variados modos de manifestação do pensamento: falas, escritas, pinturas, desenhos, imagens computadorizadas, músicas, filmes, bem como nas sátiras. Não é apenas a liberdade de expressão transmitida de forma circumspecta que detém proteção constitucional. As manifestações humorísticas de liberdade do pensamento também estão englobadas sob o manto estabelecido pelo constituinte.

O humor, para ser compreendido, exige do receptor da mensagem o domínio da linguística e a capacidade de contextualização. Por vezes, a jocosidade nos meios de comunicação pode ser vista com liberdade absoluta, por outras vezes, é apreciada com ressalvas por macular a imagem e a honra de outrem.

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD*. Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal – 2017. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 02/07/2020.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 62.

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 22, p. 161-182, 1º sem. 2002. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/22/revista22%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/22/revista22%20(10).pdf). Acesso em: 05/07/2020, p. 167.

Inobstante os posicionamentos acerca do humor, não se pode negar que a comicidade sempre existiu: da Antiguidade aos tempos atuais. O que mudou com o decorrer dos anos e as evoluções sociais foram os objetos e os sujeitos sobre os quais versam o humor. No entanto, a motivação do riso manteve durante todos os séculos um ponto em comum: de criticar o poder. O humor, dessa forma, consubstancia-se, igualmente, em crítica⁹. Destarte, o humor não tem apenas a finalidade de fazer rir, mas, igualmente, enseja levar o receptor de sua transmissão à reflexão.

A informação é fundamental para o exercício da cidadania. Seja para trazer conhecimento, expressar diferentes opiniões, bem como para fomentar a participação e o debate da sociedade na política. As mídias propiciam novo sentido à democracia, descentralizando-a e aproximando-a dos eleitores. Os meios de comunicação são protagonistas do amadurecimento da sociedade como uma nação livre para eleger os candidatos que irão governar os entes federativos.

Segundo Massimo Di Felice¹⁰, foi na segunda metade do século XX que a mídia passou a atrair a atenção sobre temáticas e acontecimentos que se tornaram objeto de discussão e de posicionamentos. Posteriormente, a mídia exerceu o papel de mensageira da opinião pública, expandindo orientações e direções como se fossem coletivas ou gerais. Por conseguinte, observou-se que a comunicação midiática detém duplo papel: de criadora e, igualmente, de veículo de propagação das opiniões, refletindo e articulando conteúdos concomitantemente.

A mídia deixou de ser apenas mero meio de transmissão de informação, para influenciar nas relações pessoais, sociais e governamentais. O poder de influência de uma transmissão pela televisão, rádio ou mídia social é grande e pode trazer efeitos diversos. Dessa forma, livre manifestação e expressão de ideias, pensamentos e convicções não deve ser tolhida pelo Estado. Compete à sociedade fazer a análise crítica e consciente do que lhe está sendo transmitido. É imperiosa a liberdade de manifestar e expressar opiniões heterogêneas. A democracia só se concretiza quando há equilíbrio entre o transmitir e o receber informação. A construção da cidadania perpassa os espaços de comunicação.

Todavia, sabe-se que há limites para a liberdade de expressão. Não é possível ferir direitos fundamentais e direitos da personalidade, tal como a imagem e a honra. O que deve prevalecer é o debate franco de ideais a fim de que a verdade e a democracia prevaleçam. Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, Relator da ADI n. 4.451, ementou o seguinte:

⁹ MINOIS, Georges. *História do riso e do escárnio*. São Paulo: UNESP, 2003. p. 170-173.

¹⁰ DI FELICE, Massimo. Das tecnologias da democracia para as tecnologias da colaboração. In: DI FELICE, Massimo (org.). *Do público para as redes: a comunicação digital e as novas formas de participação social*. São Caetano do Sul: Difusão, 2008. p. 17-61.

[...] 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. [...]. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. [...]¹¹.

Logo, há estreita relação de interdependência entre a mídia, a liberdade de expressão e o livre exercício de direitos por parte dos cidadãos. Programas humorísticos, ao lado de noticiários, compõem as atividades da imprensa e gozam de plena proteção constitucional. O exercício da liberdade de expressão por meio do humor é assegurado em sua plenitude, ainda que em tom sarcástico, irônico, áspero ou irreverente. O processo eleitoral não pode ser visto como um estado de sítio.

O DIREITO COMO INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E LITERÁRIA DE RONALD DWORKIN

Diferentemente das concepções sistematizadas de Hans Kelsen e de Herbert Hart, o jusfilósofo pós-positivista norte-americano Ronald Dworkin, desenvolveu seu pensamento jurídico baseado na integridade do Direito, articulado em uma árdua crítica ao positivismo jurídico e ao utilitarismo. O cerne da teoria interpretativa desenvolvida por Dworkin é a decisão judicial, transcendendo as categorias de escalonamento normativo e abrangendo, também, princípios morais¹².

Dworkin ataca a margem da discricionariedade das decisões judiciais, com a finalidade de incorporar ao Direito questões principiológicas e axiomáticas. Para ele, a justiça e a integridade prevalecem, por diversas vezes, sobre a norma

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em: 27/06/2020. p. 1-2.

¹² BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. *Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo*. Santa Cruz do Sul/RS: Essere nel Mondo, 2014. p. 88.

escrita, admitindo-se uma valorização da moral. Nos “casos difíceis” (*hard cases*), a solução deve ser buscada na lei escrita e, na sua omissão, a liberdade dos julgadores deve estar necessariamente vinculada a princípios¹³.

Assim, positivistas creem que as proposições jurídicas são fragmentos históricos que somente podem ser consideradas verdadeiras se ocorrer algum evento, a exemplo da elaboração de uma lei. Trata-se de uma tese utilizada para casos de simples solução. Todavia, em cenários mais complexos, a interação entre as normas jurídicas não se mostra suficiente, tendo em vista que o Direito deve ser uma forma de atacar a margem da discricionariedade dos magistrados.

Logo, a interpretação que compete aos magistrados na solução de litígios não deve ser circunscrita ao valor da proposição jurídica ou à vontade do intérprete. Faz-se necessário formular uma interpretação que seja mais inclusiva. Nesse compasso, ao realizar a atividade interpretativa, Dworkin sugere que os juristas comparem as interpretações jurídica e literária a fim de se chegar a uma resposta adequada. Aventa a chamada “hipótese estética”, em que a interpretação de uma obra literária intenta apresentar qual modo de leitura se evidencia como a melhor obra de arte¹⁴.

Ao jurista é facultado valer-se de algumas bases utilizadas pela literatura no exercício interpretativo do Direito. “[...] uma interpretação de uma obra literária tenta mostrar qual modo de leitura (fala, direção ou atuação) o texto revela como a melhor obra de arte”¹⁵. Busca-se a interpretação que mais valorize aquela obra. Preza-se, na interpretação, por revelar a melhor obra de arte que aquela obra de arte possa ser.

Embora aparenta ser uma tese fraca, relativista e trivial, a “hipótese estética” constitui uma alternativa positiva para os problemas de interpretação. A principal análise da “hipótese estética” versa acerca do seu poder explanatório, mormente do seu poder crítico. Segundo Dworkin, a intenção do autor da obra relaciona-se à crença interpretativa cuja integridade se transforma com o decorrer dos tempos. É possível que a intenção anteriormente manifestada seja modificada a partir de novas conclusões com base em juízos estéticos. A obra de arte de cada autor demonstra claramente seu intento¹⁶.

¹³ BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues, *op. cit.*, p. 111; 179.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkewski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010. p. 14-41.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkewski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010. p. 18.

¹⁶ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 24-29.

A interpretação da obra dar-se-á conforme as suas bases teóricas, em como será influenciada pela opinião pessoal de quem a interpreta. Destarte, os melhores julgadores são aqueles que possuem uma visão panorâmica do todo, sem aceitar apenas uma única função ou somente um objetivo da literatura. A atividade interpretativa envolve diferentes concepções. A integridade da obra deve ser respeitada na interpretação dessa mesma obra. O conjunto deve ser sopesado, não se podendo desprezar proposições anteriores. Logo, a teoria de interpretação e a teoria da arte são recíprocas, reforçando-se mutuamente¹⁷.

Nesse diapasão, Dworkin apresenta o Direito contado como um “romance em cadeia”. Para tanto, toma como exemplo um grupo de romancistas que irá escrever determinada obra. Um primeiro grupo elabora o capítulo inicial do romance, que encaminha para o próximo grupo, o qual irá acrescentar um segundo capítulo com base no anterior, e assim sucessivamente. Os grupos posteriores não irão iniciar o romance do zero, fazendo-se necessária a interpretação e a criação com base em uma leitura do que já foi realizado¹⁸.

Portanto, os escritores do romance devem estar comprometidos em termos de interpretação a fim de que haja coerência nos capítulos. A hipótese de que a obra descambe para um mau romance ou para romance nenhum é rechaçada por Dworkin exemplificando que as anedotas contadas de forma diferente a cada vez, por pessoas diferentes, sempre detêm o intuito de divertir e acabam, de uma forma ou de outra, alcançando o êxito de fazer graça.

Uma piada, por exemplo, pode ser a mesma piada ainda que contada de uma variedade de formas (...); uma interpretação de uma piada escolherá uma maneira particular para colocá-la, e esta pode ser inteiramente original, a fim de tirar seu objetivo real ou porque é realmente divertida). (...) Um estilo interpretativo também será sensível às opiniões do intérprete sobre coerência ou integridade na arte¹⁹.

Desse modo, o jusfilósofo norte-americano sustenta que decidir casos difíceis no Direito equipara-se a um exercício literário. Cada magistrado assemelha-se a um romancista na cadeia de autores. É essencial a leitura das decisões anteriores para compreender o que escreveram e sobre o que fizeram de forma coletiva. O juiz deve ler o que outros juízes escreveram no passado não simplesmente para descobrir o que exararam, mas, igualmente, para formar opinião sobre o romance coletivo até então escrito.

¹⁷ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkewski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010. p. 19-20.

O juiz, ao julgar um novo caso, deve interpretar à luz de casos similares antecedentes para que o novo posicionamento não seja alvo de fracasso e insegurança jurídica. Cada decisão consiste em um exercício da melhor leitura da cadeia de decisões existentes.

Cada juiz precisa se observar, ao decidir o novo caso diante de si, como um sócio em uma complexa rede de empresas da qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; e seu trabalho dar continuidade a essa história no futuro por meio do que faz no presente²⁰.

Contudo, a descrição geral de interpretação do Direito não pode servir de salvo-conduto para que o juiz, revisando a história jurídica, invente uma história melhor. O dever do juiz é de interpretar a história jurídica que ele encontra. Ademais, não há uma fórmula matemática para se encontrar qual a interpretação que melhor se coaduna com a história. Por essa razão, o intérprete deve se valer da Constituição, das leis e dos princípios para desempenhar sua função dentro da história. Nessa toada, cabe ao magistrado escolher – sob o prisma político – qual a interpretação mais adequada.

Dessa forma, para Dworkin, o Direito é um exercício interpretativo constante e, também, profunda e inteiramente político. O reconhecimento de que Direito, política e arte estão ligados de alguma forma. Há um entrelaçamento entre a política, as teorias da interpretação da arte e as decisões judiciais. Em todas elas evidencia-se um romance em cadeia.

O DIREITO COMO INTEGRIDADE NO VOTO RELATOR DA ADI N. 4.451

A interpretação do Direito como um romance em cadeia trazidas por Ronald Dworkin foram aplicadas no voto do Ministro Alexandre de Moraes, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.451, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 21 de junho de 2018. A mencionada ação questionava a validade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei n. 9.504/1997, bem como, por arrastamento, os parágrafos 4º e 5º do mesmo dispositivo²¹.

²⁰ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 32.

²¹ Art. 45.º Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário:

(...)

II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

(...)

O cerne da ADI versava acerca da vedação legal às emissoras de rádio e de televisão, a partir da data de 1º de julho²² de cada ano eleitoral, de veicularem em sua programação normal “trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo” que tivesse por objeto candidatos, partidos e coligações partidárias.

A referida ação foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) em 24 de agosto de 2010, com o objetivo de impugnar determinados dispositivos da Lei das Eleições. De acordo com a requerente ABERT, as proibições impostas às emissoras de rádio e de televisão durante o período eleitoral não são compatíveis com a sistemática constitucional das liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. A requerente defendeu, ainda, que as limitações ao funcionamento dos programas de rádio e de televisão durante o período eleitoral inviabilizam o exercício do direito fundamental à informação.

O pedido liminar da ação foi deferido, em parte, dois dias após o protocolo da ADI no STF. Contudo, o julgamento do mérito somente foi retomado oito anos após, em 2018, quando a medida liminar concedida foi confirmada. Na ocasião do julgamento em Plenário, o STF decidiu, por unanimidade, pela procedência dos pedidos a fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 45, incisos II e III da Lei 9.504/1997, assim como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

Observa-se que o núcleo da ação em comento é a sensível questão da liberdade de expressão nos meios de comunicação social, especificamente acerca das sátiras no contexto do processo eleitoral. Seguindo os ditames apresentados por Ronald Dworkin, em alusão ao “romance em cadeia”, o Ministro Alexandre de Moraes primeiramente identificou e arrolou o direito posto. Em uma segunda etapa, analisou qual conjunto de princípios poderia conferir uma interpretação melhor. Por fim, em um terceiro passo, identificou qual a melhor justificativa para a tomada de sua decisão, trazendo fundamentos.

Tangente à primeira etapa, o Ministro Alexandre de Moraes identificou o direito posto no caso concreto. Embasando a procedência da ADI n. 4.451, trouxe

§ 4º Entende-se por trucagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

§ 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação.

²² No ano de 2020, destaca-se que o calendário eleitoral está alterado em razão da pandemia do Covid-19, ao passo que as eleições municipais ocorrerão nas datas de 15 e 29 de novembro, consoante a Emenda Constitucional n. 107 (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 107, de 2 de julho de 2020*. Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos. Brasília/DF, 3 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc107.htm. Acesso em: 13/07/2020).

os princípios da liberdade de manifestação do pensamento, do direito ao amplo acesso à informação e da plena liberdade de exercício da atividade jornalística. Reconheceu, ainda, a limitação de tais direitos e defendeu a proteção da honra e da dignidade dos agentes políticos, bem como a preocupação com riscos decorrentes da captura da comunicação social, serviço de grande interesse da sociedade. Referiu que o constituinte atribuiu regime jurídico especial ao exercício da comunicação, ao vedar a formação de monopólios e oligopólios e ao restringir sua propriedade a brasileiros natos. Nesse sentido, foram apontados, sobretudo, os incisos IV²³, IX²⁴ e XIV²⁵ do artigo 5º e o artigo 220²⁶ da Constituição Federal de 1988.

Com relação à segunda etapa, em que se verifica o conjunto de princípios que poderia conferir uma interpretação melhor, o Ministro Alexandre de Moraes trouxe o conflito entre a liberdade de expressão *versus* a proteção da honra dos candidatos em disputa eleitoral. Ambos os direitos estão tutelados constitucionalmente, enquadrando-se o litígio como um caso de difícil solução (*hard case*).

Já a terceira e última etapa apresentada por Dworkin e exposta no voto do Ministro Alexandre de Moraes, é a que exterioriza justificativas para a tomada da decisão. Dworkin²⁷ questiona como proceder diante de nenhuma resposta inequívoca sobre uma questão jurídica em casos controversos. Os conceitos jurídicos válidos em determinada situação são chamados de “dispositivos” e ao reconhecer-lhes, os juristas fazem uso da “tese da bivalência”, isto é, devem ser consideradas verdadeiras tanto a asserção positiva, como a asserção oposta.

Há uma indeterminação na tese de alguns casos do Direito, os quais não possuem nenhuma resposta correta. Há duas versões para a tese, sendo que se distinguem conforme o argumento que cada uma aponta. A diferença entre ambas as versões, sob a tutela da tese da bivalência, consiste no fato de que se a primeira proposição for verdadeira, a segunda é falsa e vice-versa²⁸.

Na ADI n. 4.451, a bivalência dividia-se entre os dispositivos impugnados classificarem-se como constitucionais ou inconstitucionais. A constitucionalidade

²³ IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

²⁴ IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

²⁵ XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

²⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (...).

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 175-178.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 179-180.

dade conservava-se na medida em que eventuais anedotas ultrapassavam a mera sátira e acabavam por agredir a honra e a imagem de candidatos políticos. Já a inconstitucionalidade estava fundamentada na violação das liberdades de expressão, da informação e da crítica. A fim de se chegar à resposta correta, o Ministro Relator trouxe seis argumentos de forma encadeada.

O primeiro deles foi a integridade e a vinculação entre institutos jurídicos. O Ministro Alexandre de Moraes assentou que o direito à informação, conferido individualmente ao cidadão implica, simultaneamente, no reconhecimento da liberdade dos agentes da comunicação social, quais sejam aqueles que exercem a atividade de rádio, televisão e demais veículos de imprensa.

O segundo argumento apresentado foi o duplo aspecto da liberdade de expressão. O aspecto positivo é aquele que dispõe que o cidadão pode se manifestar como bem entender. Tal concepção permite posterior responsabilidade cível e criminal pelo conteúdo difundido, além da previsão do direito de resposta. Já o aspecto negativo é aquele que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia. Nessa perspectiva, o Ministro aludiu que não há permissivo constitucional para restringir a liberdade de expressão no seu sentido negativo, isto é, não é possível limitar preventivamente o conteúdo do debate público em razão de uma conjectura sobre o efeito que certos conteúdos possam vir a ter sobre a audiência.

Uma terceira justificativa para a tomada de decisão do Ministro Relator foi a indispensabilidade da força do pensamento crítico ao regime democrático, demonstrando ser ilegítima a interferência estatal no direito individual de criticar.

A democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático²⁹.

Da mesma forma, inferiu-se que o debate eleitoral não ganharia em lisura ou legitimidade caso fossem vedadas as sátiras aos candidatos políticos nos meios de comunicação social. Não obstante, o Ministro Relator reconheceu que embora não se ignorem certos riscos que a comunicação de massa impõe ao processo eleitoral, a exemplo do fenômeno das *fake news*, revela-se constitucionalmente inidôneo e realisticamente falso assumir que o debate eleitoral, ao perder em liberdade e pluralidade de opiniões, ganharia em lisura ou legitimidade.

Ademais, como quinto argumento, defendeu que embora sejam feitas declarações errôneas na rádio e na televisão, elas estão sob a guarda da garantia

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em: 27/07/2020. p. 19.

constitucional. Consoante o Ministro Relator, o direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também àquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, assim como as que não são compartilhadas pelas maiorias.

Por fim, o sexto e último argumento trazido para se chegar à melhor justificativa da decisão foi o da possível responsabilização posterior dos agentes da comunicação pelas informações injuriosas, difamantes e mentirosas. A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações desabonatórias e desonrosas, assim como não obsta a indenização por eventuais danos morais e materiais.

Igualmente, a fim de robustecer sua decisão, o Ministro Alexandre de Moraes trouxe decisões anteriores de outras Cortes com a finalidade de auxiliar na obtenção da resposta correta, consoante o pensamento de Dworkin. A primeira delas foi o célebre caso *New York Times versus Sullivan*, em que a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu ser “dever do cidadão criticar tanto quanto é dever do agente público administrar”, pois, “em uma Democracia o cidadão, como governante, é o agente público mais importante”³⁰.

Outro precedente citado foi o caso *Abrams versus United States*, em que se defendeu a liberdade de expressão por meio do mercado livre das ideias (*free marketplace of ideas*). Nessa demanda, demonstrou-se a imprescindibilidade do embate livre entre diferentes opiniões, as quais poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou ignoradas; embora jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público.

Evocou, ainda, o julgado de outubro de 2009 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o qual dispõe que a liberdade de expressão constitui um dos pilares essenciais de qualquer sociedade democrática e configura-se como uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada ser humano. Utilizando-se do precedente da Corte Europeia, dispôs que a liberdade de expressão exercida por meio de sátiras encontra-se evidenciada como forma de expressão artística e de comentário social.

Percorrendo a lógica do “romance em cadeia” de Dworkin, o Ministro Alexandre de Moraes também destacou precedentes da própria Suprema Corte brasileira. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em apreço, reproduz com proficiência os ensinamentos do jusfilósofo americano ao interpretar e criar soluções com base em leituras de litígios já transitados em julgado.

³⁰ BRASIL, *op. cit.*, p. 16.

Nesse diapasão, o Ministro Relator recordou o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130, que entendeu pela incompatibilidade da Lei de Imprensa com a Constituição Federal de 1988, reproduzindo que “a crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada”³¹. Outrossim, reportou-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815, que tratou acerca da divulgação ou publicação de obras biográficas não autorizadas. A possibilidade de “censura prévia particular” restou afastada como forma de tutelar a liberdade de expressão.

(...) A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem³².

Por conseguinte, o Ministro Alexandre de Moraes deliberou que a liberdade de expressão está, tradicionalmente, vinculada à liberdade de discussão, à ampla participação política e ao princípio democrático. Da mesma forma, ponderou que a censura prévia desrespeita diretamente o princípio democrático e que o Poder Público tornar-se-ia mais corrupto e arbitrário com a extinção da liberdade política. Ressaltou, que os legisladores não possuem capacidade prévia de distinguir quais comentários políticos por parte impressa serão úteis e quais serão nocivos.

Por derradeiro, após o exercício interpretativo do Direito como integridade, o Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451 concluiu pela sua procedência a fim de não permitir a censura prévia dos meios de comunicação social durante o processo eleitoral pelo Poder Público. Declarou inconstitucionais, portanto, quaisquer leis ou atos normativos tendentes a constranger ou inibir a liberdade de expressão a partir de mecanismos de censura prévia. O voto, nos seus termos, foi acompanhado por unanimidade pelo Plenário da Suprema Corte brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é um exercício interpretativo constante. Decidir casos jurídicos difíceis assemelha-se a um exercício literário. Cada magistrado equipara-se a um romancista na cadeia de autores, necessitando interpretar decisões anteriores para chegar à

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em: 27/06/2020. p. 16.

³² BRASIL, *op. cit.*, p. 15.

melhor solução no caso concreto. Trata-se de relacionar o objeto interpretado com a prática na qual está inserido e conceder o maior valor possível no contexto daquela prática. Os critérios de interpretação, baseados na concatenação e na unidade sistêmica, evidenciam-se como elementos essenciais para a tomada de decisão.

Seguindo a lógica de Dworkin do “direito como integridade”, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou seu voto norteado pelos critérios da imparcialidade, justiça, devido processo legal, bem como sob a ótica de que casos semelhantes devem ser julgados de maneira parecida, ao colacionar julgados anteriores do próprio Tribunal e de outras Cortes. Segundo Dworkin, a exigência básica da integridade é o respeito e a consideração igualitárias.

Destarte, os julgamentos anteriores não podem ser desprezados, embora não possam ser utilizados consoante a vontade pessoal do magistrado. A interpretação do Direito exige senso de responsabilidade de seus julgadores, alinhados à coerência e à integridade jurídica. À luz da teoria de Dworkin, cada juiz atua como um escritor e um crítico: escreve adequando a nova realidade ao que já foi dito mas, concomitantemente, constrói um Direito para o caso concreto específico.

A interpretação do Direito não é permissiva para que cada magistrado, ao analisar a história doutrinária e jurisprudencial, encontre um ideal imaginário. Os juízes devem interpretar a história como realmente é, sem inventar uma melhor. Há limites para se interpretar. A escolha dos diversos sentidos de intenção é uma questão de teoria política. Por vezes, as decisões reconhecem explicitamente erros em julgados anteriores. A interpretação vincula-se à integridade e à coerência do Direito. Logo, os magistrados interpretam o Direito formando e aperfeiçoando uma teoria política.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo I.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. *Teoria do direito e discricionariedade*: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul/RS: Essere nel Mondo, 2014.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 26/06/2020.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 26/06/2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02/07/2020.

DI FELICE, Massimo. Das tecnologias da democracia para as tecnologias da colaboração. In: DI FELICE, Massimo (org.). *Do público para as redes: a comunicação digital e as novas formas de participação social*. São Caetano do Sul: Difusão, 2008. p. 17-61.

DWORKIN, Ronald. O direito como interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkewski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri/SP: Manole, 2010. p. 14-41.

_____. *Emenda Constitucional n. 107, de 2 de julho de 2020*. Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos. Brasília/DF, 3 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc107.htm. Acesso em: 13/07/2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD*. Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal – 2017. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 02/07/2020.

_____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília/DF, 1º de outubro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 27/06/2020.

MINOIS, Georges. *História do riso e do escárnio*. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. Sociedade da informação e mundo globalizado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 22, p. 161-182, 1º sem. 2002. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/22/revista22%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/22/revista22%20(10).pdf). Acesso em: 05/07/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA*. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas majorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>. Acesso em: 27/06/2020.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Data de recebimento: 15/09/2020

Data de aprovação: 27/10/2020

NÃO DEVOLUÇÃO: A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO À LUZ DO CASO ROHINGYA

NON REFOULEMENT: THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE IN THE ROHINGYA CASE

*Margareth Vetis Zaganelli**

*Douglas Luís Binda Filho***

*Júlia Chequer Feu Rosa****

*Letícia Pereira de Lemos*****

*Maria Carolina Müller Naegele******

RESUMO

O estudo tem por escopo compreender o desígnio que leva o povo Rohingya, perseguido em seu território de origem, a sair de Mianmar e a se deslocar para Bangladesh. Observa-se que as condições de vida desses indivíduos dentro dos campos de refugiados superlotados permanecem lúgubres, com a ocorrência de desnutrição endêmica, além de abuso físico e sexual. Por meio de pesquisa exploratória e levantamento bibliográfico e documental, debate-se a respeito das decisões atuais em Bangladesh, que revelam como solução o retorno dos refugiados, o que está em desacordo com o princípio da não devolução. Aponta-se que essa realidade pode ser transformada com um esforço diplomático com auxílio de mediadores internacionais, como a Organização dos Países Islâmicos e as

**** Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios pós-doutorais na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora dos Grupos de Pesquisa *Bioethik* e *Migrare* (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br. Contato: (27) 99960-0100.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa *Bioethik* e *Migrare*. E-mail: bindadouglas@gmail.com. Contato: (27) 99645-5099.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa *Bioethik* e *Migrare*. E-mail: juliacfr1@gmail.com. Contato: (27) 99624-8750.

*** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa *Bioethik* e *Migrare*. E-mail: leticiaplemons@hotmail.com. Contato: (27) 98125-4492.

***** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa *Bioethik* e *Migrare*. E-mail: mariacarolinaegele@gmail.com. Contato: (27) 99912-0520.

Nações Unidas, que promoveram o julgamento do governo birmanês pelo Tribunal de Haia e que buscam soluções para a resolução do impasse envolvendo esta minoria violentada.

Palavras-chave: Princípio da não devolução. Rohingya. Bangladesh. Mianmar. Direitos humanos.

ABSTRACT

The study aims to acknowledge the purpose which leads the Rohingya people, persecuted in their home territory, to leave Myanmar and move to Bangladesh. It is observed that the life conditions inside the overcrowded refugee camps remain dismal, with the occurrence of endemic malnutrition, in addition to physical and sexual abuse. Through exploratory research and bibliographic and documentary survey, the study analyses the current decisions in Bangladesh, which reveal the return of the refugees as a solution, which is at variance with the *non refoulement* principle. It is pointed out that this reality can be transformed with a diplomatic effort with the aid of international mediators, such as the Organization of Islamic Countries and the United Nations, who promoted the Burmese government's judgment by The Hague Court and who seek solutions to resolve the impasse involving this violated minority.

Keywords: Principle of *non refoulement*. Rohingya. Bangladesh. Myanmar. Human rights.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a história da humanidade é marcada pela movimentação de indivíduos e pelo desbravamento de territórios, e, ainda que não seja tão simples a constatação dessa impermanência, pode-se dizer que o movimento é intrínseco ao ser humano. Por tal razão, com o passar dos anos, o direito internacional atentou-se para os processos migratórios e identificou a necessidade de tutelar e de esclarecer questões relacionadas à vida dos indivíduos migrantes.

Na contemporaneidade, as migrações internacionais funcionam como uma projeção das relações socioeconômicas desiguais, apontando contradições das relações internacionais que se mostram reproduzidas em um contexto neoliberal. Marinucci e Milesi¹ identificam, pela ótica jurídica, uma evidência dessas mudanças: no século XIX, inúmeros países não adotavam diferenças entre os direitos dos nacionais e os dos estrangeiros, como presente no Código Civil Holandês (1839), no Código Civil Chileno (1855), no Código Civil Argentino (1869) e no Código Civil Italiano (1865). Contudo, devido às guerras mundiais

¹ MARINUCCI, R.; MILESI, R. *Migrações internacionais contemporâneas: fenomenologia e análise*. Brasília: POM, 2005.

ocorridas nas décadas de 1920 e 1930, houve um retrocesso com relação à compreensão dos direitos do migrante e os países estabeleceram restrições aos direitos dos estrangeiros.

Assim, sob a perspectiva de ruptura do tratamento mais equânime dos direitos dos estrangeiros e dos nacionais, encontra-se a questão dos refugiados Rohingya em Bangladesh, uma minoria muçulmana que sofre séria repressão estatal. Depara-se, acoplado à xenofobia e ao desrespeito aos direitos fundamentais, o pulsante e irreverente anseio por devolver os refugiados, em desacordo com o artigo 33 da Convenção de Genebra de 1951, sobre o princípio do *non refoulement*, que tutela o direito dos indivíduos permanecerem em locais que lhes passem segurança.

O presente trabalho, por meio de pesquisa exploratória e levantamento bibliográfico e documental, tem por escopo a análise dessa problemática, com o uso de ensaios, artigos científicos e recortes jornalísticos. Defende-se como fundamental que mediadores internacionais estejam atentos para o fato e compreendam a necessidade de dar visibilidade a essa minoria cujas vivências encontram-se mergulhadas em incerteza e miséria.

AS RAÍZES DO CONFLITO

Os Rohingyas possuem uma história dividida em três partes: pré-colonial, colonial e pós-colonial. No período pré-colonial, o reino independente de Arakan (Rakhine atual) foi povoado por marinheiros árabes muçulmanos de 788 a 810 d.C., e, mais tarde, por Bengalis, do século XV ao XVII. Os Rohingyas e Arakaneses conviveram em harmonia até a colonização britânica na Primeira Guerra Anglo-birmanesa, em 1825².

A problemática aprofundou-se durante a Segunda Guerra Mundial, quando os Rohingyas declararam sua lealdade aos britânicos e os Arakaneses, aos japoneses. Durante a ocupação japonesa de Mianmar (incluindo Arakan), a população dos Rohingyas foi alvo de repressão pelo Estado de Rakhine (budista) e do Exército da Independência de Mianmar, o que causou a morte de 100 mil Rohingyas e o exílio de outros 50 mil para Bengala Oriental. Em 1942, o Japão invadiu Mianmar e a Grã-Bretanha recuou, forçando muitos Rohingyas a fugirem para a Bengala Oriental. As tensões entre o governo e o povo Rohingya aumentaram depois da independência de Mianmar e da tomada de poder do Partido Socialista de Mianmar, que desmantelou as organizações sociais e políticas Rohingya em 1962³.

² MILTON, Abul Hasnat et al. Trapped in statelessness: Rohingya refugees in Bangladesh. *International Journal of Environmental Research and Public Health*. Basel, v. 14, n. 8, p. 942, 2017.

³ ULLAH, Akm Ahsan. The price of migration from Bangladesh to distant lands: narratives of recent tragedies. *Asian Profile*. Burnaby, 2008.

A campanha anti-Rohingya persistiu, marcada pela discriminação e pela negação de seus direitos de cidadania. Acompanhada por um extremismo fundamentalista budista em ascensão, em 1978, o sentimento anti-Rohingya culminou na operação da junta militar para expulsar de Mianmar os habitantes ilegais, com assédio, violência e prisão. Essa presença de atitudes hostis levou 250 mil Rohingya a Bangladesh entre os anos 1991-1992. Apesar de a maioria dos refugiados ter sido repatriada para o norte de Mianmar durante a década seguinte, muitos deles procuraram retornar para Bangladesh. No entanto, os Rohingya não são reconhecidos como uma etnia nacional pelo governo birmanês e são identificados como imigrantes bengalis ilegais⁴.

No período da junta militar em 1988, o Conselho Estatal de Restauração da Lei e da Ordem estabeleceu novos acampamentos militares no norte do Estado de Rakhine, onde os muçulmanos estavam situados. A terra foi retirada dos habitantes sem compensação, tornando os Rohingya ali presentes desabrigados e apátridas. Marcados como residentes ilegais, eles sofreram violações de direitos humanos, incluindo a negação do acesso à educação, aos cuidados de saúde, ao emprego, à liberdade de circulação, à religião e até mesmo aos direitos de se casar e de ter filhos⁵.

Deve-se, dessa forma, atentar-se para o disposto na Constituição de Mianmar:

Every citizen shall enjoy the right of equality, the right of liberty and the right of justice, as prescribed in this Constitution. (b) No citizen shall be placed in custody for more than 24 hours without the permission of a Court. (c) Every citizen is responsible for public peace and tranquility and prevalence of law and order. (d) Necessary law shall be enacted to make citizens' freedoms, rights, benefits, responsibilities and restrictions effective, steadfast and complete⁶.

Nessa visão, vê-se que os maus tratos encontrados dentro do território de Mianmar e a prática de devolução dos refugiados Rohingya que estão em Bangladesh são contrários à Constituição birmanesa que, de maneira clara, revela a liberdade, a igualdade e o direito à justiça como direitos fundamentais que devem ser assegurados pelo Estado.

Ainda que a religião predominante entre os Rohingya e os cidadãos de Bangladesh seja a muçulmana, é perceptível o tratamento diferenciado por conta do preconceito contra essa etnia presente no território de destino. Sobre essa

⁴ MILTON et al., *op. cit*

⁵ MILTON, Abul Hasnat et al. Trapped in statelessness: Rohingya refugees in Bangladesh. *International Journal of Environmental Research and Public Health*. Basel, v. 14, n. 8, p. 942, 2017.

⁶ Mianmar (Estado). Constituição (2008) – Constituição n. 2, de 9 de abril de 2008. *Constitution of the Republic of the Union of Myanmar*. Mianmar, 29 mai. 2008.

intempérie, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) estabelece uma posição:

Art. 4º Religião: Os Estados Contratantes proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos⁷.

Ainda, segundo a Convenção supracitada, encontram-se dispostos os direitos de associação dos refugiados perante o território em que estão a ponto de adentrar:

Art. 15 Direitos de associação: Os Estados Contratantes concederão aos refugiados que residem regularmente em seu território, no que concerne às associações sem fins políticos nem lucrativos e aos sindicatos profissionais, o tratamento mais favorável concedido aos nacionais de um país estrangeiro, nas mesmas circunstâncias (ACNUR, 1951)⁸.

Observa-se, contudo, uma dificuldade em proporcionar equidade de tratamento entre os indivíduos. É imprescindível averiguar o tratamento dos refugiados e denunciar quaisquer práticas abusivas nessa corrente migratória. Ademais, é necessário trabalhar questões relacionadas à potencialização da capacidade desses refugiados instaurarem-se no território de destino de forma mais favorável do que tem sido apresentado pelas mídias, afinal, trata-se de um direito. Os maus tratos a essa minoria, como reiterado, é de caráter histórico e há sempre chance de modificar a história.

O CASO ROHINGYA: A RECENTE ERUPÇÃO DO PRECONCEITO ÉTNICO-RELIGIOSO

Em decorrência dos inúmeros fatores comportamentais que comprometem a relação entre os budistas birmaneses e a minoria muçulmana Rohingya, um conflito mais agressivo tomou as ruas de Rakhine, considerado pela ONU (Organização das Nações Unidas) uma limpeza étnica do povo Rohingya pelo governo de Mianmar⁹.

O embate teve início em agosto de 2017, quando o Exército de Salvação Rohingya de Arakan (ARSA, em inglês) realizou uma ofensiva a postos militares

⁷ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)*.

⁸ *Ibid.*

⁹ Tribunal da ONU analisa acusação contra Mianmar sobre possível genocídio do povo Rohingya. *Organizações das Nações Unidas*, 2019.

birmaneses, como resposta à opressão que esse povo minoritário vive há décadas. Em 2014, a ONU influenciou o governo birmanês para que a etnia oprimida tivesse sua cidadania reconhecida, porém os Rohingya continuam a ser proibidos de casar em território birmanês, ter posse de terras ou viajar sem a concessão do governo¹⁰.

A contra ofensiva militar birmanesa e os confrontos posteriores deixaram pelo menos 400 mortos e, desde aquele dia, o fluxo de civis Rohingya que fugiram para Bangladesh não parou de crescer, até superar nesta semana [12/09/2017] as 300.000 pessoas¹¹.

A represália foi desproporcional aos ataques e um grande número de pessoas dirigiu-se à tríplice-fronteira Mianmar-Bangladesh-Índia; não recebendo, infelizmente, a acolhida por parte da Índia, que procurou cercar sua fronteira¹². Em contrapartida, Bangladesh procurou “combinar uma política de fronteiras abertas com restrições para que os Rohingya não se instalem para sempre em seu território”¹³.

Alguns Rohingya, questionados sobre a ação militar da Birmânia, contaram que consistiu em incendiar suas moradias, alvejá-los enquanto fugiam, além de implementar minas antipessoais programadas para explodir¹⁴. A violência dos atos deixa clara a indiscriminada contravenção dos Direitos Humanos, além da violação do estabelecido nos tratados das Convenções de Genebra, que tratam sobre os direitos e deveres dos cidadãos durante uma guerra, que veda o ato de atirar em quem não tenha como se defender (atirar pelas costas), princípio que pode ser extraído do art. 3º da Convenção¹⁵.

É imperioso frisar que, mesmo aqueles Rohingya que sobreviveram e que conseguiram chegar até Bangladesh depois de tantos obstáculos driblados, não vivem nas condições mais confortáveis, enfrentando o racionamento da água, alojamentos precários, sanitários reduzidos, além de escassez de alimentos¹⁶ e de inúmeras doenças como a difteria e a desnutrição¹⁷.

¹⁰ Quem são os Rohingya, povo muçulmano que a ONU diz ser alvo de limpeza étnica. *BBC*, 2017.

¹¹ “Limpeza étnica” faz 370.000 muçulmanos fugirem de Mianmar para Bangladesh em duas semanas. *El País*, 2017.

¹² Índia reforça fronteira com Mianmar para impedir entrada de refugiados da minoria Rohingya. *Observador*, 2017.

¹³ ALMOGUERA, Paloma. Famintos e amontoados: crise dos refugiados de Mianmar supera capacidade de ajuda humanitária. *El País*, 2017.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Comitê Internacional da Cruz Vermelha. *Normas fundamentais das Convenções de Genebra e de seus protocolos adicionais*. Genebra, jan. 2017, p. 28.

¹⁶ ALMOGUERA, Paloma., *op. cit*

¹⁷ UNICEF diz que há milhares de crianças Rohingya gravemente desnutridas. *EFE*, 2017.

Nesse contexto, sabe-se que a busca por soluções é incansável, e se tem como opções duradouras a repatriação voluntária, o reassentamento em um terceiro país e a integração local¹⁸. A repatriação voluntária é a opção visada pelo governo de Bangladesh em cooperação com o de Mianmar, não sendo, contudo, a opção mais desejada pelos Rohingyas, os mais afetados. Segundo os parâmetros estabelecidos com base no princípio do *non refoulement*, devem ser estabelecidas condições para que esse retorno seja realizado com segurança e dignidade, com auxílio da comunidade internacional para que a reconstrução da vida dessas pessoas seja exitosa.

O acordo em questão entre Bangladesh e Mianmar foi assinado em 23 de novembro de 2017 e tinha como objetivo a volta paulatina dos Rohingyas para as terras que habitavam em território bengali. Foi estabelecido que 1,5 mil pessoas retornariam no decorrer de dois anos, o que somaria cerca de 150 mil repatriados. No entanto, esse pacto foi visto com ceticismo pelas organizações internacionais e pelos Rohingyas, que estipularam que só voltariam se recebessem certas garantias de vida¹⁹.

A maioria dos refugiados diz que só voltará se tiver garantia de segurança, se suas casas forem reconstruídas e se não forem mais sujeitos a discriminação oficial. Nenhuma dessas condições foi criada, acrescenta [Jonathan Head, correspondente da BBC no sudeste asiático]²⁰.

Como se suspeitava, o início do retorno dos refugiados não se deu na data estabelecida, pois, além de não haver o preparo adequado por parte do governo, os refugiados demonstraram receio em reingressar a um lugar em que foram torturados, com ocorrência desde estupros coletivos até mortes de bebês em fogueiras²¹.

Em 1º de julho de 2018, Mianmar e ONU realizaram um acordo para criar condições dignas e seguras para o retorno dos muçulmanos da etnia Rohingya para território birmanês, condições essas, que, segundo a ONU, ainda não existem. O acordo estabelece que:

O acesso ao território de Rakhine permitirá à agência da ONU avaliar as condições das comunidades. O ACNUR realizará atividades de proteção na região, fornecendo informações aos refugiados sobre seus locais de origem e ajudando-os a tomar decisões sobre o regresso com segurança e dignidade²².

¹⁸ LEVY, Rafael Vivan; KAWABE, Renata Ferreira. Soluções duradouras: existe uma ideal? *EFE*, 2015.

¹⁹ Por que é tão difícil a tarefa de repatriar 150 mil refugiados Rohingyas a Mianmar. *BBC*, 2018.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Agências da ONU e Mianmar firmam acordo para retorno seguro de refugiados Rohingya. *Organizações das Nações Unidas*, 2018.

Porém, o governo birmanês permanece enrijecido, negando a acusação da ONU de que ali teria ocorrido um genocídio étnico, bem como segue afirmando que apenas respondeu aos ataques de rebeldes Rohingya.

O governo de Mianmar formou várias comissões para analisar a situação no país, mas nenhuma observou as ações militares que as Nações Unidas chamam de limpeza étnica. Em vez disso, as autoridades de Mianmar focaram nos ataques feitos por militantes Rohingya, que eles chamam de “terroristas”²³.

Além disso, o governo declarou que só seria permitida a volta dos que possuíam documento de identificação, mas grande parte desse grupo não o possui²⁴. Os refugiados possuem direito à documentação, sendo responsabilidade do país de refúgio (Bangladesh) os fornecer. Assim, convém recordar que “a obtenção de documentos pelo Estado onde se anseia receber essa primeira proteção, a proteção do Direito, torna-se a pedra basilar, o primeiro passo na recuperação da dignidade humana”²⁵.

Diante das prerrogativas do acordo assinado em junho de 2018 entre Bangladesh e Mianmar, com o intermédio da ONU, foi revelado grande descontentamento dos Rohingya por não conseguirem uma de suas principais reivindicações: a cidadania. Afirmou-se que “Most refugees say they are desperate to go home, but fear going back unless they are given protection and citizenship”²⁶. É possível inferir, portanto, que as perspectivas de eficácia deste acordo que garante a possibilidade de retorno de 700.000 Rohingya a Mianmar são baixas²⁷.

Ainda que as notícias não fossem de todo positivas, é possível reconhecer o esforço dos órgãos internacionais para que sejam garantidas condições dignas, seguras e livres de retorno, visando o respeito ao princípio do *non refoulement*. Apesar de as conclusões do ACNUR não possuírem caráter vinculante, elas contribuem para a criação de uma *opinio juris*, como senso moral de obrigação do país. Assim, o ACNUR tenta uniformizar tais compreensões, tentando revisar tais princípios em uma aplicação internacional com base no contexto das opiniões estatais e da realidade prática²⁸.

²³ *Ibid.*

²⁴ Birmânia e ONU acordam criar condições para regresso de Rohingya. *Diário de Notícias*, 2018.

²⁵ ALMEIDA, Araújo; 2001, p. 166 *apud* DICHER, Trevisam; 2018. *O refugiado e o direito a documentação pessoal: a identificação pessoal como direito de personalidade*.

²⁶ Rohingya upset UN agreement didn't address citizenship. *The Associated Press*, 2018.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ GOODWIN-GILL, Guy S. Non refoulement. In: GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.

O PRINCÍPIO DO NON REFOULEMENT E SUA NATUREZA DE JUS COGENS

Dentro do Direito Internacional é possível encontrar diversos documentos que determinam estratégias de proteção aos refugiados, sendo possível constatar o zelo de alguns princípios, considerados fundamentais e basilares da proteção internacional dos refugiados.

Esses princípios são o da não sanção por entrada irregular, o da não discriminação, o da não expulsão, o do auxílio administrativo e o da não devolução. O princípio da não devolução (ou do *non refoulement*), mais especificamente, é o responsável por vedar a repatriação involuntária de qualquer refugiado²⁹. Constitui destaque na base jurídica do sistema de proteção de solicitantes de refúgio (enquanto pender sua solicitação) e de refugiados³⁰.

Positivado e consagrado no art. 33 da Convenção de Genebra de 1951, o princípio da não devolução faz-se muito importante, afinal é através dele que se garante o direito fundamental dos refugiados de permanecer em locais em que se sintam seguros, reforçando o estipulado na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 14 e na Declaração de Direitos e Deveres do Homem, em seu artigo 27. Sobre o assunto:

Art. 33 – Proibição de expulsão ou de rechaço: 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas³¹.

Soma-se a isso o fato de a aplicação da não devolução ser tida como *jus cogens*. Tal *status* é conferido a altas normas e princípios aceitos como um todo na comunidade internacional, intolerantes para com desvios ou violações, regulando a atuação e interação dos Estados mundialmente. São regras peremptórias, que não podem ser transgredidas em vista de sua importância para a manutenção do sistema³². Vê-se essa definição no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969:

²⁹ OLIVEIRA, Fernanda Moura Queiroz Santos de; CARVALHO, Júlia Vilela. A proteção dos interesses dos migrantes e refugiados à luz dos tratados internacionais. *Revista Eletrônica de Direito Internacional* (ed. esp. Refugiados). v. 20, p. 41-66, 2017.

³⁰ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*. [S. l.], v. 6, n. 1, p. 275-294, jan. 2010.

³¹ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)*.

³² ALLAIN, Jean. The jus cogens Nature of non refoulement. *International Journal of Refugee Law*. Oxford, v. 13, n. 4, p. 533-558, 2001.

(...) Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza³³.

O conceito de *jus cogens* somente fortaleceu-se após a Segunda Guerra Mundial. Durante a Convenção de Viena, ganhou seu caráter peremptório, endossando a compreensão de que existem princípios que não podem ser excluídos ou negociados. Assim, os Estados libertaram-se das concepções legislativas nacionais e dedicaram-se à criação multilateral de uma legislação internacional, que não os liga somente entre si, mas também à comunidade internacional. As *jus cogens* também foram incluídas na Comissão de Direito Internacional (CDI) como parte do regime de responsabilidade estatal³⁴.

Nesse sentido, o princípio da não devolução apresenta natureza *jus cogens* por uma série de motivos. O primeiro deles consiste no fato de a aplicação do princípio figurar como lei internacional costumeira, entendendo-se haver prática internacional que a viabilize.

Outro motivo de suma relevância é a conclusão do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, de que o princípio da não devolução constitui caráter de derrogação proibida, direito internacional consuetudinário e eficácia *erga omnes*, incluindo Estados não participantes da Convenção de 1951. Esse consenso confirma a ideia de que o princípio da não devolução alcançou o status de *jus cogens*³⁵.

O princípio da não devolução constitui a pedra angular do regime internacional de proteção dos refugiados, o qual proíbe o retorno forçado dos refugiados que os exponha a um risco de perseguição. Este princípio, consagrado no artigo 33 da Convenção de 1951, é fundamental e sua derrogação está proibida. O princípio de não devolução, tal e como o dispõe o artigo 33 da Convenção de 1951, também forma parte do direito consuetudinário internacional. Como tal, este princípio vincula a todos os Estados, incluídos aqueles que ainda não sejam parte da Convenção de 1951 e/ou de seu Protocolo de 1967³⁶.

³³ BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. *Convenção de Viena sobre direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais*.

³⁴ ALLAIN, Jean. The *jus cogens* Nature of non refoulement. *International Journal of Refugee Law*. Oxford, v. 13, n. 4, p. 533-558, 2001.

³⁵ Alto Comissariado das Nações Unidas Para Refugiados (ACNUR). *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados* – Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal. Genebra, abr. 2008.

³⁶ *Ibid.*

Outro reforço para a compreensão da não devolução como *jus cogens* é a Declaração Latino-americana de Refugiados de Cartagena, de 1984, que exaltou a importância do princípio para a proteção internacional de refugiados.

Há ainda certa análise doutrinária³⁷, que corrobora tal compreensão com base no art. 7 do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, que diz:

ARTIGO 7 – Reservas e declarações: §1. No momento de sua adesão, todo Estado poderá formular reservas ao artigo 4 do presente Protocolo e a respeito da aplicação, em virtude do artigo primeiro do presente Protocolo, de quaisquer disposições da Convenção, com exceção dos artigos 1, 3, 4, 16 (I) e 33, desde que, no caso de um Estado Membro na Convenção, as reservas feitas, em virtude do presente artigo, não se estendam aos refugiados aos quais se aplica a Convenção³⁸.

Destaca-se, ademais, que tal compreensão do princípio do *non refoulement* como norma-princípio, já foi previamente usada em decisões da Corte de Justiça Internacional, como nos casos do North Sea Continental Shelf³⁹, de modo que, tanto o art. 33 da Convenção de 1951 quanto o art. 3 da Convenção de 1984 contra a Tortura, possuiriam um caráter criador de normas. Assim, a Corte comenta: “fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law”^{40,41}.

A compreensão a que se chega é que o artigo 33 que versa sobre o princípio da não devolução não é passível de reserva por nenhum Estado, reforçando novamente a natureza *jus cogens* do princípio e sua não transgressão. Em vista disso, destaca-se a importância do princípio em âmbito internacional. Havendo violação, em virtude de seu caráter jurídico peremptório e intolerante para derrogações, tem-se lesão de direito de fato.

A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NON REFOULEMENT COMO CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Muito embora se tenha provado a natureza *jus cogens* do princípio da não devolução e a sua necessidade em nome da garantia do direito internacional dos Direitos Humanos, verifica-se seu descumprimento e sua violação.

³⁷ BONI, Mathias dos Santos Silva. A natureza *jus cogens* do princípio do *non refoulement* e a análise de violações a este princípio no âmbito da união europeia. *Lume UFRGS*. 2016.

³⁸ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Série Tratados da ONU*. n. 2545, v. 189, p. 137.

³⁹ GOODWIN-GILL, Guy S. *Non refoulement*. In: GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.

⁴⁰ Com caráter fundamentalmente de criação de norma poderia ser considerado como a base formadora de uma regra comum do direito (tradução livre).

⁴¹ *Ibid.*, p. 134.

As obrigações de não devolução do Estado requerido em virtude do direito internacional dos Direitos Humanos, estabelecem a proibição obrigatória de extradição quando a entrega da pessoa requerida coloca o indivíduo em risco de ser vítima de tortura ou de outras violações graves de direitos humanos⁴².

Conforme dito anteriormente, a aplicação do princípio da não devolução é essencial para o sistema de proteção dos refugiados, bem como para a garantia de seus direitos mais básicos e fundamentais. Através da observância a esse *jus cogens*, direitos humanos são promovidos para os refugiados, tais como a garantia à liberdade (no caso, religiosa e étnica), à segurança e à dignidade acima de tudo.

Destaca-se, desse modo, que as conclusões do ACNUR dependem muito das visões e das práticas estatais, mesmo com o estabelecimento de um *jus cogens* e um *opinio juris*. Assim, para Goodwin-Gill⁴³, a participação estatal no Comitê Executivo do ACNUR, cai em duas categorias, sendo a primeira o apoio geral ao princípio do *non refoulement* (o que diz pouco sobre seu conteúdo e amplitude), e a segunda nos limites sobre a obrigação, diante da prática real, indicando, portanto, uma posição por vezes contingente dos Estados.

Kälin W., em 1990, afirmava que o *non refoulement* era costumeiro somente na Europa, América e África (excluindo a Ásia), adotando-o como um princípio geral e não criador de norma⁴⁴. No entanto, Stenberg⁴⁵, faz um monólogo criticando tal visão, afirmando que a objeção dos países do Sudeste asiático sobre o *non refoulement* não se trata de um desprezo pelo mesmo, mas um medo Estatal de que tal princípio os deixe com uma grande quantidade de pessoas inaceitáveis (na visão deles), por trazer problemas políticos, sociais e econômicos. Portanto, o que se verifica é que não haveria a negação desse princípio como um *jus cogens*, mas um problema prático – uma justificação fraca dada por diversos países atualmente. Assim, compreende-se dentro do caso Rohingya a violação de tal princípio e dos direitos humanos dos envolvidos.

Para que houvesse a efetivação do princípio seria necessário que a situação que coloca em risco a vida dos integrantes da etnia Rohingya fosse sanada. Contudo, como não houve melhora nesse sentido, permanecendo a insegurança por parte

⁴² Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados* – Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal. Genebra, 2008.

⁴³ GOODWIN-GILL, Guy S., *op. cit*

⁴⁴ GOODWIN-GILL, Guy S. *Non refoulement*. In: GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 136.

⁴⁵ STENBERG, G. *Non-expulsion and non refoulement: the prohibition against removal of refugees with special reference to articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. Uppsala: Iustus Förlag, 1989. 309 p.

dos Rohingya e os fundados temores, a repatriação não seria possível, de modo que toda tentativa de retorno seria forçada e um descumprimento da não devolução.

Ainda assim, houve entre Bangladesh e Mianmar acordo no sentido de repatriação dos Rohingyas, que não haviam sido envolvidos na negociação dessa questão, de modo que é evidente a inobservância do princípio da não devolução, uma vez que imputou-se aos Rohingyas um retorno forçado a Mianmar, que poderia acarretar em riscos às suas vidas em decorrência das problemáticas que se mantiveram.

O descumprimento e a violação do princípio da não devolução ocasionaria a provável sujeição à situação de tortura ou outros tratos cruéis, inumanos ou degradantes. Mais uma vez o ACNUR ressalta a importância da observância ao princípio da não devolução em casos como esse⁴⁶, como maneira de garantir que o refugiado Rohingya se conserve na situação mais segura, digna e humana possível.

Nesse viés é também salutar destacar que a proibição à tortura (e aos tratamentos cruéis, degradantes e inumanos) configura direito consuetudinário internacional e reforça o caráter universal e duplamente significativo da não devolução dentro do caso dos Rohingyas, com vistas a garantir a preservação de seus direitos. Sobre isso, o ACNUR se posiciona:

Como parte inerente da proibição da tortura em virtude do direito consuetudinário internacional, o qual alcançou o domínio de *jus cogens*, a proibição da devolução que possa expor a um indivíduo ao perigo de sofrer tal trato é vinculante para todos os Estados, incluídos aqueles que ainda não são partes dos tratados pertinentes⁴⁷.

Diante do tema da tortura, vale destacar o fato de que Bangladesh, como país signatário da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984⁴⁸, apesar de sua ressalva ao art. 14, parágrafo 1, está vinculado ao art. 3 da mesma. Nesse sentido, cabe ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende que a observância ao princípio da não devolução inclui a obrigação de não expor nenhuma pessoa a uma possível situação de tortura ou de risco de vida, em consonância com o entendimento

⁴⁶ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados* – Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal. Genebra, abr. 2008.

⁴⁷ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados* – Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal. Genebra, abr. 2008.

⁴⁸ BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF, p. 3012, 18 fev. 1991.

do ACNUR mencionado anteriormente. A aplicação desse conhecimento ao caso em tela, conjuga a observância necessária do princípio da não devolução não apenas em virtude de seu caráter peremptório, mas em vista de sua necessidade para a garantia dos direitos humanos da população Rohingya.

Dado que se sabe dos riscos aos quais essa população está sujeita voltando forçosamente para Mianmar, que era o intento do acordo entre Bangladesh e o outro país em questão, entende-se que há de fato uma inobservância ao princípio da não devolução, além de um total descaso para com os direitos humanos daqueles indivíduos, que devem ser repreendidos pelos demais Estados e organizações internacionais.

O DESCUMPRIMENTO DO ACORDO E A BUSCA PELA JUSTIÇA NO TRIBUNAL DE HAIA

Conforme dito alhures, Bangladesh e Mianmar assinaram um acordo em novembro de 2017 que objetivava a volta paulatina dos Rohingyas para o território bengali. Contudo, com o passar desses dois anos, observa-se que a situação pouco se alterou, e, em verdade, houve uma piora da qualidade de vida destes indivíduos. Em agosto de 2019, um dos refugiados no campo de Cox's Bazar denunciou que a segurança nos campos diminuiu, que as oportunidades de estudo e emprego são baixíssimas e que há grupos extremistas sequestrando, chantageando e roubando pessoas; além do fato de mulheres e crianças solteiras serem alvo do tráfico humano⁴⁹. O mesmo refugiado explica o porquê de muitos Rohingyas não quererem ser repatriados:

O governo de Mianmar pediu que as pessoas solicitassem o Cartão de Verificação Nacional. Depois de ter esse cartão por seis meses, eles te investigam para determinar se você obtém cidadania ou não. A primeira pergunta neste formulário é “quando você veio de Bangladesh?”, seguido de “por que você veio?” e “quem era o líder de seu vilarejo em Bangladesh?”. Como podemos responder a essas perguntas? Isso significa que eles estão automaticamente nos colocando em uma jaula. É por isso que as pessoas não estão dispostas a voltar. Se voltarmos, seremos forçados a passar pelo processo do Cartão de Verificação Nacional, seremos forçados a solicitar a cidadania. É como colocar as pernas no fogo. Você tem que ser capaz de mostrar cartões de identidade de ambos os lados da sua família por três gerações. Como você pode guardar os cartões de identificação por três gerações? Especialmente quando o governo de Mianmar pediu que muitos documentos fossem devolvidos a eles no passado. Nós fomos deliberadamente deixados sem documen-

⁴⁹ O destino coletivo dos Rohingyas está em nossas mãos. *Médicos Sem Fronteiras*. 2019.

tação alguma. Quando eles queimaram os vilarejos, a documentação restante que as pessoas tinham também foi queimada⁵⁰.

Assim, apreende-se que o governo birmanês dificultou, por meios burocráticos, a repatriação do povo Rohingya, que, a esse ponto, não tem vontade de retornar ao país de origem, isso porque parte dos Rohingyas que permaneceram em Mianmar pede que aqueles que conseguiram fugir não voltem sem conseguir justiça para seu povo⁵¹, já que a situação ganhou atenção internacional depois do ataque do governo birmanês, e as esperanças de conseguirem justiça agora são mais significativas.

Tal busca pela justiça vem de fato sendo efetivada pela comunidade internacional. Em dezembro de 2019, foram realizadas as primeiras audiências no Tribunal Internacional Penal, em Haia; o caso foi levado à julgamento por iniciativa da Gâmbia, representando a Organização para a Cooperação Islâmica, que acusa Mianmar de violar a Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, um tratado de direito internacional aprovado em 1948⁵². Mianmar, representado por Suu Kyi, que é vencedora do Prêmio Nobel da Paz de 1991, declara que é possível que o uso da força tenha sido desproporcional, mas frisa que “certamente, nessas circunstâncias, a intenção genocida não pode ser a única hipótese”; ademais, insiste que o país lidere as investigações e possíveis punições⁵³.

O termo “intenções genocidas” advém do relatório realizado pela Missão Internacional Independente de Inquérito sobre Mianmar, que chegou à seguinte conclusão:

assassinato generalizado e sistemático de mulheres e crianças; pela seleção sistemática de mulheres e meninas em idade reprodutiva para cometer estupro; ataques contra mulheres grávidas e contra bebês; mutilação e outras lesões cometidas contra suas genitálias; marcas físicas contra seus corpos, como de mordidas em suas bochechas, pescoço, seios e coxas; e ferindo gravemente vítimas que podem se tornar incapazes de ter relações sexuais com seus maridos ou engravidar, levantando a preocupação de que não seriam mais capazes de ter filhos⁵⁴.

Conclui-se que Mianmar, por ser parte no processo, não é suficientemente isento para realizar as investigações, e um caso tão grave quanto este, em que se

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Tribunal da ONU determina que Mianmar proteja Rohingyas de genocídio. *Deutsche Welle*, 2020.

⁵³ Agências da ONU e Mianmar firmam acordo para retorno seguro de refugiados Rohingya. *Organizações das Nações Unidas*, 2018.

⁵⁴ *Ibid.*

apuram ordens para a realização de um genocídio, deveria haver uma investigação mais acurada.

Em janeiro de 2020, o Tribunal da ONU proferiu uma decisão preliminar sobre o caso, na qual determina que “Mianmar deve tomar todas as medidas ao seu alcance para prevenir um eventual genocídio da minoria muçulmana Rohingya”⁵⁵. A Corte Internacional de Justiça considerou que a minoria étnica “permanece extremamente vulnerável” em Mianmar e “precisa ser protegida de mais derramamento de sangue”⁵⁶, e decidiu unanimemente que “Mianmar deve entregar em até quatro meses um relatório sobre as medidas tomadas para executar a medida. Posteriormente, um relatório deve ser entregue a cada seis meses”⁵⁷. Dias antes da decisão, uma comissão do governo de Mianmar havia concluído que alguns militares cometeram crimes de guerra, mas excluiu a culpa do Exército de eventual genocídio. A CIJ informou no dia 25 de maio de 2020⁵⁸, que Mianmar enviou seu primeiro relatório no dia 22 de maio, porém a corte não divulgou seu conteúdo. Sabe-se que a situação continua deveras deplorável e que um parecer definitivo da CIJ pode levar anos, mas ao menos um primeiro passo já foi tomado.

Com a crise internacional trazida pela pandemia da Covid-19, a situação só se agravou, tendo em vista que os mais de 1 milhão de refugiados Rohingyas⁵⁹ encontram-se em maior risco ainda. Em maio de 2020, constatou-se que o vírus chegou ao maior campo de refugiados do mundo, que abriga mais de 860 mil indivíduos da minoria étnica e que a primeira morte já foi registrada no dia 31 de maio⁶⁰. Urge-se, dessa forma, a união de forças das organizações internacionais para evitar que um caos ainda maior atinja este povo, que fugiu do genocídio para cair em campos de refugiados superlotados, com condições de saneamento e saúde precárias, sendo propenso a ser um foco do novo coronavírus.

Além do fato de que parte da minoria étnica que permanece em Mianmar continua sendo ameaçada, há o problema da falta de informação, visto que é recorrente o bloqueio de serviços de comunicação e internet, o que dificulta a monitorização da situação humanitária no país⁶¹. O conflito entre as forças ar-

⁵⁵ Tribunal da ONU determina que Mianmar proteja Rohingyas de genocídio. *Deutsche Welle*, 2020.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Mianmar apresenta à CIJ primeiro relatório sobre genocídio de Rohingyas. *UOL*, 2020.

⁵⁹ Marques, Marília. Povo sem pátria: veja como vivem 1,1 milhão de refugiados em Bangladesh. *GI*, 2019.

⁶⁰ Primeira morte por coronavírus em campo de refugiados Rohingya em Bangladesh. *Estado de Minas*, 2020.

⁶¹ Mianmar: governo falha em proteger a população Rohingya após Ordem de Tribunal Internacional. *Amnistia Internacional*, 2020.

madras de Mianmar e o Exército de Arakan (formado por Rohingyas) intensificou-se em fevereiro no estado de Rakhine e de Chin, com sérias violações de direitos humanos e de civis, inclusive de um membro da Organização Mundial da Saúde. Com a pandemia, declarou-se um cessar-fogo, que não se aplica às áreas onde os militares do Mianmar estão combatendo o Exército de Arakan, uma vez que ele é visto pelas autoridades como uma “organização terrorista”⁶².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo do estudo, a não devolução possui natureza *jus cogens* e, portanto, é norma inderrogável e peremptória do direito internacional. Um Estado não pode retornar pessoas a outros Estados em determinadas circunstâncias, principalmente se o retorno forçado trouxer riscos de vida para os indivíduos.

Na atualidade, por conta da urgência da problemática que envolve o povo Rohingya, o governo de Bangladesh enfrenta pressões do ACNUR e de outras agências internacionais, a fim de elaborar uma estratégia que possa gerenciar a crise dos refugiados Rohingya com o devido respeito ao problema, já que o discurso bilateral mostrou-se insuficiente. Torna-se cada vez mais necessário um esforço diplomático com auxílio de mediadores internacionais, como a Organização dos Países Islâmicos e as Nações Unidas, para que se estabeleçam medidas que possam resolver o conflito, com a eventual responsabilização pelo crime de genocídio.

Verifica-se como igualmente necessária a assistência de organizações privadas filantrópicas e de agências internacionais de ajuda, como a Médicos Sem Fronteiras, que tem se mostrado presentes no auxílio na questão Mianmar-Bangladesh, apoiando este povo a conseguir parques insumos alimentares e de saúde nos ambientes insalubres que têm representado os campos de refugiados em Bangladesh. Ademais, são necessárias intervenções apropriadas para abordar os problemas de saúde mental presentes, como a ansiedade crônica, o sofrimento, a depressão e o estresse pós-traumático. Através dessa convergência de esforços, pode-se chegar a uma solução que seja duradoura para lidar com a presente crise. As ações políticas apropriadas e os esforços futuros de comunidades internacionais de apoio serão fundamentais para encontrar uma solução significativa para essa problemática crescente e urgente.

REFERÊNCIAS

ALLAIN, Jean. The jus cogens nature of non refoulement. *International Journal of Refugee Law*. Oxford, v. 13, n. 4, p. 533-558, 2001.

⁶² *Ibid.*

ALMOGUERA, Paloma. Famintos e amontoados: crise dos refugiados de Mianmar supera capacidade de ajuda humanitária. *El País*. Londres, set. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/17/internacional/1505660801_923922.html. Acesso em: 03/06/2018.

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 06/06/2018.

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). *Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados* – Seção de Políticas de Proteção e Assessoria Legal. Genebra, abr. 2008. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_do_ACNUR/Diretrizes_e_politicas_do_ACNUR/Extradicao/Nota_de_orientacao_sobre_extradicao_de_refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 06/06/2018.

Anistia condena “vergonhosa” política dos EUA de devolver migrantes ao México. *Estado de Minas*, 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/01/31/interna_internacional,1026711/anistia-condena-vergonhosa-politica-dos-eua-de-devolver-migrantes-ao.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social. Acesso em: 03/06/2020.

Birmânia e ONU acordam criar condições para regresso de Rohingya. *Diário de Notícias*, 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/birmania-e-onu-acordam-criar-condicoes-para-regresso-de-rohingyas-9399416.html>. Acesso em: 04/06/2018.

BONI, Mathias dos Santos Silva. *A natureza jus cogens do princípio do non refoulement e a análise de violações a este princípio no âmbito da união europeia*. 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/150956>. Acesso em: 06/06/2018.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. *Convenção de Viena sobre direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf>. Acesso em: 06/06/2018.

Comitê Internacional da Cruz Vermelha. *Normas fundamentais das Convenções de Genebra e de seus protocolos adicionais*. Genebra, 2017.

DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. *O refugiado e o direito a documentação pessoal: a identificação pessoal como direito de personalidade*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ed94938c403c962>. Acesso em: 01/04/2018.

GOODWIN-GILL, Guy S. Non refoulement. In: GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Índia reforça fronteira com Mianmar para impedir entrada de refugiados da minoria Rohingya. *Observador*. Lisboa, set. 2017. Disponível em: <https://observador.pt/2017/09/15/india-reforca-fronteira-com-myanmar-para-impedir-entrada-de-refugiados-da-minoria-rohingya/amp/>. Acesso em: 03/06/2018.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*. [S. l.], v. 6, n. 1, p. 275-294, jan. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s1808-24322010000100013&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 21/09/2020.

LEVY, Rafael Vivan; KAWABE, Renata Ferreira. *Soluções duradouras: existe uma ideal?* 2015. Disponível em: <https://observatorio9474.wordpress.com/2015/09/03/solucoes-duradouras-existe-uma-ideal/>. Acesso em: 28/06/2018.

“Limpeza étnica” faz 370.000 muçulmanos fugirem de Mianmar para Bangladesh em duas semanas. *El País*, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/12/internacional/1505207979_181915.html?rel=ma. Acesso em: 03/06/2018.

MARINUCCI, R.; MILESI, R. *Migrações internacionais contemporâneas: fenomenologia e análise*. Brasília: POM, 2005.

MARQUES, Marília. *Povo sem pátria: veja como vivem 1,1 milhão de refugiados em Bangladesh*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/18/povo-sem-patria-veja-como-vivem-11-milhao-de-refugiados-em-bangladesh.ghtml>. Acesso em: 03/06/2020.

Mianmar apresenta à CIJ primeiro relatório sobre genocídio de Rohingyas. *UOL*. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/05/25/mianmar-apresenta-a-cij-primeiro-relatorio-sobre-genocidio-de-rohingyas.htm>. Acesso em: 28/09/2020.

MILTON, Abul Hasnat et al. Trapped in statelessness: Rohingya refugees in Bangladesh. *International Journal of Enviomental Research and Public Health*. Basel, 2017. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5580644/#B11-ijerph-14-00942>. Acesso em: 06/06/2018.

Mianmar (Estado). Constituição (2008) – Constituição n. 2, de 9 de abril de 2008. *Constitution of the Republic of the Union of Myanmar*. Mianmar, 29 mai. 2008. Disponível em: https://www.burmalibrary.org/docs5/Myanmar_Constitution-2008-en.pdf. Acesso em: 06/06/2018.

Mianmar: governo falha em proteger a população Rohingya após Ordem de Tribunal Internacional. *Amnistia Internacional*, 2020. Disponível em: <https://www.amnistia.pt/myanmar-governo-falha-em-protoger-a-populacao-rohingya-apos-ordem-de-tribunal-internacional/>. Acesso em: 03/06/2020.

O destino coletivo dos Rohingyas está em nossas mãos. *Médicos Sem Fronteiras*, 2019. Disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/o-destino-coletivo-dos-rohingyas-esta-em-nossas-maos>. Acesso em: 03/06/2020.

OLIVEIRA, Fernanda Moura Queiroz Santos de; CARVALHO, Júlia Vilela. A proteção dos interesses dos migrantes e refugiados à luz dos tratados internacionais. *Revista Eletrônica de Direito Internacional* (ed. esp. Refugiados), v. 20, p. 41-66, 2017.

OLIVEIRA, Fernanda Moura Queiroz Santos de; CARVALHO, Júlia Vilela. A proteção dos interesses dos migrantes e refugiados à luz dos tratados internacionais. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*. Belo Horizonte, v. 20, p. 41-66, 2017. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/publicacoes/revista-eletronical>. Acesso em: 21/09/2020.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agências da ONU e Mianmar firmam acordo para retorno seguro de refugiados Rohingya*. 2018. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/80191-agencias-da-onu-e-mianmar-assinam-acordo-para-protoger-refugiados-rohingya-que-voltarem-ao>. Acesso em: 04/06/2018.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção n. IV, de 21 de outubro de 1950. *Convenção de Genebra IV – 21 de outubro de 1950*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/convencao-de-genebra-iv.html>. Acesso em: 05/08/2018.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Coronavírus chega ao maior campo de refugiados do mundo, em Bangladesh*. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/video-coronavirus-chega-ao-maior-campo-de-refugiados-do-mundo-em-bangladesh/>. Acesso em: 03/06/2020.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Série Tratados da ONU*. v. 189, n. 2545, p. 137. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 06/06/2018.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Tribunal da ONU analisa acusação contra Mianmar sobre possível genocídio do povo Rohingya*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tribunal-da-onu-analisa-acusacao-contra-mianmar-sobre-possivel-genocidio-do-povo-rohingya/>. Acesso em: 03/06/2020.

Por que é tão difícil a tarefa de repatriar 150 mil refugiados Rohingya a Mianmar. *BBC*, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42716626>. Acesso em: 04/06/2018.

Primeira morte por coronavírus em campo de refugiados Rohingya em Bangladesh. *Estado de Minas*, 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/06/02/interna_internacional,1152915/primeira-morte-por-coronavirus-em-campo-de-refugiados-rohingya-em-bang.shtml. Acesso em: 03/06/2020.

Quem são os Rohingyas, povo muçulmano que a ONU diz ser alvo de limpeza étnica. *BBC*, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41257869>. Acesso em: 03/06/2018.

Rohingya upset UN agreement didn't address citizenship. *The Associated Press*, 2018. Disponível em: <https://www.rohingyapost.com/rohingya-upset-un-agreement-didnt-address-citizenship/>. Acesso em: 28/06/2018.

STENBERG, G. *Non-expulsion and non refoulement: the prohibition against removal of refugees with special reference to articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. Uppsala: Iustus Forlag, 1989. 309 p.

Tribunal da ONU determina que Mianmar proteja Rohingyas de genocídio. *Deutsche Welle*, 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/tribunal-da-onu-determina-que-myanmar-proteja-rohingyas-de-genoc%C3%ADdio/a-52121632>. Acesso em: 03/06/2020.

ULLAH, Akm Ahsan. The price of migration from Bangladesh to distant lands: narratives of recent tragedies. *Asian Profile*. Burnaby: v. 36, n. 6, p. 639-646, 2008. Disponível em: <http://www.asianresearchservice.com/Asianprofile.html>. Acesso em: 21/09/2020.

UNICEF diz que há milhares de crianças Rohingyas gravemente desnutridas. *EFE*, 2017. Disponível em: <https://www.efe.com/efe/brasil/mundo/unicef-diz-que-ha-milhares-de-crian-as-rohingyas-gravemente-desnutridas/50000243-3421117>. Acesso em: 03/06/2018.

Data de recebimento: 14/10/2020

Data de aprovação: 11/01/2021

NEW ELECTIONS AND OLD CONCERNS: FEMALE POLITICAL RIGHTS AS A CONSTANT FIGHT

NOVAS ELEIÇÕES E ANTIGAS PREOCUPAÇÕES: OS DIREITOS POLÍTICOS FEMININOS COMO LUTA CONSTANTE

*Juliana Bertholdj**

*Katya Kozicki***

*Marina Bonatto****

ABSTRACT

In this study it is argued that female participation in politics is a basic requirement for achieving a democracy of greater quality, as well as for protecting the political rights secured in the international human rights system. Thus, by interpreting democracy beyond its mere procedural dimension, this paper proposes an analysis of the crisis of political participation, which is exacerbated by the exclusion of entire sectors of the population from the full exercise of their political rights, allowing them simply to vote and nothing more. Therefore, given that women's difficult access to elected positions has been confirmed by recent Brazilian

-
- * Master of Laws – Pontifical Catholic University of Paraná – Curitiba/PR. School of Law – Graduate Program in Law. Financing through CAPES/CNPq Masters Scholarship. Areas of study: Human Rights, Democracy and Justice. Address: Rua Mauá, 1251, apto. 902, Centro Cívico, Curitiba/PR. E-mail: juliana@bmef.adv.br. Telephone: (41) 99919-4520. No conflict of interest.
- ** Full Professor of Law – Pontifical Catholic University of Paraná and Federal University of Paraná – Curitiba/PR. PUCPR Law School Department – Programs of Graduate and Post-Graduate in Law. UFPR Legal Sciences Department – Programs of Graduate and Post-Graduate in Law. Research Fellow CNPq (National Council for Research). Financing through CNPq Research Productivity Scholarship. Areas of study: Theory of Law, Constitutionalism and Democracy, Human Rights, Transitional Justice and Constitutional Jurisdiction. Address: Rua Rubens dos Santos Costa, 32, apto. 1202, Cristo Rei, Curitiba/PR. E-mail: katyakozicki@gmail.com. Telephone: (41) 99985-5585. No conflict of interest.
- *** Master of Laws – Pontifical Catholic University of Paraná – Curitiba/PR. School of Law – Graduate Program in Law. Financing through CAPES/CNPq Masters Scholarship. Areas of study: Human Rights, Democracy and Justice, Constitutional Law and Gender Studies. Address: Rua Dona Saza Lattes, 925, sob. 2, Uberaba, Curitiba/PR. E-mail: marina.bntt@gmail.com. Telephone: (41) 99818-2506. No conflict of interest.

Supreme Electoral Tribunal studies, it becomes evident that our affirmative actions' system is insufficient to fight this reality. Finally, we will seek to discuss new participation mechanisms, especially those regarding new perspectives in Brazilian legislation.

Keywords: democracy; political rights; gender equality; gender electoral affirmative actions.

RESUMO

Defende-se no presente trabalho que a participação feminina na política constitui requisito básico para a realização democrática de qualidade e para garantia dos direitos políticos conferidos no sistema internacional de direitos humanos. Assim, a partir de uma aceção de democracia que exceda sua mera dimensão procedimental, propõe-se uma apreciação da crise de participação política que é agravada pela exclusão de setores inteiros da população do pleno gozo de seus direitos políticos, que em muito deve superar o simples ato do voto. Deste modo, tendo-se em vista que o pobre acesso das mulheres a cargos eletivos é fato confirmado pelas recentes pesquisas do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, sendo evidente que nosso sistema de cotas é insuficiente para combater tal realidade, buscaremos discutir novos mecanismos de incremento da participação feminina, com fito nas novas visões legislativas brasileiras.

Palavras-chave: democracia; direitos políticos; igualdade de gênero; cotas eleitorais de gênero.

INTRODUCTION

In today's issues of democratic conceptual foundations, the quality of democracy, especially regarding the effective inclusion of so-called social minorities¹, has become a recurring and recognized debate necessary to overcome structural inequalities in electoral systems and the actualization of political rights. In recent years, multiple authors, especially in Latin America, have made numerous efforts to clarify the discussion on the quality of democracy and have used this concept in research on this form of government, aiming towards the full realization of human rights².

Such a discussion obviously runs through the very concept of democracy, an obstacle in itself difficult to overcome and worthy of extensive and dedicated studies, from the most varied perspectives. In this sense, in his work, Giovanni Sartori highlights that when evaluating a democracy from the point of view of

¹ The use of the generic expression "social minorities" in the discussions arising in the area of human rights is repeatedly criticized, in view of the fact that they are usually majorities, such as women. However, considering such groups as politically underrepresented, the use of the expression without major digressions about such criticism will be adopted.

² GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Apontamentos sobre o conceito de qualidade da democracia. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 229-243, jan-abr. 2013.

the etymological definition of its very concept “the insufficiencies are related to the definition, and not to reality”³. In fact, it is undeniable that the substantial challenge of conceptually delineating what constitutes democracy ends up generating significant difficulties in identifying it, so that only then can any eventual discussion about its quality in analyses and practical studies be admitted.

Considering the traditional – merely procedural – conception, democracy would be simply reduced to majority government marked by the periodic exercise of suffrage⁴. It is evident, however, that this minimalist definition does not reflect the completeness of contemporary democratic aspirations: when dealing with the theme in the preface to Friedrich Müller’s work⁵, Fábio Konder Comparato stated that “there is no innocent sovereignty”, because we know that the majority of the people is capable of “democratically crushing the minority, in the name of the national interest” or in the name of other interests, such as “social exclusion, segregation, religious fundamentalism”⁶.

Thus, it is based on this premise that the so-called representative democracy – whose legitimacy is based on the “will of the majority” – might become a true tyranny of the majority from the perspective of social minority groups, with the permission of the current legal system, which endorses repression. Countless historical examples portray such a scenario, not only in wars and revolutions, in which majorities make decisions that violate fundamental rights of minorities, but also in political daily life, in which minority groups are forced to assimilate their will, as legitimate holders of power.

Thus, “the dominance of the majority, a characteristic of democracy, presupposes by its essence a position of the minority, and also politically recognizes such opposition and protects it with fundamental rights and freedoms”. In this sense, “the stronger the minority, the more democratic politics will seek compromises and favor conciliation”⁷.

It is crucial, therefore, that democratic readings and interpretations be carried out in the light of the principle of dialectics, built on the recognition of the existence

³ SARTORI, Giovanni. *O que é a democracia?* 1. Ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2017, Coletânea da Democracia, tradução de Georgia de Souza Cagnet.

⁴ TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos Fundamentais e Democracia: complementariedade/ contrariedade. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 171.

⁵ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 27-28.

⁶ UCHÔA, Marcelo Ribeiro. Poder, direito e democracia: O papel dos direitos humanos na realização do bem comum. Available at: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5377. Access 02/10/2020.

⁷ DANTAS, Ana Cecília de Moraes e Silva. *Democracia, Representatividade e Participação: e as mulheres na política?* Available at: www.periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/download/9704/5287. Access: 02/10/2020.

of multiple forces, with divergent interests and opposing views, that can enjoy the same space of legitimacy in a frank and strong debate. It is understood, therefore, that for a democracy to be considered “truly just” – in that it favors the common good over private interests – it must take human rights as the main benchmark⁸.

In this scope, the Universal Declaration of Human Rights itself states in its article 21 that “everyone has the power to take part in the government of their country, directly or through representatives”, thus demonstrating that in the political sphere all citizens have the right to exercise their electoral capacity, whether active or passive. In the case dealt with in the present work, this right was restated and reinforced by the Convention on the Political Rights of Women, ratified by Brazil in the 1960s, which provides that “women shall be entitled to vote in all elections on equal terms with men, without any discrimination”.

At this time, taking as a starting point this dialectical relationship with human rights and its intrinsic notion of equality, it is unacceptable that the relationship between representativeness and democracy be dealt with in a trivial and simplistic way. One must search for substantive elements that make it possible to overcome the typical contradictions of populist democracy⁹, discussing not only the existence of procedural democracy but also its quality, never losing sight of reflections on human rights and notions of citizenship.

On the subject, Alfredo Gugliano¹⁰ clarifies that when relating quality of democracy to citizenship, spaces would be left open on the value of the capacity of democratic governments to create forms of political management that can ultimately complement elections, recovering the real meaning of democracy as a form of government in which citizens are important, not only to create governments, but to govern. According to the author, this is the horizon that opens up for debates on the quality of democracy and that represents a great challenge for researchers on this issue.

Thus, the discussion about the analysis of the democratic quality resulted in several analytical currents, with most of the concepts under discussion originating from a vision of democracy centered on pluralist paradigms.

José Corbetta and Aníbal Pérez Liñan¹¹, for example, when carrying out a comparative study on four different periods in the history of Argentina, under

⁸ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 27-28.

⁹ OLIVEIRA, Emerson Ademar Borges. Idealismo e Falibilidade na concepção da democracia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 26, 2015.

¹⁰ GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Apontamentos sobre o conceito de qualidade da democracia. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 229-243, jan-abr. 2013.

¹¹ CORBETA, José. LIÑAN, Aníbal Pérez. Calidad de la Democracia y Perspectiva Histórica: Un Análisis del Caso Argentino. *Revista Instituciones y Desarrollo*, n. 10, p. 149- 169, 2001.

light of the parameters of democratic quality, used four dimensions, namely: the validity of political rights and civil liberties; governance; representativity; and citizen participation.

Diamond and Morlino¹², for their part, assert that the existence of differences between countries would not prevent the development of a standard analytic procedure on democratic quality regardless of particular circumstances. With this objective in mind, they suggest the development of eight dimensions related to different constitutive themes of a Polyarchy, including respect for social and political freedoms and progressive implementation of equality policies, the latter of which could include gender affirmative actions, discussed in the present work.

It is precisely in this direction that the subject of this work is inserted: for the structuring of a regime of democratic quality, it is essential that the effective participation of women in spaces of power be guaranteed, even through the progressive implementation of gender equality policies. It is fundamental, however, that these policies also effectively guarantee basic political rights.

Nevertheless, as will be discussed, gender affirmative actions currently applied in Brazil are ineffective in guaranteeing the equal exercise of passive electoral rights by women, who continue to face underrepresentation incompatible with human rights and democratically insufficient – even less so when discussing democratic quality.

THE INEFFECTIVENESS OF THE CURRENT GENDER AFFIRMATIVE ACTIONS MODEL IN THE BRAZILIAN ELECTORAL PROCESS: POWER IS MALE

The numerical majority in Brazil¹³, women are gradually acquiring greater social and economic relevance, currently representing around 44% of the formal labor market and constituting the majority in essential sectors such as public administration, education, health, social services, housing, food and household services¹⁴. In 2015, for example, 40% of Brazilian households were already run by women¹⁵.

¹² DIAMOND, Larry. MORLINO, Leonardo. The Quality of Democracy: An Overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, out. 2004.

¹³ According to data from the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE), the Brazilian population is 48.2% male and 51.8% female. In: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conheça o Brasil – População: Quantidade de homens e mulheres, 2019. Available at: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Last access: 02/10/2020.

¹⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019. Available at: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Last access: 02/10/2020.

¹⁵ IPEA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015. Available at: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf. Access: 02/10/2020.

For José Eustáquio Diniz Alves¹⁶, there was no historical moment more favorable to the achievement of gender equality than the beginning of the 21st century. When dealing with the current scenario, he adds that structural transformations, added to the efforts undertaken by the feminist movements, highlighted the illegitimacy of the artificial asymmetries between men and women.

However, even when combined with international¹⁷ and Brazilian¹⁸ democratic ideals, the demographic expansion and the growing social relevance of women did not translate into a significant increase in the effective participation of Brazilian women in the different spheres of public and private sectors¹⁹, affecting the full realization of political rights and, consequently, human rights.

In the present work, the almost untouched perpetuation of the gender gap identified in Brazilian political representativeness stands out: despite efforts to the contrary, power is masculine, and politics, an environment of passive resistance against female leadership²⁰.

For Rosalba Todaro, “there is a social gender order that interacts with a general social order”²¹, constituting a system of male and female social relations from which a sexual division of labor is extracted from symbolic sexual factors, it being undeniable that gender is also a decisive factor in political relations – in the sexual division of labor that permeates Brazilian society, politics is not a feminine space.

Joan Scott, for her part, highlights a “sexually based social reality”²², in which “sexual difference has been conceived in terms of the domination and control of women”²³, especially in the political sphere, in which gender control goes back to the very construction of the first notions of democracy.

¹⁶ ALVES, José Eustáquio Diniz. Et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). *50 Anos de Feminismo: Argentina, Brasil e Chile: A construção das mulheres como atores políticos e democráticos*. 1.Ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017. p. 52.

¹⁷ Among the numerous examples are the Universal Declaration of Human Rights and the Convention on the Political Rights of Women.

¹⁸ In this context, there’s particular importance to the argumentation of Flávia Piovesan, in the sense that the Brazilian Constitution strengthens and improves the Brazilian democratic stimulus by enshrining participatory democracy establishing mechanisms of direct participation in the people’s Sovereign power, guaranteeing equity and equality between men and women in general (art. 5, I, Federal Constitution). In: PIOVESAN, Flávia. In: BARSTED, Leila L. e PITANGUY, Jaqueline (orgs.). *O progresso das mulheres no Brasil: 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU MULHERES, 2011. p. 63.

¹⁹ PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. 1ª Ed. Curitiba: Editora UFPR, 2016. p. 59.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem. p. 195.

²² SCOTT. Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, v.15, n. 2, 1990. p. 79.

²³ Ibidem. p. 81.

In the same vein, Luciana Panke²⁴ adds that the development of the female experience, from the perspective of gender relations, was directly associated with power relations, in which sexism and patriarchy defend male domination – a construction that acquires special strength in political relations. Thus, for male candidates, the barriers of party support, campaign financing and obtaining a reliable team are significantly reduced by the eminently masculine characteristics of this power-hungry territory.

These findings of studies of democracy and citizenship from a feminist perspective are confirmed by the recent surveys carried out by the Superior Electoral Court (TSE), from which one can conclude that Brazilian women, despite constituting 52% of the country's electorate in 2018²⁵, comprise only 15% of parliament. Brazil therefore occupies the 134th position in political gender equality among 193 countries²⁶.

Currently, only 77 of the 513 Brazilian federal deputies are women and only 12 of the 81 senators elected in 2018 are women, according to a report by the United Nations and the Inter-Parliamentary Union²⁷.

With mediocre performance, we currently occupy a more unfavorable position in the world ranking than four of the five countries elected by the United Nations as “the worst to be a woman”²⁸: Honduras, Democratic Republic of the Congo, Egypt and Saudi Arabia.

It is not surprising, therefore, that the Brazilian percentage of women in Parliament is well below both the world average, which is nearly 23%, and the average for the Americas, which is nearly 28%. It is also not surprising that the first female bathroom for parliament members in the Brazilian Senate was only opened in January 2016²⁹.

Clearly, the percentage data presented reflects a disproportion that demonstrates how much the alleged national democracy denies women minimal participation in the decision-making inherent to the political process in true

²⁴ PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. 1ª Ed. Curitiba: Editora UFPR, 2016. p. 196

²⁵ TSE. *Mulheres representam 52% do eleitorado brasileiro*. Available at: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/mulheres-representam-52-do-eleitorado-brasileiro>. Access: 02/10/2020.

²⁶ Agência Câmara de Notícias. *Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara*. Available at: <https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Access 02/10/2020.

²⁷ Ibidem.

²⁸ SELBY, Daniele. *These are the worst countries to be a woman*. *Global Citizen*. Available at: <https://www.globalcitizen.org/en/content/worst-places-woman-yemen-congo-saudi-arabia/>. Access 02/10/2020.

²⁹ ALEGRETTI, Laís. *Plenário do Senado terá banheiro feminino 55 anos sua inauguração*. *GI*. Brasília, 05 de jan. de 2016. Available at: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/01/plenario-do-senado-tera-banheiro-feminino-55-anos-apos-inauguracao.html>. Access: 02/10/2020.

representative democracies,³⁰ in contradiction to the very democratic foundations and constitutional determinations.

When dealing with female political representativeness in Brazil, Clara Araújo points out that:

[...]The unequal participation of women in political spaces, particularly those that demand representation, is based on historical reasons, related to the process of exclusion of women as political subjects of rights at the time when the figure of the politician was institutionalized in the public sphere (our translation)³¹.

The author goes even further when analyzing that “the historical background marked the insertion of women in the political world”³². In fact, historically and worldwide, women’s political representation is far from desirable.

For no other reason, international organizations have been engaged in the dissemination of data and reports on the subject, including defending the institution of gender affirmative action to ensure that women will constitute, at least, “critical minorities”, comprising 30% to 40% of national Parliaments³³. Currently, it is estimated that half of countries use some kind of electoral gender affirmative action³⁴, precisely due to the need of carrying out progressive implementation of equality policies as proposed by Diamond and Morlino when dealing with the quality of democracy.

The Gender Affirmative Actions’ Project proposed by the UN and the Inter-Parliamentary Union provides for three types of affirmative actions, in order to increase the participation of women in political representation.

According to Drude Dahlerup³⁵, the gender affirmative quota system employed in politics can have the following configuration, normally replicated in legislative initiatives aimed at reducing under-representation of women in politics: 1. Reserving seats for women in Parliament; 2. Gender quotas legally required for the list of candidates; 3. Quotas voluntarily constituted by political parties.

³⁰ In addressing the issue, Vergo and Schuck point out that the proposal for parity democracy emerges as a strategic framework in combating the male monopoly in the exercise of power in all spheres of decision-making. In: VERGO, Terezinha Maria Woelffel; SCHUCK, Elena de Oliveira. A representação política das mulheres enquanto desafio à qualidade da democracia. *V Congresso Uruguaio de Ciência Política*, out. 2014. p. 3-4.

³¹ ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos – as mulheres e as demandas por presença. In: MURARO, Rose Marie; e PUPPIN, Andréa Brandão (orgs.). *Mulher, Gênero e Sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. FAPERJ, 2001.

³² Ibidem.

³³ DAHLERUP, Drude. About Quotas. Quota Project. Available at: <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>. Access 02/10/2020.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

Brazil is no exception to this rule. In the country, the legislation passed to improve women's opportunities to enter political life has been categorized under #2 in the scheme proposed by Dahlerup since 1995, the year in which Brazilian Federal Statute No. 9,100/95 came into force, determining that at least 20% of vacancies for each party or coalition were to be filled by one of the genders. Brazilian Federal Statute No. 9.504/97 (Electoral Law) increased the minimum percentage of each gender to 25%, being raised again to 30% in subsequent elections, a percentage currently maintained.

In addition, in 2009 the electoral reform introduced by Brazilian Federal Statute No. 12.034/09 instituted new provisions in the Political Parties Act (Brazilian Federal Statute No. 9096/1995) in order to stimulate the promotion and diffusion of female participation in politics when determining that the resources of party funds must be applied in the creation and maintenance of programs to promote and disseminate women's political participation in at least 5% of the total transferred values.

These measures, however, have not been as fruitful as expected: the quality and effectiveness of the methods and legislation currently in use must be questioned, since the quotas adopted in the Brazilian system, as well noted by Raquel Preto³⁶ “invite women to the ball, but do not invite us to dance”, allowing for serious flaws that prevent actual female participation in democracy and the achievement of “greater equality”³⁷.

This fact is clearly seen in the Electoral Justice databases: although the quotas have been in force since 1995³⁸, acquiring the current format in 2010³⁹, further developments have been rather timid: from 5% of seats in the Brazilian Parliament in 1990⁴⁰, we have moved to 15 % in 2016⁴¹.

³⁶ Notes taken during the speech of Lawyer Raquel Preto, at the 6th Paraná Lawyers Conference, in August 2017.

³⁷ SARTORI, Giovanni. *O que é a democracia?* 1. Ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2017, Coletânea da Democracia, tradução de Georgia de Souza Cagneti. p. 205.

³⁸ Law no. 9,100/1995 prescribed the requirement to register at least 20% of female candidates for each party or coalition, inaugurating the affirmative action policy in Brazil.

³⁹ As ruled out by the Superior Electoral Court in the 2010 elections, paragraph 3 of article 10 of Law No. 9,504/97, in the wording given by Law No. 12,034/2009, establishes the mandatory observance of the minimum and maximum percentages of each sex, which is measured according to the number of candidates actually registered.

⁴⁰ KARPSTEIN, Carla. Representatividade feminina na política e nas cadeias de comando: a meritocracia e o preconceito. *Gazeta do povo* Available at: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/representatividade-feminina-na-politica-e-nas-cadeias-de-comando-a-meritocracia-e-o-preconceito-53h8jn34e47v46uv058javwo4>. Access: 02/10/2020.

⁴¹ Agência Câmara de Notícias. Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara. Available at: <https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Access 02/10/2020.

The reasons for the low development that has taken place are related to the many obstacles faced by female candidates, related not only to deficient or inefficient legislation, but also to the lack of campaign funding and symbolic violence: sexism, objectification, stigmatization⁴². Pierre Bordieu claims to always see “male domination and the way it has imposed itself and sustained itself, the best example of that paradoxical submission, a consequence of what is seen as symbolic violence, a numbing violence, an insensitive and invisible violence to the victims themselves”⁴³. Victims who do not recognize the violence they suffer and who also do not know the ways to remedy it⁴⁴.

The discussions about the stagnation in the percentage of women parliament members that affects Brazilian women are summed up in a re-victimization, in view of the many allegations of electoral fraud: in the 2016 municipal elections, across the country, 14,417 women were registered as candidates, but did not receive a single vote – not even their own. In 2018, 24 people registered zero votes at the ballot box, 21 of whom were women⁴⁵.

The high number of these occurrences indicates that there is a movement of fraudulent electoral applications – when the party launches candidates only to fill the mandatory quota of 30%, without investing in the campaign of these candidates – rendering the electoral rule meaningless.

In the 2008 Brazilian elections, the judicial orientation of the Superior Electoral Court (TSE) was effectively transformed, based on the judgement of the Special Electoral Appeal No. 14-9/PI⁴⁶, a process in which the background discussion was precisely the electoral fraud to the gender quota. In this judgment, in a pioneering way, the TSE understood that registering candidates with the only goal of filling quotas constitutes electoral fraud, allowing for judicial measures

⁴² PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. 1ª Ed. Curitiba: Editora UFPR, 2016. p. 42.

⁴³ BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 31.

⁴⁴ The “Women in Politics” survey conducted by the Brazilian Institute of Public Opinion and Statistics (IBOPE) and Instituto Patrícia Galvão in 2009 draws attention to data that reveal Brazilians’ lack of knowledge about gender electoral quotas – only 24% of respondents knew about it. When informed about the gender quota law, 75% of respondents were in favor. Available at: http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2009/08/pesq_mulheropol.pdf. Access: 02/10/2020.

⁴⁵ Agência Estado. Maioria dos “candidatos laranjas”, que não receberam nenhum voto, é mulher. *Correio Braziliense*, 18 de out. de 2018. Available at: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/10/18/interna_politica,713521/maioria-dos-candidatos-laranjas-e-mulher.shtml. Access: 02/10/2020.

⁴⁶ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 35.880 (42427-91.2009.6.00.0000) – CLASSE 32 – LUZILÂNDIA – Piauí de Relatoria do Ministro Arnaldo Versiani. Available at: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19108043/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-35880-pi/inteiro-teor-104259678>. Access: 02/10/2020.

in those situations in which the circumvention of the legislation was identified. Until then, the only means for suing against such occurrences was through an *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* (AIME), a judicial action to prevent the candidate from taking office. Among other hypotheses, this suit may be filed against situations in which a candidate seeks to obtain a mandate through fraud.

A year later, the Brazilian Electoral Justice innovated by understanding the possibility of investigating electoral quota fraud through an Electoral Judicial Investigation Action (*Ação de Investigação Judicial Eleitoral*, AIJE). This decision was widely questioned by scholars, since statutory requirements for said electoral action has no provision for applicability in cases of fraud.

Attempts to circumvent the gender quota system and other minority representation guarantee systems are not exclusive to Brazil: in 2009, the Mexican case of the “Juanitas”, processed in the Superior Electoral Court under No. SUP-JDC 12624/2011 and its respective attachments, became known precisely due to an electoral maneuver to circumvent the local quota legislation. In this famous case, political parties filled gender quotas with wives, sisters, daughters and other women with close personal ties to male political leaders, who, when elected, yielded their positions to male alternate representatives. By decision of the *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, political parties were obliged to present at least 40% of candidates of a single gender, being mandatory that candidate and alternate be of the same gender⁴⁷.

However, it was only very recently that similar decisions started to be adopted in a more significant way in the Brazilian Electoral Justice: the Electoral General Attorney Office began to take an active position in November 2016, by sending guidance to the Regional Attorneys⁴⁸, which, in turn, instructed the local public attorneys of the electoral zones to initiate preparatory electoral procedures with a view to ascertaining the actual truth to applications of women who did not receive any votes.

After investigating fraud in fulfilling the minimum percentage of 30% of the quota for each gender, the instructions were to propose electoral lawsuits against those responsible.

Nonetheless, it was observed the great damage that the increased filings of such actions had been causing to the women who, often unsuspectingly, were

⁴⁷ BUENO, Emma Roberta Palu; COSTA, Tailaine Cristina. Meu pé de cota laranja: a Justiça Eleitoral e seu papel na garantia da efetivação da participação da mulher na política. In: SALGADO, Eneida Desiree; KREUZ, Letícia Regina Camargo; BERTOTTI, Barbara Medonça Bettotti. *Mulheres Por Mulheres: memórias do I encontro de Pesquisa por/de/sobre mulheres*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

⁴⁸ Orientação Genafe 01/2016 do Ministério Público eleitoral. Available at: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Orientaon01Mulheres.pdf>. Access: 02/10/2020.

part of electoral coalitions containing gender fraud: since the fraud was a legal defect of origin, many elected candidates passed to run the serious risk of having their mandates annulled and revoked.

Thus, in 2017, in a controversial decision, it was determined the exclusion of women as parties judicial actions against elected candidates, under the risk of – in combating ilegal behavior that could damage affirmative actions – acutally harming members of the minority that should have been beneficiaries of such actions. That is, if electoral mandates are judicially contested and lost, it will only be in relation to the male candidates involved, which generated a lot of controversy.

Based on this guidance, countless electoral lawsuits were promoted across the country, with special concern for the termination of the mandates of only male candidates, making exception for the mandates of female candidates. Some authors point out, to which Jose Luis Blaszak agrees, that it would not be technically correct to partially cancel the DRAP (declaration of regularity of party acts) without affecting both genders' applications, men and women alike⁴⁹. Nevertheless, such decisions have been made under the argument of protecting the *intuito legis*, the legislative intention.

It is evident, therefore, that it is not by chance that debates about party quotas in the Legislature have been rich in argumentation, both in terms of the constitutionality and conventionality of such affirmative actions and to show the weight of cultural barriers in interpretations about the representativity of women in elective offices.

Essentially, what it is discussed in the present work is if the persistent problem of under-representation could not be solved only with the adoption of more aggressive legislation that would, in fact, guarantee a reserved number of seats in Parliament – as the #1 modality of the scheme produced by Dahlerup, thus abandoning the questions related to eventual original legal defects in the coalitions generated by the “registration quotas”, which would be replaced by the so-called “seat quotas”.

THE IMPLEMENTATION OF POLICIES ON GENDER ELECTORAL AFFIRMATIVE QUOTAS THAT ENABLE THE REALIZATION OF QUALITY DEMOCRACY IN BRAZIL

Evidently, from the above, legislative changes are necessary with regard to the allocation of special funds from the party fund, since the lack of support from the political parties themselves is a constant feature of women's electoral campaigns⁵⁰.

⁴⁹ BLASZAK, José Luís. Opinião: Abusos na proposição de ações sobre cotas de gênero nas eleições. Available at: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/jose-blaszak-abusos-proposicao-acoes-cotas-eleitorais>. Access: 02/10/2020.

⁵⁰ PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. 1ª Ed. Curitiba: Editora UFPR, 2016. p. 59.

Therefore, considering the insufficiency of the system currently in force in the country, it is crucial to analyze the legislative proposals that address, directly or indirectly, female participation in politics and its adaptation to international human rights documents aimed at the actualization of female political rights and, consequently, of the greater quality of democracy.

Regarding the proposals that originated in the Chamber of Deputies there is Proposal of Constitutional Amendment (PEC) No. 205/07, authored by Deputy Luiz Carlos Hauly and others, and PEC No. 371/13, authored by Deputy Iriny Lopes and others, which is currently attached to the first proposal.

PEC No. 205/2007 adds new paragraphs to article 45 of the Brazilian Constitution, which reserves vacancies for women in both the Chamber of Deputies and the Federal Senate. For the Chamber of Deputies, the percentages set would be of 20% for the 2010 elections, and from 25% for the 2014 elections to 33% for the subsequent elections. For the Senate, a third of the representation of States and the Federal District in the Federal Senate would be reserved for women in the 2010 and subsequent elections. Note that the dates foreseen in the proposal have already expired, but the reserve determinations, if they are to be temporally adapted at the time they are eventually approved, would have a definitive character.

As for the proposed amendments to the Constitution presented within the scope of the Federal Senate, there is PEC No. 98/2015, and PEC No. 23/2015. The first adds Article 101 to the Transitional Constitutional Provisions Act to reserve vacancies for each gender in the Chamber of Deputies, in the Legislative Assemblies of the states, in the Legislative Chamber of the Federal District and in City Councils. This proposition is still at the Chamber of Deputies, as PEC No. 134/2015 from the Federal Senate, and is awaiting to be voted since 2016. If this project is approved, the presence of at least 10% of women in the legislative would be mandatory in the next elections, 12% female participation would be mandatory in a second next election and 16% in a subsequent third election. After this period, the obligatory provision of such percentages will be extinguished, as an increase in female participation in politics is expected to have been generated after 12 years.

Another Proposal of Constitutional Amendment (PEC), under No. 23/2015, proposed by Senator Vanessa Grazziotin and others, in turn, adds article 16-A to the Brazilian Constitution, to enforce gender parity in the seats of the Chamber of Deputies, of the Legislative Assemblies of the states, of the Legislative Chamber of the Federal District and of the City Councils. In its original wording, the PEC provides for the allocation of at least 50% of the vacancies for each gender, under statutory enforcement, allowing, in the hypothesis of an odd number of vacancies, that the number of elected members of a sex outnumber the number of elected members of the other sex by one.

With regard to the propositions of subconstitutional nature, it should be noted that its origins are closely associated with the work of special commissions dedicated to political reform. There is special relevance to Bill No. 6593/2013, authored by Deputy Henrique Fontana, which is a far-reaching proposal that provides for the electoral system establishing proportional elections as a whole and for the exclusive public financing of electoral campaigns. This proposal was the result of efforts undertaken within the scope of the Special Commission for Studying Political Reform, installed in 2011, which had deputy Henrique Fontana as rapporteur.

Also noteworthy is the Manifesto of Civil Society for Political Reform, a document signed by more than one hundred Brazilian civil society organizations, including the National Confederation of Bishops of Brazil (CNBB), Brazil's Order of Attorneys (OAB) and the Social Movements for Political System Reform Platform. The project of bill, a popular initiative on political reform and transparent elections, seeks to guarantee the alternation of gender in the parties' predefined lists in proportional elections, with a two rounds voting system.

It should be noted that this political reform project is also being processed in the Chamber of Deputies. The proposal was taken over by countless deputies, led by Deputy Luiza Erundina, who, while safeguarding due credit to the institutions that led the civil society movement in favor of political reform, presented it as a parliamentary initiative bill to her fellow parliamentarians. Currently, the proposal is pending in the Chamber of Deputies as Bill No. 6316/2013.

The difference between the two proposals examined above resides in the fact that, in the case of the civil society project, the gender alternation in the list is absolute, respecting parity, whereas, in the case of the Chamber of Deputies proposal, the alternation contemplates the existence of an alternation on the gender of the candidates for every three positions on the list.

Had they been approved, any of these proposals for gender alternation in the composition of predefined lists would necessarily produce an increase in the number of candidates with actual possibilities of being elected. In fact, the alternation proposed by civil society would be equivalent to a quota of at least 50% for women in party applications. Deputy Henrique Fontana's proposal is less than that, setting a minimum of one-third for women within an alternation scheme for every three candidates.

Such questions, as shown, are extremely relevant, especially when we consider the importance and urgency of the topic: there is a notable resistance to discussing legislative proposals for quotas in plenary sessions in parliament, purposefully perpetuating the gender gap in politics. On October 3rd, 2016, women occupied the National Congress to pressure its current president to initiate voting procedures on PEC No. 134/2015, from the Federal Senate, which had already

been approved at the Senate itself, and was scheduled in that day's agenda, ready for voting in the Chamber of Deputies since 2016, to no avail⁵¹.

It should be noted that several countries have already obtained quite satisfactory results with a seat quota, with a world average of approximately 25% of female participation. However, it should also be noted that far beyond the modification of the Brazilian quota system for seat reservation, greater attention to gender equality issues would have significant impacts, since in none of the countries studied, the female participation of above 20% seat quotas has been dissociated from public policies for female empowerment⁵².

This year, new elections are approaching without any legislative change to guarantee greater female representation. It is up to us to have a broad and in-depth discussion of the theme, accompanied by strong social pressure for public policies on female empowerment and to bring a social call for more effective quotas, so that in the future we can celebrate the actualization of women's political rights and the consequent improvement of Brazilian democratic quality.

FINAL CONSIDERATIONS

Female under-representation in politics today is a direct consequence of the exclusion of women from public space, a situation that has long been seen as natural. In Brazilian society, which has patriarchal foundations, women gradually entered this space and broke the duality between the private sphere, a place reserved for women, and the public sphere, reserved for men. Nonetheless, this movement that occurred and occurs at a slow pace, is far from configuring a linear and growing trajectory, because the attacks and setbacks go hand in hand with the victories of women, and they continue to encounter several barriers in their path.

It was at the municipal level that, in 1928, a woman was elected for the first time.

Luíza Alzira Soriano Teixeira was elected the first mayor of Brazil, in the city of Lajes, Rio Grande do Norte. 92 years later, in 2020, in a universe of 5,568 municipalities, only 649 are governed by women. According to the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) data, although women make up 51% of the Brazilian population, they govern only 12% of the municipalities. It is also important to highlight that the number of mayors elected in 2016 was lower than in 2012.

⁵¹ BRITO, Débora. Deputadas discutem com Maia PEC que cria cota para mulheres no legislativo. Available at: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-08/deputadas-discutem-com-maia-pec-que-cria-cota-para-mulheres-no-legislativo>. Access 02/10/2020/

⁵² IDEA. Gender Quotas Database. Available at: <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas>. Access: 02/10/2020/

According to data from the Instituto Alziras, 91% of the total female mayors in office since 2017 were elected in municipalities with up to 50,000 inhabitants, which means that municipalities governed by women cover only 7% of the country's population⁵³.

According to the Superior Electoral Court, of the 5,568 Brazilian municipalities, 2,963 have a female majority in the electorate. However, in only 24 municipalities women are the majority in the City Councils. And what is even more alarming, in 1,286 municipalities all councilors are male⁵⁴.

When thinking about women in politics, one cannot help but take into account that women do not constitute and have never constituted a homogeneous group. If women were and still are excluded, those who suffer other types of discrimination besides gender discrimination are even more excluded.

The right to vote was extended to women in Brazil in 1932, but when it was recognized voting was not mandatory, and only married women who had the authorization of their husbands or single women and widows with their own income could vote. In 1933, the right to vote was again ensured, but this time only to women who exercised paid functions in public positions⁵⁵. In other words, since its recognition, guaranteeing voting rights to "all" women masks the exclusions of many and the different vectors of power to which they are subjected.

If the number of women in political office at the municipal level is already low, even more so is the number of black women in charge. Currently, black women represent 27% of the Brazilian population, but are in charge of only 3% of Brazilian municipalities.

Of the 57,800 city councilors elected in 2016, only 328 are black women, amounting to 0.6% of the total, and 2,546 are brown women, 4.4% of the total. And even their being elected cannot be considered an absolute success, because many of these women continue to be discriminated against and persecuted in their political life, as happened with Marielle Franco. Murdered on March 14th, 2018, Marielle was the only black woman in the legislature of the Rio de Janeiro City Council.

According to former Minister Marina Silva, "all women who managed to enter politics by some means that were not through special protection, through being someone's daughter or wife, are pioneers". And the current scenario,

⁵³ Instituto Alziras. Perfil das Prefeitas no Brasil (2017-2020). Available at: <http://preefitas.institutoalziras.org.br>. Access: 02/10/2020.

⁵⁴ TSE. Eleições 2016: número de prefeitas eleitas em 2016 é menor que 2012, 08 de nov. de 2016. Available at: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/eleicoes-2016-numero-de-preefitas-eleitas-em-2016-e-menor-que-2012>. Access: 02/10/2020.

⁵⁵ Agência Senado. Direito ao voto reconheceu a cidadania. Available at: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/MulheresPolitica/not03.htm>. Access: 02/10/2020.

increasingly marked by attacks on minorities, makes the issue even more complex. According to Silva, “in other scenarios, it was already difficult. Imagine now, in a context where people no longer have any ethical, moral and humanitarian interdictions to try to disqualify these groups”⁵⁶.

Many have said that the year 2020 can symbolize a watershed when it comes to women’s candidacies at the municipal level, because these will be the first elections in which the parties will have to allocate 30% of the electoral fund to finance female candidates. In addition, from this year on, in combination with the Declaration of Regularity of Party Acts (DRAP), each party must submit a list of candidates who will dispute the municipal election to the Electoral Justice.

Nevertheless, the electoral records no longer present such hopeful data. According to the databases of the Superior Electoral Court, out of the 19,141 candidates, only 2,496 are women and their names are not a majority in the race for mayor in any of the 33 parties. To put it another way, in 2020, only 1 in 10 applications in City Hall electoral races belongs to a woman. The percentage of women running for mayor is the same recorded in the 2016 and 2012 elections, which demonstrates that the scenario we live in today can remain the same, increase in a very timid manner or even worsen, as occurred from 2012 to 2016.

If the barriers were already numerous beforehand, the COVID-19 pandemic appears as one more obstacle. According to researcher Ermelinda Ireno, who defends the equal occupation of men and women in Parliament, women can be the most affected in municipal elections, in her words:

Are men and women who are at home with their children establishing the same activities? Or has the accumulation of activities returned to the hands of women? And this accumulation of activities in the hands of women will prevent them from playing the game, it will prevent them from going to the arena in the same way as men. I think that this scenario of municipal elections will be detrimental to the participation of women (**our translation**)⁵⁷.

If the journey was already long and at a slow pace before, it is now possible for us to move backwards, which makes the discussion about a pluralist and feminist view of electoral quotas for women even more urgent, in order to enable a quality democracy.

⁵⁶ TAVARES, Joelmir; GARCIA, Guilherme. Instável, avanço da atuação feminina na política será testado com novas regras. *Folha de São Paulo*, 01 de set. de 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/08/instavel-avanco-da-atuacao-feminina-na-politica-se-ra-testado-com-novas-regras.shtml>. Access: 02/10/2020.

⁵⁷ Agência Câmara de Notícias. Debatedoras cobram punição para partidos que não cumprem cota de 30% de mulheres candidatas. Available at: <https://www.camara.leg.br/noticias/680749-debatedoras-cobram-punicao-para-partidos%E2%80%A8%E2%80%A8-que-nao-cumprem-cota-de-30-de-mulheres-candidatas/>. Access: 02/10/2020.

REFERENCES

- Agência Câmara de Notícias. Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara. Available at: <https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Access: 02/10/2020.
- Agência Câmara de Notícias. Debatedoras cobram punição para partidos que não cumprem cota de 30% de mulheres candidatas. Available at: <https://www.camara.leg.br/noticias/680749-debatedoras-cobram-punicao-para-partidos%E2%80%A8%E2%80%A8-que-nao-cumprem-cota-de-30-de-mulheres-candidatas/>. Access: 02/10/2020.
- Agência Estado. Maioria dos “candidatos laranjas”, que não receberam nenhum voto, é mulher. *Correio Braziliense*, 18 de out. de 2018. Available at: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/10/18/interna_politica,713521/maioria-dos-candidatos-laranjas-e-mulher.shtml. Access: 02/10/2020.
- Agência Senado. Direito ao voto reconheceu a cidadania. Available at: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/MulheresPolitica/not03.htm>. Access: 02/10/2020.
- AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 35.880 (42427-91.2009.6.00.0000) – CLASSE 32 – LUZILÂNDIA – Piauí de Relatoria do Ministro Arnaldo Versiani. Available at: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19108043/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-35880-pi/inteiro-teor-104259678>. Access: 02/10/2020.
- ALEGRETTI, Laís. Plenário do Senado terá banheiro feminino 55 anos sua inauguração. *GI*. Brasília, 05 de jan. de 2016. Available at: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/01/plenario-do-senado-tera-banheiro-feminino-55-anos-apos-inauguracao.html>. Access: 02/10/2020.
- ALVES, José Eustáquio Diniz, et al. “Meio século de feminismo e o empoderamento das mulheres no contexto das transformações sociodemográficas do Brasil”. In: BLAY, Eva A.; AVELAR, Lúcia (orgs.). *50 Anos de feminismo – Argentina, Brasil e Chile: a construção das mulheres como atores políticos e democráticos*. 1. ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.
- ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos – as mulheres e as demandas por presença. In: MURARO, Rose Marie; e PUPPIN, Andréa Brandão (orgs.). *Mulher, gênero e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. FAPERJ, 2001.
- BARSTED, Leila L. e PITANGUY, Jaqueline (orgs.). *O progresso das mulheres no Brasil: 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU MULHERES, 2011.
- BLASZAK, José Luís. Opinião: Abusos na proposição de ações sobre cotas de gênero nas eleições. Available at: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-20/jose-blaszak-abusos-proposicao-acoes-cotas-eleitorais>. Access: 02/10/2020.
- BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BRITO, Débora. Deputadas discutem com Maia PEC que cria cota para mulheres no legislativo. Available at: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-08/deputadas-discutem-com-maia-pec-que-cria-cota-para-mulheres-no-legislativo>. Access: 02/10/2020

BUENO, Emma Roberta Palu; COSTA, Tailaine Cristina. Meu pé de cota laranja: a Justiça Eleitoral e seu papel na garantia da efetivação da participação da mulher na política. In: SALGADO, Eneida Desiree; KREUZ, Letícia Regina Camargo; BERTOTTI, Barbara Medonça Betotti. *Mulheres Por Mulheres: memórias do I encontro de Pesquisa por/de/sobre mulheres*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

CORBETA, José. LIÑAN, Aníbal Pérez. Calidad de la Democracia y Perspectiva Histórica: Un Análisis del Caso Argentino. *Revista Instituciones y Desarrollo*, n. 10, p. 149-169, 2001.

DAHLERUP, Drude. About Quotas. Quota Project. Available at: <http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>. Access: 02/10/2020.

DANTAS, Ana Cecília de Moraes e Silva. *Democracia, representatividade e participação: e as mulheres na política?* Available at: www.periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/download/9704/5287. Access: 02/10/2020.

DIAMOND, Larry. MORLINO, Leonardo. The Quality of Democracy: An Overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, out. 2004.

GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Apontamentos sobre o conceito de qualidade da democracia. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 229-243, jan.-abr. 2013.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2019. Available at: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Access: 02/10/2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conheça o Brasil – População: Quantidade de homens e mulheres, 2019. Available at: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Access: 02/10/2020.

IDEA. Gender Quotas Database. Available at: <https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas>. Access: 02/10/2020/

Instituto Alziras. Perfil das Prefeitas no Brasil (2017-2020). Available at: <http://preefitas.institutoalziras.org.br>. Access: 02/10/2020.

IPEA. Retrato das desigualdades de gênero e raça – 1995 a 2015. Available at: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf. Access: 02/10/2020.

KARPSTEIN, Carla. Representatividade feminina na política e nas cadeias de comando: a meritocracia e o preconceito. *Gazeta do povo* Available at: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/representatividade-feminina-na-politica-e-nas-cadeias-de-comando-a-meritocracia-e-o-preconceito-53h8jn34e47v46uv058javwo4>. Access: 02/10/2020.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Idealismo e Falibilidade na concepção da democracia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 26, 2015.

Orientação Genafe 01/2016 do Ministério Público eleitoral. Available at: <http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/Orientaon01Mulheres.pdf>. Access: 02/10/2020.

PANKE, Luciana. *Campanhas eleitorais para mulheres: desafios e tendências*. 1. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2016.

SARTORI, Giovanni. *O que é a democracia?* 1. ed. Curitiba: Instituto Atuação, 2017, Coletânea da Democracia, tradução de Georgia de Souza Cagneti.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, v.15, n. 2, 1990.

SELBY, Daniele. These are the worst countries to be a woman. *Global citizen*. Available at: <https://www.globalcitizen.org/en/content/worst-places-woman-yemen-congo-saudi-arabia/>. Access: 02/10/2020.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos Fundamentais e Democracia: complementariedade/ contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TAVARES, Joelmir; GARCIA, Guilherme. Instável, avanço da atuação feminina na política será testado com novas regras. *Folha de São Paulo*, 01 de set. de 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/08/instavel-avanco-da-atuacao-feminina-na-politica-sera-testado-com-novas-regras.shtml>. Access: 02/10/2020.

TSE. Eleições 2016: número de prefeitas eleitas em 2016 é menor que 2012, 08 de nov. de 2016. Available at: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/eleicoes-2016-numero-de-prefeitas-eleitas-em-2016-e-menor-que-2012>. Access: 02/10/2020.

TSE. *Mulheres representam 52% do eleitorado brasileiro*. Available at: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/mulheres-representam-52-do-eleitorado-brasileiro>. Access: 02/10/2020.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. Poder, direito e democracia: O papel dos direitos humanos na realização do bem comum. Available at: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5377. Access: 02/10/2020.

VERGO, Terezinha Maria Woelffel; SCHUCK, Elena de Oliveira. A representação política das mulheres enquanto desafio à qualidade da democracia. *V Congresso Uruguaio de Ciência Política*, out. 2014.

Data de recebimento: 13/10/2020

Data de aprovação: 21/01/2021

NOVOS RUMOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA SOB CONTEXTO DO PROCESSO COLETIVO

NEW DIRECTIONS FOR ACCESS TO JUSTICE UNDER THE CONTEXT OF THE COLLECTIVE PROCESS

*Milena Zampieri Sellmann**
*Natalia Oliveira de Abreu***
*Diogo Sandret da Costa Fonseca****

RESUMO

O presente escrito objetiva analisar sobre o acesso à justiça inserido no contexto do processo coletivo à luz dos valores e das necessidades contemporâneas diluídas em questões de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Identifica-se os motivos do impedimento ao acesso à justiça, bem como, os aspectos relevantes para o cidadão socorrer-se ao judiciário. O tema enfrenta polêmicas atuais relacionadas ao acesso à justiça, cuja adoção pela sociedade se mostra essencial para dirimir conflitos de interesse por meio da jurisdição. Assim, indica como problema central da pesquisa, se o acesso à justiça no âmbito do processo coletivo pode galgar a concretização das garantias fundamentais. Utiliza o método qualitativo, com base em pesquisa documental, valendo-se de legislação e doutrina. Os resultados discutem, portanto, a necessidade de se ofertar nova interpretação sobre o acesso ao processo coletivo.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Jurisdição. Processo coletivo.

* Doutora, mestre e especialista em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização e mestrado) em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena (UNISAL). Professora do Damásio Educacional e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ). Tabela e Oficiala no Estado de Minas Gerais. E-mail: milenasellmann@hotmail.com. Cel.: (12) 98146-3033.

** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UCDB-MS. Professora em curso técnico profissionalizante do Estado de Mato Grosso do Sul. Graduada em Direito pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado do Pantanal (UNIDERP) Advogada. E-mail: nataliabreu1888@hotmail.com. Cel.: (67) 99984-5567.

*** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Graduado em Direito pela Universidade de Taubaté (UNITAU). Advogado. E-mail: advsandret@gmail.com. Cel.: (12) 99244-9554.

ABSTRACT

This writing aims to analyze the access to justice inserted in the context of the collective process in the light of contemporary values and needs diluted in issues of diffuse, collective and individual rights and interests homogeneous. It identifies the reasons for preventing access to justice, as well as the relevant aspects for the citizen to help the judiciary. The issue faces current controversies related to access to justice, whose adoption by society is essential to resolve conflicts of interest through jurisdiction. Thus, it indicates as a central problem of the research, whether access to justice in the context of the collective process can lead to the realization of fundamental guarantees. It uses the qualitative method, based on documentary research, using legislation and doctrine. The results discuss, therefore, the need to offer a new interpretation about access to the collective process.

Keywords: Access to justice. Homogeneous diffuse, collective and individual rights and interests. Jurisdiction. Collective process.

INTRODUÇÃO

O direito à prestação jurisdicional através de mecanismos processuais deve ser apto a propiciar decisão útil, tempestiva e justa ao jurisdicionado. A eficácia e efetividade da tutela jurisdicional são grandes responsáveis pela produção e satisfação no plano prático, logo, pouco adianta ter acesso à justiça e ser ineficaz.

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma visão sobre o acesso à justiça inserido no contexto do processo coletivo. Traz reflexões sobre motivos do impedimento ao acesso à justiça e sugere soluções para obtenção da melhoria e efetividade do acesso à justiça em âmbito do processo coletivo.

Propõe responder ao seguinte problema de pesquisa: se o acesso à justiça no âmbito do processo coletivo pode galgar a concretização das garantias fundamentais? A pesquisa examina esse contexto ao analisar doutrinas, projeto de lei e normas que apresentam caráter processual.

A metodologia de pesquisa científica empregada do ponto de vista de sua natureza, é elaborada na forma de pesquisa indutiva, pois almeja gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da ciência do direito, envolvendo interesses no âmbito difusos, coletivos e individual homogêneo. Da perspectiva forma de abordagem do problema, contém uma pesquisa qualitativa, por considerar que há uma relação dinâmica entre o ambiente social e o objeto de estudo, ou seja, uma ligação indissociável entre a objetividade fática e a subjetividade material do caso em concreto.

O procedimento técnico adota a pesquisa bibliográfica, e justifica o estudo por material já publicado, principalmente, obras jurídicas e com um novo frescor em seus posicionamentos e ideias jurídicas. Procura extrair as informações de

livros doutrinários voltados para a área da efetivação da dignidade da pessoa humana pelo acesso à justiça.

Por derradeiro, este trabalho pretende interpretar, à luz da Constituição Federal, do Código de Processo Civil, do Microsistema do Processo Coletivo e, recortes doutrinários que versem sobre o assunto em pauta dirimir dúvidas acerca da efetivação ao acesso à justiça pelo processo coletivo como garantia fundamental vinculada ao neoprocessualismo.

O tema faz-se relevante uma vez que o acesso à justiça, pois traz uma reflexão da codificação do processo coletivo, bem como sobre uma segurança jurídica social para os cidadãos que socorrem ao Poder Judiciário. Além disso, o assunto trata de uma das garantias aos direitos fundamentais.

ACESSO À JUSTIÇA: GERAÇÕES DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS, VINCULADA AO NEOPROCESSUALISMO

Profundas modificações na história da humanidade são produzidas pela sociedade e o direito as denomina em gerações das garantias fundamentais.

A primeira geração é relacionada aos direitos individuais¹ (direito a liberdade e direito a propriedade privada). Por seu turno, a segunda geração² alcança os direitos sociais, culturais e econômicos, como uma ação proativa do Estado em proteger seus cidadãos e oferecer melhor qualidade de vida. Já a terceira geração³ vincula-se aos direitos da coletividade, grupos de indivíduos ou da totalidade deles, sendo que esta categoria de geração é a que defende os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conhecidos como transindividuais.

¹ Os direitos de primeira dimensão são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563-564.

² Quando ao conceito dos direitos de segunda geração: a segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice. BULOS, Uadi Lamnêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 403.

³ Por sua vez, os direitos de solidariedade estão sobremaneira relacionados à melhoria da qualidade de vida entre os seres humanos, incluindo-se aí, dentre tantos outros, o direito à paz, ao desenvolvimento, à preservação do patrimônio histórico e cultural, ao meio ambiente saudável e à autodeterminação dos povos. LEMOS, Vinicius Martins. A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 97, set./out. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.14_1.PDF. Acesso em: 19/08/2020.

As denominadas gerações possibilitam vislumbrar a relação de evolução da sociedade com a necessidade de proteção das garantias fundamentais, sendo o acesso à justiça um direito individual de primeira e segunda geração, porém em âmbito do processo coletivo transforma-se em direito de terceira geração, uma vez que é o direito não só do indivíduo, mas de um grupo de pessoas determinadas ou indeterminadas que encontra-se pleiteado.

Embora acesso à justiça possa parecer apenas uma questão de ingresso à justiça, o acesso “efetivo” à justiça enseja também a discussão sobre como o sistema jurídico brasileiro tem procurado proporcionar seu ingresso de maneira igualitária, garantindo soluções justas e justiça social aos anseios da sociedade como um todo.

A Constituição Federal de 1988 aborda em seu art. 5º, inciso XXXV⁴ que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com isso, aquele que sentir prejudicado em razão de lesão ou ameaça a direito poderá provocar a prestação jurisdicional do Estado.

Segundo Liebman: “podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos estatais com o objetivo de formular e praticamente implementar a regra legal concreta que, segundo a lei atual, disciplina uma situação jurídica específica”⁵. Em meio a isso, percebe-se que o autor interpreta a jurisdição como a atividade dos órgãos estatais através de uma atuação prática e efetiva do que dispõe a lei para o caso concreto.

O acesso à justiça – que representa desde o conhecimento de direitos até soluções efetivas para as lides –, em sua plenitude, é um instituto de relevância significativa que interfere diretamente na perfeita realização da cidadania. Há, pois, de ser encarado como uma das mais básicas garantias fundamentais, por ser de extrema relevância para avaliar, verdadeiramente, o acesso à cidadania.

A expressão acesso à justiça nasce da garantia dos direitos fundamentais, estabelecido na Constituição Cidadã de 1988, onde todos os cidadãos têm direito a um processo justo e, com duração razoável (art. 5º, LXXVIII), bem como, é chancelado o direito a ingressar com uma ação para quem não tem condições financeiras de arcar com as despesas processuais (art. 5º, LXXIV), por tanto a partir do momento em que recorre-se a via judicial para pleitear um bem da vida que preteritamente ocorreu lesão ou que poderá vir a ser prejudicado, socorrer-se-á ao acesso à justiça.

⁴ Embora o destinatário final desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão. NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 426.

⁵ Possiamo considerare la giurisdizione come l'attività degli organi dello Stato diretta a formulare e ad attuare praticamente la regola giuridica concreta che, a norma del diritto vigente, disciplina una determinata situazione giuridica. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1984. p. 6.

Intrinsecamente e, em matéria processual, sob ângulo objetivo, as normas processuais têm que ser compatível com as normas de direitos fundamentais, já sob a vertente subjetiva, os direitos fundamentais podem ser objeto de um processo, neste último caso o processo tem que ser adequado à tutela dos direitos fundamentais e, que por ventura, sejam objeto do processo.

Por esta nova maneira de pensar o processo, ou seja, com um fim constitucional para garantir os direitos fundamentais, doutrinadores os denominaram de neoprocessualismo. Mas nem sempre foi assim, o processo brasileiro passou por algumas fases até chegar no que se conhece e atua os tribunais hodiernamente.

A primeira fase processual denominada de Praxismo ou Imanentismo, que permanece até meados do século XIX, fase em que não se separa a ideia de direito processual e direito material; na segunda fase, chamada de processualismo, ativo até meados do século XX, até o momento em que o processo desvincula-se do direito material e constrói autonomia, mais de maneira enfática nos países da Alemanha e da Itália; por fim na terceira fase, o processo é entendido como Instrumentalista, neste momento, há um olhar para fora do processo formal, além da sua lógica interna, existe grande preocupação com o acesso à justiça, a efetividade do processo, a tutela dos novos direitos e interesses⁶ (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos⁷) e sua adequação e aproximação ao direito material.

Na terceira fase processual, denominado de Instrumentalismo, há estudos em outras áreas como a da economia, da sociologia, entre outros, juntamente com o que já é conhecido sobre procedimentos processuais e sobretudo àquelas relacionadas à justiça.

A respeito de justiça, Rawls (1999, p. 3) escreveu:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma

⁶ Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento que passam a ser amparados pelo direito os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 623.

⁷ Os **direito e interesses difusos** caracterizam-se pela **indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo)** e pela **indeterminabilidade de seus titulares (elemento subjetivo)**, que estão ligados entre si, por **circunstâncias de fato (elemento comum)**.

Já os **direito e interesses coletivos** caracterizam pela **indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo)** e pela **determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo)**, que estão ligados entre si, ou com a parte contrária por uma **relação jurídica-base (elemento comum)**.

Os **direitos e interesses individuais homogêneos**, por sua vez caracterizam-se pela **divisibilidade de seu objeto (elemento objetivo)** e pela **determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo)**, decorrendo a homogeneidade da “**origem comum**” (**elemento comum**) (grifo da autora). YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 3-4.

teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam dever ser reformadas ou abolidas se são injustas⁸.

Como um sistema de pensamento, a justiça insurge-se diante de uma virtude de instituições sociais. O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.

Para muitos estudiosos, o Instrumentalismo seria o fim do desenvolvimento do processo, porém, o processo encontra-se na quarta fase, onde há reconstrução da ciência processual, tomando por base as premissas metodológicas atuais. O neoprocessualismo, também chamado de Positivismo Processual ou Formalismo-valorativo, sobre o tema:

Valoração dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constituição do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição⁹.

A flexibilização processual é necessária para ocorreu as desamarras burocráticas dos atos processuais, tornar o procedimento processual não só mais célere, como mais efetivo e compreensível para a população, abarcando logicamente sempre a Constituição Federal e leis, conforme o caso em questão.

O acesso à justiça no Brasil¹⁰, advém pelas gerações de garantias fundamentais, vinculada ao neoprocessualismo, dentro do direito processual cível, para obtenção do direito à cidadania, uma vez que o indivíduo quando sofre algum

⁸ Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; like wise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999. Disponível em: http://www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=docs_biblio&file=BiblioContenuto_3641.pdf. Acesso em: 25/08/2020.

⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2020. p. 204.

¹⁰ Para viabilizar o efetivo acesso à justiça dos titulares dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ou seja, para atribuir-lhes uma técnica processual apta a realizar a pacificação do conflito com justiça, o modo de ser do processo foi sensivelmente modificado no processo coletivo, especificamente no que toca à legitimação ativa. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 8. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 40-41.

dano, impedimento ou ameaçado tem de ter pleno acesso às leis dentro do ordenamento jurídico, onde o acesso à justiça é a ferramenta que o Estado e o contrato social o oferece para tanto.

É de tamanha relevância o acesso à justiça, visto que sem tal direito, o cidadão além de sofrer no seu íntimo as mazelas da injustiça fica órfão do Estado que o abandona, podendo, por vezes, fazer com que este indivíduo recorra a justiça de tabelião, ou seja, a justiça com as próprias mãos, criando outros inúmeros problemas sociais e consequentes injustiças sociais.

PROCESSO COLETIVO: UMA RUPTURA COM A VISÃO INDIVIDUALISTA

O processo coletivo é instrumento processual que pleiteia o bem da vida coletivo, legitima a função social, ou seja, as garantias fundamentais, uma vez que esta busca a efetivação dos valores democráticos de direito.

A Constituição Federal em seu art. 5º instrumentaliza processos com efeitos coletivos como o mandado de segurança coletivo (inciso, LXX), mandado de injunção (inciso, LXXI) e a ação popular (inciso, LXXIII). Além de outras relevantes disposições que veem para complementar o sistema do ordenamento jurídico brasileiro, como o Código de Defesa do Consumidor¹¹ – Lei n. 8.078/1990 e a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985.

A ação coletiva, na acepção hoje conhecida e tratada, teve origem nos Estados Unidos da América em 1845, com a *Equity Rule*. Na década de 70, há influência norte-americana da *classaction*, que faz surgir novas tendências através de dois grandes juristas (Mauro Cappelletti e Bryant Garth) representantes de distintas correntes jurídicas mundiais (*commom* e *civil law*) que enriquecem o direito contemporâneo com aquilo que eles vieram denominar de “ondas renovatórias do direito processual”.

No Brasil¹² a atuação processual coletiva especificadamente está alinhada com os casos de interesses difusos, interesses coletivos (*lato sensu*) e interesses individuais homogêneos, sendo a ação processual de interesses difusos a ferramenta processual mais adequada para levar ao direito material à esfera do judiciário.

¹¹ Ao prever uma estrutura formal para a tutela coletiva o CDC garantiu aos grupos a possibilidade de veicular quaisquer pretensões afirmadas como pretensões coletivas em juízo, desde que dissessem respeito a uma coletividade de pessoas, reconhecendo a dimensão coletiva dos direitos subjetivos, já garantida pela Constituição. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 83.

¹² O princípio de acesso à Justiça deve ser considerado princípio fundamental que informa o processo coletivo, de maneira que esse acesso se dê de forma ampla, na redação adotada pelo inciso I do artigo 3º do Projeto de lei n. 5.139/2009. BARBOSA, Maria da Graça Bonança. Os princípios do processo coletivo e o papel do juiz em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo na justiça do trabalho – 2014. 406 f. *Tese* (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 62.

A possibilidade de tutela coletiva apresentou uma ruptura com a visão individualista que pairava sobre o processo civil brasileiro e trouxe a necessidade de se revisitar conceitos clássicos atinentes ao processo civil individual de forma a compatibilizá-los com a nova realidade do processo civil. Surge a necessidade de reformulação dos esquemas até então concebidos como a legitimação¹³, a representação, a substituição processual, os limites da coisa julgada e os poderes dos juízes na condução dos processos com essa nova feição.

Alguns autores elencam alguns dos motivos pelos quais a ação coletiva possibilita o acesso mais amplo e efetivo à ordem jurídica justa:

- (i) uma ação coletiva pode substituir várias ações individuais; (ii) permite a tutela de cidadãos que não teriam acesso ao Judiciário e (iii) racionalização da prestação jurisdicional, permitindo que o Poder Judiciário participe das controvérsias nacionais¹⁴.

O processo coletivo é de extrema importância, uma vez que traz em si o cerne do coletivo, pleiteia não somente o direito de cada indivíduo, mas defende o direito de toda sociedade, ou grupo¹⁵ que sofre alguma lesão, trazendo consigo a efetivação processual da democracia.

O objetivo do Processo Coletivo está inteiramente relacionado ao objeto litigioso, as partes tem de ser determinado coletivo ou difusa, com uma situação jurídica relevante, lesionada ou não, para a escolha desta processualidade ser eficiente e buscar com efetividade englobar todos os direitos relacionados e pessoas envolvidas na lide.

Desta forma, o processo coletivo, nasce para ser uma ferramenta de proteção e viabilização dos direitos de um grupo ou da coletividade, que por muitas vezes sequer sabe ou entende que vem sofrendo ou tem sofrido alguma lesão em seus direitos humanos ou não vislumbram a maneira adequada de pleitear o judiciário para garantir o direito, ora violado ou ameaçado.

¹³ Assim, enquanto no processo individual a regra é a legitimação ordinária (apenas o titular do direito material controvertido pode ir a juízo em nome próprio), no processo coletivo foi necessário instituir a legitimação extraordinária como padrão, admitindo-se que determinadas pessoas ou entes compareçam a juízo, em nome próprio, para defender direito ou interesse alheio. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo; *op. cit.*, p. 41.

¹⁴ PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUR, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 89.

¹⁵ No Brasil, a defesa dos interesses de grupos começou a ser sistematizada com o advento da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) e da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que distinguiu os interesses transindividuais em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

Efetivação das garantias fundamentais no processo coletivo

As garantias fundamentais são normas que asseguram o exercício do interesse, portanto, normas assecuratórias, trazem em seu cerne a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, insta destacar o seguinte contexto:

A dignidade da pessoa humana é um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição. É considerada como o nosso valor constitucional supremo, o núcleo axiológico da constituição, ou seja, o centro em torno do qual gravitam os direitos fundamentais... Visto a dignidade da pessoa humana pressupor, portanto, a igualdade entre os seres humanos, o princípio da igualdade é uma consideração de interesses que versa em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso. Não por generosidade mas por solidariedade, que é uma necessidade imposta pela própria vida em sociedade. O solidário é aquele que defende os interesses alheios porque, direta ou indiretamente, eles são interesses próprios¹⁶.

A dignidade da pessoa humana, dentre vários aspectos, e por este ângulo, vem atrelada ao acesso à justiça, visto o ser humano, quando vive em sociedade, ser limitado à regras sociais e, dentre delas, as regras jurídicas, neste caso regras processuais, quando há conflito com outro ser que ali também habita, ou seja, no mesmo território. Neste momento as partes devem se socorrer ao judiciário, que por sua vez, deve estar sempre disposto a resolver qualquer conflito que o é requerido, caso isso não ocorra, há uma limitação ao direito das pessoas conviverem em sociedade de uma maneira digna, ocorre, desta forma, a lesão as garantias fundamentais.

Portanto a dignidade da pessoa humana encontra-se explícita e/ou implícita em toda a Constituição Brasileira de 1988, ora concretizada como princípio, ora vislumbrada como regra, mas sempre com intuito de efetivar o direito do ser humano. A Constituição deve resgatar a sua normatividade através de um trabalho de interpretação que, sem ignorar os fatos concretos da vida, consiga concretizar “de forma excelente” os seus princípios¹⁷.

Assim, para que a dignidade humana não constitua uma promessa não cumprida e “não se desvaneca como mero apelo ético” é fundamental sua concretização judicial, através de um constante e renovado trabalho de interpretação e aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade¹⁸.

¹⁶ SELLMANN, Milena Zampieri; ABREU, Natalia Oliveira. O processo coletivo e a efetivação da dignidade da pessoa humana no âmbito do incidente de resolução de demanda repetitiva. *Conpedi virtual*. Florianópolis, n. 1, p. 6-23, set. 2020. ISBN: 978-65-5648-039-8. p. 3.

¹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 22-23.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.149.

A efetivação da dignidade da pessoa humana pode ocorrer no âmbito do processo coletivo¹⁹ que, visa proteger os inúmeros direitos, princípios e regras implícitos e explícitos do ordenamento jurídico. Um sistema jurídico se faz através de um estudo sistemático de conceitos, institutos afins e princípios.

O Código de Defesa do Consumidor juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, veio estabelecer um microsistema de tutela coletiva no direito brasileiro, formando um conjunto de normas principiológicas do direito processual coletivo, que se aplicam em regra a todas as tutelas coletivas: conceito tripartite de interesses coletivos; coisa julgada coletiva; não taxatividade das tutelas coletivas. Essa hermenêutica decorre do princípio da ampla tutela jurisdicional coletiva, que admite todos os tipos de ação para tutelar esses direitos.

Devido à criação desse microsistema de tutela coletiva, direitos transindividuais, inclusive regulados em legislação própria, poderão ser tutelados por ele, tais como: à Habitação e Urbanismo (Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade e Parcelamento do Solo – Lei n. 6.766/1979); à proteção do Patrimônio Público (Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/1993 e Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/1992); o Meio Ambiente (Código Florestal – Lei n. 4.771/1965; Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental – Lei n. 6.902/1981; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/1981; Política Nacional de Biossegurança PNB – Lei n. 11.105/2005 etc.); direito dos idosos (Lei n. 10.741/2003); das crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/99); das comunidade indígena (Lei n. 6.001/1973); dos Portadores de Deficiência (Lei n. 13.146/2015) etc.

Também se expandiram aos órgãos de atuação desse microsistema: Defensoria Pública no rol de legitimadas para a propositura da ação (Lei n. 11.448/2007) e a instituição do Ministério Público como principal agente da tutela coletiva (Lei n. 8.625/1993 e Lei Complementar n. 75/1993).

Portanto a coexistência dos dois sistemas de tutela processual na atualidade: o sistema individual, cujo instrumento legal idôneo é o Código de Processo Civil e o microsistema de tutela coletiva, instituído principalmente pela Lei Ação Civil Pública e pelo Código do Consumidor, encontram-se integrados aos institutos de aplicação dos direitos transindividuais, tendo eles por titulares desses direitos o indivíduo e toda a coletividade, enquanto podem ser autores ofensivos tanto o particular quanto o Estado.

¹⁹ Ação coletiva pode ter por objeto a defesa de direitos difusos e coletivos individuais homogêneos evitando assim a proliferação de demandas individuais e o desperdício de tempo atividade energia e o que é pior a possibilidade de decisões divergentes para uma mesma situação fática a demanda coletiva contribui para desobstruir a máquina judiciária em razão do ajuizamento de milhares de ações individuais veiculadas de interesses dispersos e fragmentados na sociedade. SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 48.

Assim, efetivando-se a dignidade da pessoa humana no processo coletivo, como facultativo, contudo, muita das vezes mais vantajosa, por motivo de procedimento processual ou meios de concretude probatória, a dignidade da pessoa humana é acolhida pela sistemática processual jurídica, que se efetiva na órbita judiciária para se obter uma decisão, quando tais direitos, princípios ou regras encontram-se em conflito.

Aspectos do acesso à justiça no processo coletivo

É importante que se possua o conhecimento para buscar salvaguardar o direito abusado, não obstante a isso, é imprescindível que todos possam fazê-lo em igualdade de condições e em nome de um sistema igualitário.

São inúmeros os motivos que levam as pessoas a não ingressarem no pleito judiciário. A falta de conhecimento do próprio direito²⁰, por exemplo, é uma delas, o cidadão sequer tem a ideia de estar ausente o direito que o é cerceado naquela situação, porém, isso não o blinda de não sofrer as injustiças do caso em concreto. Observa-se, que o problema não é inerente às classes menos favorecidas monetariamente, ainda que estas sejam muito atingidas pela falta de conhecimento e informação, pois tal dificuldade jurídica afeta todas as classes sociais e delas resulta impedimento para uma justa decisão.

Possibilitar a todos a assistência judiciária também é um dos enunciados processuais relevantes, visto o ato de ingressar processualmente, além de técnico, é oneroso, este direito é encontrado no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988 e proclama uma das garantias fundamentais, o acesso ao judiciário de maneira integral, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”²¹.

O dever a uma justiça gratuita também é observado no mesmo art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, pois muitas das vezes a informação ao direito lesionado existe, a assistência ao judiciário ocorre, mas o autor não tem condições de arcar com custas processuais, assim o mesmo terá acesso ao judiciário, de forma isonômica ao que têm condições de arcar com o procedimento processual, seguindo de acordo com os requisitos necessários e comprovação da carência econômica em questão, conforme o Código de Processo Civil, por isso a Constituição brasileira tem como garantia fundamental oferecer a todos a assistência judiciária e gratuita a quem necessitar.

²⁰ Não poucos, pelo país afora, simplesmente ignoram que têm determinados direitos e que, se algum for lesado ou ameaçado de lesão, é possível reclamar do Estado uma providência reparadora ou acautelatória. Ignoram, também, que deles mesmos se esperam certas iniciativas. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito a assistência jurídica: evolução no direito brasileiro. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 19, n. 55, p. 60-75, jul. 1992.

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01/09/2020.

Outrossim, alguns Códigos e Leis esparsas no ordenamento jurídico, como o Juizado Especial Cível, oferecem mecanismos para pleitear de maneira individual e específica. O instituto do *jus postulandi*, é o direito à capacidade que se faculta a postular perante as instâncias judiciárias as suas pretensões na Justiça por conta própria, outro instrumento é o advogado dativo, chamado de *ad hoc*, este é nomeado pelo juiz para a defesa do acusado em determinado ato processual, caso ele ainda não tenha nomeado outro. Todas essas ferramentas vislumbram-se para um alcance do cidadão ao judiciário, pois o Estado deve oportunizar os instrumentos, órgãos e informações as todas as pessoas.

Mas isso só não basta, tem de haver a garantia aos direitos, e não apenas proclamá-los. Existe “potencial” garantia de um direito quando reconhecido, mas ainda não é a satisfação final deste direito e, portanto, não pode-se só anunciá-los e deduzir que o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário já findaram o trabalho e exercício de cidadania para com o cidadão.

Entre todos os percalços elencados, ainda há, a demora na solução de processos, de um aparelho judiciário abarrotado de casos pendentes e que tampouco possui infraestrutura suficiente para abraçar e julgar as causas levadas até ao judiciário. Por vezes as decisões finais chegam tardiamente e as pretensões dos envolvidos modificam-se ao longo tempo.

Dessa forma Luhmann²² comenta:

Quem poderá dizer, com a segurança necessária, se as conseqüências que não surgem imediatamente da decisão, produzir-se-ão realmente? Quem excluirá que se apresentem conseqüências inesperadas, que podem mudar a valoração da decisão “*a posteriori*”? Quem garantirá que a decisão mesma manter-se-á de forma constante?

Todas os questionamentos de Luhmann são intrigantes, faz refletir de que modo realmente o ato processual e seu decurso de tempo vincula a vida dos participantes da lide, e dos afins a eles.

Assim, o “acesso” deve pressupor, então, novas formas de solução para determinados conflitos. As técnicas de negociação, a conciliação, a arbitragem, a mediação e o processo coletivo são alternativas que já se encontram operando à margem do controle estatal. Percebemos, contudo, que esta ampliação da tutela jurisdicional é uma das importantes questões a serem discutidas para que se possa trabalhar a conflituosidade de maneira satisfatória, efetiva e com segurança jurídica.

²² LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Sequência*. Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 15-29, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871/14360>. Acesso em: 04/09/2020.

Impedimentos ao acesso efetivo à justiça no processo coletivo

A identificação das barreiras da efetividade no acesso à justiça é necessária para que se possa perceber como vencer as principais dificuldades. Claro que a estas unem-se muitas outras, mas procurar-se-á mapear aquelas essenciais para análise, no intuito de refletir acerca do que pode ser enfrentado e modificado.

Os valores e o transcurso de tempo levado do Poder Judiciário para proferir uma decisão definitiva ao caso é de extrema burocracia e lentidão, visto através dos cidadãos. O bordão popular “a justiça tarda, mas não falha”, atualmente é impactante para muitos não ingressarem com ações judiciais, uma vez que não acreditam que seu direito será sanado a tempo de seus anseios.

Também, são os altos custos processuais, este institui um fator que dificulta enormemente o acesso de muitos à justiça. Sem dúvida, aqueles que não encontram essa dificuldade têm maior acessibilidade por poderem suportar os riscos e o tempo despendido de um litígio. Entendem-se como custos todas as despesas representadas numa ação judicial, ou seja, além das custas processuais, os honorários advocatícios e o risco da sucumbência.

Outro item a ser pontuado são os denominados litigantes eventuais e os litigantes habituais, conforme Cappelletti e Garth²³, aqueles são pessoas que têm pouco contato com o sistema jurídico e estes, por vez, que têm experiência, nas palavras dos autores:

As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

O litigante habitual acarreta melhor desenvoltura em suas habilidades procedimentais, perante o juízo, já que a experiência modifica atitudes. Porém, para que isso ocorra é necessário ter assegurado o direito a um efetivo acesso à justiça, flexível e atuando para com aquele que se socorre nela.

Portanto, é cogente mobilizar grupo de pessoas para enfrentar juntas suas causas e desenvolver táticas para o amparo de seus direitos. Nessa linha, há casos em que necessariamente os indivíduos devem estar agrupados, como nos casos de direitos coletivos ou difusos, que rompem com a postura individualista que

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 25.

serve de base para a processualística desde muito tempo, tornando a lide mais inclusiva pelo âmbito econômico e pelo acesso à justiça.

Os direitos transindividuais, tratam-se dos direitos difusos, coletivos (*lato sensu*) e interesses individuais homogêneos, consistem em interesses que ampliam e ultrapassam o conceito de interesse individual, tampouco constituindo um interesse público. Diferentemente da postura tradicional, estes interesses pertencem a coletividades (determináveis ou indetermináveis) de indivíduos.

As dificuldades com relação a essa nova categoria de interesses difusos e coletivos reside na dispersão dos titulares, que necessitam organização e informação para se agruparem com a finalidade de unir esforços em benefício próprio, uma vez que se demandassem de forma unitária não conseguiriam pleitear e provar com afinco e de maneira efetiva o pedido do bem da vida requerido.

Os obstáculos econômicos, sociais e culturais também fazem-se presentes. Os cidadãos com menores recursos tendem a ter dificuldades em reconhecer um problema jurídico sendo, por isso, fundamental transmitir a todos a maior carga de conhecimentos de direitos possível. É imprescindível educar juridicamente os cidadãos; não somente os financeiramente hipossuficientes, uma vez que, como já dito, este é um problema que afeta os indivíduos em geral. Disso advém que muitos acabam por ignorar a potencial reparação jurídica. Tal fato acontece devido a fatores como frustrações com relação a experiências anteriores ou, ainda, o temor de represálias em se recorrendo aos tribunais.

Santos demonstra que:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas²⁴.

Fatores sociais, culturais e econômicos demonstram ser causas latentes da população para manter-se distantes do Poder Judiciário e com isso da garantia fundamental ao acesso à justiça. Uma situação que tem de ser revertida de maneira paulatinamente, com leis mais flexíveis, com mecanismos menos burocráticos e entendíveis a todos que busquem seu legítimo direito.

A discriminação por pleitear um direito pode parecer absurdo em alguns ciclos sociais ou até mesmo em cidades com maior rede de informações, porém é uma realidade que ainda existe em muitos lugares do país.

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 170.

Para o Poder Judiciário esta questão é de extrema importância e deve ser observada, pois a própria necessidade de alargamento da tutela judicial para interesses transindividuais, bem como a ampliação e democratização da administração da justiça para além dos mecanismos convencionais, abranger os métodos alternativos de resolução de disputas.

Devida ao sentimento negativo pelo judiciário, há outras formas de se pensar e alcançar a lícita justiça, com ferramentas extrajudiciais de conflitos, pode ser uma outra vertente para o alcance ao acesso à justiça.

Portanto, os impedimentos relacionados ao acesso à justiça são inúmeros, tanto externamente no âmbito social, quanto internamente, dentro do próprio Poder Judiciário, suas comarcas e administração a depender de cada região e realidades. O que deve ser feito é refletir e encontrar novas soluções para antigos problemas como a questão do processo coletivo que engloba grupos determinados de pessoas ou não.

SOLUÇÃO PARA O ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO COLETIVO

As reformas que visam ao ataque às barreiras que impedem o acesso à justiça e por consequente sua efetividade, especialmente o Projeto de Acesso à justiça de Florença, de Cappelletti e Garth propõem reformas com o intuito de promover o acesso, desenvolvidas em torno da metáfora “ondas”.

A primeira onda tem enfoque na assistência judiciária, é o auxílio da gratuidade da justiça às pessoas hipossuficientes de recursos financeiros, esta objetiva viabilizar a todos o exercício de seus direitos. Como é imprescindível a assistência de advogados para ajuizar uma ação judicial posta sob leis e processos complicados, esta onda de reformas pretende oportunizar a todos igualdades de condições, especialmente tornar viáveis os pleitos a quem não puder dispor de recursos financeiros para ajuizar uma demanda por sua conta.

Havendo certos limites impostos pelo Código de Processo Civil na seção IV, para que não haja abusos desta ferramenta processual quando a pessoa puder fazer a manutenção desta ação de maneira suplementar também é lembrado, a exemplo de alguns arts. 98 e ss. do Código Processual Civil.

A segunda onda, são os denominados pelo autor, de novos direitos, os direitos transindividuais. As transformações da sociedade trouxeram a necessidade de rompimento com a postura tradicional e individualista do processo. A tutela jurisdicional necessitou ser alargada para abranger direitos novos, surgidos com a própria evolução da sociedade e que tratam de interesses de grupos de indivíduos e até de coletividades inteiras.

São interesses diferenciados, pois, além das condições ampliativas do pedido e da causa de pedir que as caracterizam, são direitos em relação aos quais a

sanção além de terem o caráter repressivo, também agem em nome da educação e da conscientização para prevenir potenciais problemas que possam surgir no futuro. A forma promocional que assumem é fundamental, pois normalmente uma violação a interesse transindividual dificilmente será reparada na mesma medida, ela toma uma proporção muito mais elevada para garantir os direitos e garantias fundamentais.

Os direitos transindividuais são propostos no âmbito do judiciário pela ferramenta do processo coletivo, que por vezes, se subsidia no processo civil. Assim, o processo coletivo, nasce como uma ferramenta para conseguir suprir a necessidade dos direitos difusos e coletivos ameaçados. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição.

Conforme Gisele Leite²⁵, em seu artigo Considerações gerais ao direito processual coletivo, declara: “O acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, objetivando a solução de conflitos, que, por serem de massa, possuem dimensão social e política, assumindo uma feição própria e característica no processo coletivo”. O Processo coletivo, tendo o caso condições para ser analisado no âmbito coletivo traz uma alternativa viável, eficiente e econômica para obtenção ao acesso à justiça.

O reforço processual é o princípio da instrumentalidade das formas, este deve assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo a seu destino final, sendo a pacificação com justiça, protegendo e abarcando o escopo jurídico, social e político.

Outros institutos, como reforço da coisa julgada de âmbito nacional e a expressa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade pela via da ação coletiva, levarão ainda mais o processo coletivo, na apropriada expressão de Kazuo Watanabe²⁶, “molecularizar os litígios”, evitando o emprego de inúmeros processos voltados a dar solução de controvérsias fragmentárias, dispersas e atomizadas.

Logo, a técnica processual coletiva deve estar a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de maneira a atender à solução do litígio e a garantia aos direitos fundamentais em seu cerne processual.

A terceira onda, dá enfoque ao acesso à justiça, faz referência a vias alternativas de acesso e estuda técnicas desvinculadas do sistema dominante, constituindo métodos alternativos de resolução de conflitos como a mediação, conciliação, a arbitragem e na Ação Civil Pública o Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

²⁵ LEITE, Gisele. Considerações gerais ao direito processual coletivo. *Jornal Jurid.* 2017. ISSN: 1980-4288.

²⁶ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A arbitragem é uma maneira alternativa de resolver conflitos, seja entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas, sem que haja a participação do poder judiciário. Apesar de sua característica informal, uma sentença arbitral tem o mesmo efeito de uma sentença judicial, encontrada no ordenamento jurídico na Lei n. 9.307/1996 e no Código de Processo Civil.

A conciliação e a mediação se constituem na solução amigável de um conflito, sendo que na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito, elencado no art. 165, § 2º, CPC e a mediação, o mediador facilita o diálogo entre os litigantes para que eles proponham soluções a seus problemas, encontrado no art. 165, § 3º do CPC.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um acordo celebrado entre as partes interessadas com o objetivo de proteger direitos de caráter transindividual. Trata-se de um título executivo extrajudicial que contém pelo menos uma obrigação de fazer ou de não fazer e a correspondente cominação para o caso de seu descumprimento.

É esse o foco do § 6º ao art. 5º da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), ao estabelecer que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Tem natureza de acordo substitutivo de penalidade, possuindo em regra feição pré-processual e contendo obrigação de caráter líquido e certo.

Afora a resolução do problema em si, o instituto implica na desoneração do Poder Judiciário e dos órgãos de regulação administrativa, que terão mais tempo e recursos para cuidar das suas demais demandas. Portanto, a ideia de economia, eficiência e celeridade não diz respeito apenas ao órgão legitimado para o TAC ou ao caso concreto, mas a todo o sistema jurídico. Há, também, uma certa informalidade na negociação que deixa as partes envolvidas mais à vontade quanto ao conteúdo e ao momento da proposta.

A solução para o acesso à justiça em processo coletivo de modo a garantir uma segurança jurídica pode insurgir de uma codificação do microssistema processual coletivo com base em tendências do direito romano-germânico, de forma a buscar uma adequação dos institutos coletivos sob a ótica da teoria dos direitos humanos.

O acesso à justiça torna-se o modo mais concentrado de se buscar qualquer outro direito humano e fundamental. Uma via de comunicação do Estado para com o cidadão quando ocorre uma lesão social ou individual, portanto tem de ser efetiva, economicamente viável, razoavelmente célere e sempre segura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos revelam vários pontos importantes extraídos sobre o acesso à justiça, entre os quais, as gerações de garantias fundamentais vinculadas ao neoprocessualismo e aspectos relacionados ao processo coletivo com o fim de alcançar obediência à discricionariedade e parcimoniosidade do estudo.

O acesso à justiça, é a mão invisível da justiça, tem de esta colocada sempre a disposição dos cidadãos para efetivar o seu fim, o de trazer e proteger todos os direitos e interesses fundamentais, seja eles difuso, coletivo ou individual homogêneo.

O caminho do desenvolvimento e da evolução dos direitos ao longo dos tempos é tema que enseja infindáveis discussões. Pode-se afirmar, todavia, que todas essas características que envolvem o acesso à justiça na contemporaneidade devem fomentar a luta por efetividade, ou seja, não basta o reconhecimento de direitos se estes não saem do papel.

É necessário novas percepções além da ampliação de direitos ou de mecanismos de discussão desses direitos, que incluam o pensar ao acesso à justiça de maneira ampla, voltada para o seu verdadeiro cumprimento e para a melhora das condições de vida num ambiente processualmente saudável.

Deste modo, o processo coletivo é uma forma relevante de assegurar o direito ao acesso à justiça, e por assim garantir os direitos fundamentais, tendo em seus litigantes uma maior quantidade de pessoas abarcada pela decisão judiciária; uma relevante segurança jurídica, vez que, ela expande-se para um grupo determinado ou indeterminado e, uma efetividade mais contundente, já que mobiliza uma única vez a máquina judiciária.

Em meio a isso, cabe destacar que a viabilização de forma célere e efetiva ao acesso à justiça em ações coletivas possibilita simplificar a solução de conflitos, equacionando-as em grandes categorias de interesses e de interessados, de forma a prevenir tanto a repetição atomizada de processos essencialmente similares, quanto à inibição de direitos daqueles cuja vulnerabilidade, inércia, ou descrença conduzi-se à insatisfação.

Outrossim, o processo coletivo representa uma das maneiras do cidadão se sentir parte integrante da sociedade e por fim de saber que o Estado Democrático de Direito não o abandonará a margem de qualquer percalço.

Assim, tem-se olhado para as necessidades de melhoria na ordem jurídica por meio da inserção de uma codificação do processo coletivo partindo de modelos e situações da realidade brasileira. A possibilidade de estruturação do processo coletivo além de proporcionar maior segurança jurídica possibilita, também, um favorecimento para a interpretação do direito em casos concretos.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.
- BARBOSA, Maria da Graça Bonança. Os princípios do processo coletivo e o papel do juiz em prol da efetividade da reparação do dano moral coletivo na justiça do trabalho – 2014. 406 f. *Tese* (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01/09/2020.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo. Brasília/DF: D.O.U. de 17/03/2015, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09/09/2020.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo. Brasília/DF: D.O.U. de 12/09/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 01/09/2020.
- BULOS, Uadi Lamnêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LEITE, Gisele. Considerações gerais ao direito processual coletivo. *Jornal Jurid.* 2017. ISSN: 1980-4288.
- LEMOES, Vinicius Martins. A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 97, set/out. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.14_1.PDF. Acesso em: 19/08/2020.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1984.
- LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Sequência*. Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 15-29, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871/14360>. Acesso em: 04/09/2020.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito a assistência jurídica: evolução no direito brasileiro. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 19, n. 55, p. 60-75, jul. 1992.
- NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUR, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999. Disponível em: http://www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=docs_biblio&file=BiblioContento_3641.pdf. Acesso em: 25/08/2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2020.
- SELLMANN, Milena Zampieri; ABREU, Natalia Oliveira. O processo coletivo e a efetivação da dignidade da pessoa humana no âmbito do incidente de resolução de demanda repetitiva. *Conpedi Virtual*. Florianópolis, n. 1, p. 6-23, set. 2020. ISBN: 978-65-5648-039-8.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
- WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

Data de recebimento: 29/09/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

PAPEL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO CONTEXTO SÓCIO-POLÍTICO E SEUS REFLEXOS PARA DEMOCRACIA

THE ROLE OF PROVISIONAL MEASURES IN THE SOCIO-POLITICAL CONTEXT AND ITS REFLECTIONS FOR DEMOCRACY

*Douglas Monteiro de Castro**
*Mônica Nazaré Picanço Dias***

RESUMO

O artigo discute o papel das medidas provisórias dentro do contexto sócio-político brasileiro e retrata as possíveis ameaças ao Estado Democrático quando a ferramenta é desvirtuada pelo chefe do Poder Executivo. Para isso retomam-se as lições sobre a separação de poderes de Montesquieu, para então enfatizar os perigos que um Estado, que zele por direitos e garantias individuais, corre face a concentração de forças em um único poder. Elucida-se o sistema de freios e contrapesos e o equilíbrio e harmonia entre os Poderes, para então analisar o contexto brasileiro, especialmente, os mecanismos que o Poder Executivo detém para exercer a atípica função de legislar. Por fim, avalia-se os pontos negativos do uso abusivo das medidas provisórias, notoriamente quando visam o tranca-

* Mestrando em Constitucionalismo e Direitos da Amazônia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas – PPGD/UFAM, pós-graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio; servidor do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas; advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4732291377219656>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6035-8264>. E-mail: dm.castro1991@outlook.com.

** Doutora em Ciência Jurídica UNIVALI/SC (2013). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2008). Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (2001) e graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1997). Atua principalmente nos seguintes temas: Justiça Ambiental, Desenvolvimento Sustentável, Criminologia e Transnacionalidade. Professora adjunta C, I da Universidade Federal do Amazonas em Direito Penal e Direito Processual Penal. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Santa Teresa; professora do Curso de Graduação em Direito Penal e pós-graduação em Direito Penal do CIESA/AM. Professora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9361050422173821>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0901-6896>. E-mail: monicapdias@hotmail.com.

mento de pauta, a fragilização das instituições democráticas e o enfraquecimento da deliberação e do diálogo institucional; e como isso corrompe o Estado Democrático.

Palavras-chave: Sistema de freios e contrapesos. Medidas provisórias. Diálogo institucional. Democracia.

ABSTRACT

The article discusses the role of Provisional Measures within the Brazilian sociopolitical context and portrays the possible threats to the Democratic State when the tool is distorted by the head of the Executive Branch. To this end, the lessons on Montesquieu's separation of powers are resumed, and then to emphasize the dangers that a State, which takes care of individual rights and guarantees, faces the concentration of forces in a single power. The system of checks and balances and the balance and harmony between the Powers are clarified, to then analyze the Brazilian context, especially the mechanisms that the Executive Power has to exercise the atypical function of legislating. Finally, the negative points of the abusive use of the Provisional Measures are evaluated, notably when they aim at locking up the agenda, weakening democratic institutions and weakening deliberation and institutional dialogue; and how it corrupts the Democratic State.

Keywords: Check and balances. Provisional measures. Institutional dialogue. Democracy.

INTRODUÇÃO

Presencia-se um período de conturbadas mudanças. Questões que aparentavam pacificadas são novamente postas em pauta e desvirtuadas. Embates sociais e crises das instituições democráticas assombram os que prezam pelo Estado Social de Direito¹. A deliberação e diálogo político recebem duros golpes, instabilizando a relação entre os poderes.

Desde a instrumentalização apresentada por Montesquieu luta-se contra a concentração de poder e a utilização do Estado para fins patrimonialistas. A separação de poderes veio como solução para as monarquias absolutistas e como resposta às lutas de classes emergentes e à ideia de povo. Junto a isso, criaram-se ferramentas para garantir a manutenção dessa teoria, dando origem, por exemplo, ao sistema dos freios e contrapesos. Sobre esse cenário distribuíram-se funções típicas e atípicas para os três poderes, uma delas é a possibilidade de legislar, que

¹ Os ataques aos Estados democráticos tornaram-se rotineiros no século XXI, o avanço de autocratas sobre instituições democráticas contamina o Estado Social de Direito, sendo responsáveis por retrocessos nas lutas pelas garantias de direitos fundamentais a todos, especialmente às minorias. Esses relatos são categoricamente apresentados por Levitsky e Ziblatt (2018) e Mounk (2018).

é típica do Poder Legislativo, mas passível de ser exercida pelos demais. Dentro de jogo de atribuições e funções dos poderes, garantir o equilíbrio e harmonia é essencial para dar ao Estado condições de atuar de forma eficaz em busca do interesse público.

No entanto, manter essa harmonia é tarefa árdua, pois, da mesma forma que há independência, há um enlace entre os poderes, um eterno cabo de guerra que resulta, periodicamente, em disparidade entre eles. No Brasil, ao Poder Executivo é constitucionalmente possível legislar, há instrumentos para isso, e um deles é a medida provisória, ferramenta que veio para trazer eficiência, celeridade e governabilidade ao Estado. No entanto, como será demonstrado neste trabalho, o instrumento é passível de desvirtuamento, e com isso pode ser utilizado para trancar pautas legislativas, enfraquecer instituições democráticas e, até mesmo, o retroceder no escopo das garantias e direitos sociais, maculando pilares do Estado Democrático.

Neste trabalho, explora-se a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, assim como as formas de exercício pelo Poder Executivo da função de legislar, dando ênfase às medidas provisórias, apresentando seus requisitos de relevância e urgência, assim como as limitações materiais, para, ao fim, demonstrar o quão prejudicial é o abuso e/ou desvirtuamento deste instrumento para o Estado Democrático.

SEPARAÇÃO DE PODERES: A DEMOCRACIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS

O mundo presencia a sistematização de uma técnica de separação de poderes por meio da obra de Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, que alcançou patamar de princípio constitucional de maior prestígio no Estado Liberal (Bonavides, 2011). É sabido que a gênese desta técnica não se deu pelas mãos de Montesquieu. A disposição de funções estatais nas mãos de determinados atores é algo que remonta os tempos antigos. Aristóteles já o fazia ao distinguir a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; mas, como aduz Madison: “O oráculo que sempre se consulta e cita a esse respeito é o celebrado Montesquieu. Se não foi ele o autor deste valioso preceito da ciência política, teve ao menos o mérito de expô-lo e recomendá-lo do modo mais eficaz à atenção da humanidade” (apud Bonavides, 2011, p. 148).

Nessa quadra, Montesquieu informa que o homem investido no poder tende naturalmente dele abusar até que encontre limites, ademais, que o poder só pode ser limitado pelo próprio poder, demonstrando a necessidade da existência de uma pluralidade de poderes (Cunha Júnior, 2016, p. 882).

O texto de Montesquieu, assim como a sua influência em alguns países, é bem retratado por Ferreira Filho (2009), que aduz que suas lições foram encam-

padas por aqueles que levaram a termo as Revoluções Americana e Francesa. Os resultados foram verificados nas Constituições americana (1787) e francesa (1791) que se seguiram.

Na visão de Montesquieu o ideal é um governo moderado, em que o poder fosse repartido em três e que não fosse exercido pelo mesmo homem, podendo ser encontrado nas seguintes formas: Monarquia – governo de um ordenado para o bem comum; Aristocracia – governo dos nobres – ordenado para o bem comum; e Democracia – governo do povo ordenado para o bem comum. Para que tal governo funcionasse adequadamente, sustenta a necessidade de um mecanismo de neutralização dos poderes (Amaral Júnior, 2008).

Fica evidente que a separação de poderes é movida pelo combate ao abuso de poder. Desta feita, a separação engendrada por Montesquieu, seccionou o Estado em três: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, dando a cada um a competência para o desempenho de funções distintas, que, em poucas linhas, são: a função de legislar, a função de administrar e a função de julgar, respectivamente. É por meio dessas diretrizes que se desenha um Estado possuidor de liberdade política². Salutar que os três poderes não estejam reunidos nas mãos de um único ente. A fragmentação das competências, acompanhada de mecanismos de manutenção da ordem, capazes de impedir a usurpação ou abuso das funções, cercaram os escritos de Montesquieu, e levaram a teoria a desaguar na ideia de uma recíproca limitação dos poderes³.

O objetivo é criar um equilíbrio entre os poderes, em que cada um exerce precipuamente a sua função típica, que, conforme a arquitetura do sistema institucional, levará a uma limitação do exercício do outro e assim sucessivamente. Nesse movimento, um poder coibiria o outro, naturalmente, protegendo os interesses liberais individuais e coletivos de eventuais abusos de um poder absoluto.

A separação de poderes assume a alcinha de instrumento de fortalecimento da diferenciação comunicativa (Neves, 1996), uma ferramenta capaz de auxiliar o combate ao abuso de poder e representar o ideal do Estado Democrático de Direito, garantindo a operação autônoma dos sistemas de política e de direito, sem que com isso dê total autonomia à Administração Pública. Neste diapasão:

² Depois de referir a liberdade política aos governos moderados, afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo (Bonavides, 2011). Para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder.

³ O objetivo é criar um equilíbrio entre os poderes, cada um com a sua função, valorizando a independência e harmonia entre eles. Nesse movimento, um poder coibiria o outro, naturalmente. Esse mecanismo tem o desígnio de proteger os interesses liberais do abuso do poder absoluto, através da divisão do próprio poder e, sobretudo, pelo constante embate do exercício de poderes, o que se dá através do que se estabeleceu como sistema de freios e contrapesos, ideia que inclusive é relembada por Lima e Boas Filho (2018).

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica (Bonavides, 2011, p. 146).

Assim, constata-se que, a separação de poderes é mecanismo necessário ao Estado que busca concretizar suas funções institucionais de forma equilibrada e sustentável, tornando-se um impeditivo para qualquer poder que almejasse sobrepujar outro. Trata-se, em verdade, da conceituação adotada por James Madison⁴ no Federalista n. 51, em que asseverou que “é evidente que cada departamento deverá ter uma vontade que lhe seja própria (...). Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição”.

Por tal, constata-se que o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵ é um estandarte para a teoria da separação de poderes, além de fundamento para a implementação da teoria nas constituições modernas.

Outro ponto que clama atenção, conforme Di Pietro (2019), especialmente em democracias informadas pelo Estado Social de Direito, é a compreensão do conceito de povo como efetivo titular do poder e da soberania estatal, assim como a possibilidade do seu efetivo exercício. Valer-se dessa ótica para o estudo da separação de poderes nas democracias modernas, traz à tona nuances cruciais para a confirmação de sua essencialidade. Este papel fundamental é confirmado no primeiro artigo da Constituição Brasileira de 1988, que aduz: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Nesse sentido:

Discriminados assim os poderes nessa linha teórica de separação, segundo os fins a que se propõem, entra Montesquieu a conceituar a liberdade política, definindo-a como aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social.

A liberdade estará sempre presente, segundo o notável filósofo, toda vez que haja um governo em face do qual os cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. A liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações de indivíduo para indivíduo, sob a égide da autoridade governativa (Bonavides, 2011, p. 149).

⁴ Madison *apud* Rosa (2015).

⁵ Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

A Constituição Federal de 1988 consagrou a separação de poderes como um princípio fundamental do Estado brasileiro, protetor das liberdades públicas e de alto importância para a democracia constitucional (Cunha Júnior, 2016). Sua proteção é tamanha que alçou espaço junta às cláusulas pétreas do art. 60, § 4º do texto constitucional⁶. Ademais, há previsão expressa no art. 2º quanto a necessária independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa harmonia é alcançada, especialmente, mediante a teoria de freios e contrapesos, o *checks and balances system*.

Afirma-se como necessário que as distintas funções do poder sejam exercidas por órgãos também distintos. A existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário depende de instituições democráticas individualizadas e independentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação” (Cunha Júnior, 2016, p. 882). Busca-se, dessa forma, o controle do poder pelo poder e a plena realização da separação dos poderes.

O Brasil, ao caminhar em direção à república, fez uso da separação de poderes com nítidas inspirações em Montesquieu. As Constituições brasileiras deixam um rastro histórico sobre o tema:

A Constituição republicana de 1891 dispunha no artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes”.

A Constituição de 16 de julho de 1934 manteve o princípio nos seguintes termos: “Art. 30. São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”.

A Constituição de 18 de setembro de 1964 não se afasta da tradição republicana: “Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

O artigo 60 da Constituição de 24 de janeiro de 1967 reproduz o princípio: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Constituição de 5 de outubro de 1988 tem redação quase idêntica: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Bonavides, 2011, p. 154-155).

A Constituição de 1988 assentou a separação dos poderes na independência e na harmonia dos órgãos dos poderes. A harmonia impõe um controle mútuo,

⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes;

que não deve interferir na independência dos órgãos, assim como, combate qualquer subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, ou seja, há “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (Cunha Júnior, 2016, p. 886).

O regime institucional brasileiro apresenta ferramentas que instrumentalizam a teoria dos freios e contrapesos. O Poder Executivo apresenta-se na órbita legislativa por via do veto e da mensagem. Com o veto dispõe o Executivo de uma possibilidade de impedir resoluções legislativas e com a mensagem recomenda, propõe e eventualmente inicia a lei, pois o sistema constitucional confere a esse poder toda a iniciativa em questões orçamentárias e de ordem financeira em geral. Já a participação do Executivo na esfera do Poder Judiciário se exprime mediante o indulto, que retrata a capacidade de modificar efeitos de ato proveniente de outro poder; e na atribuição de nomear membros do Poder Judiciário.

Já o Poder Legislativo possui laços vinculando o Executivo e o Judiciário à dependência de seu Parlamento. São pontos de controle parlamentar sobre a ação executiva: a rejeição do veto, o processo de *impeachment* contra a autoridade executiva, aprovação de tratado e a apreciação de indicações oriundas do poder executivo para o desempenho de altos cargos da pública administração. Com respeito ao Judiciário, a competência legislativa de controle possui, entre outros poderes, o de determinar o número de membros do Judiciário, limitar-lhe a jurisdição, fixar a despesa dos tribunais, majorar vencimentos, organizar o Poder Judiciário e proceder a julgamento político de seus membros, tomando assim o lugar dos tribunais no desempenho de funções de caráter estritamente judiciário.

Por fim, quanto ao Poder Judiciário, verifica-se que esse poder exerce também atribuições fora do centro usual de sua competência, quando estatui as regras do respectivo funcionamento (maneira legislativa); quando organiza o quadro de servidores (maneira executiva). Sua faculdade de impedir, porém, só se manifesta concretamente quando esse poder, frente ao Parlamento, decide sobre inconstitucionalidade de atos do legislativo e, frente ao ramo do Poder Executivo, profere a ilegalidade de certas medidas administrativas.

Neste diapasão, não se exige uma separação absoluta entre os poderes por meio da criação de barreiras intransponíveis. É notório que o poder emana de uma única fonte: a soberania estatal, a qual pertence ao povo, assim como, é imperioso demonstrar que o funcionamento regular do Estado depende do alcance de um equilíbrio sustentável entre os poderes, por ser forma de controle eficaz dos agentes públicos que detém o exercício efetivo das funções públicas, já

que terão, obrigatoriamente, que se reportar à Constituição e às instituições democráticas que nela encontram sua força primal⁷.

Portanto, a independência entre os órgãos do Poder não se apresenta como separação absoluta ou exclusividade no exercício de função que lhe é acometida, mas, sim, na predominância de desempenho de uma função típica. A existência de três poderes, pressupõe a existência de três funções típicas, exercidas predominantemente pelo poder correlato, no entanto, ao lado dessas, convivem as funções atípicas, essenciais para garantir autonomia e independência dos poderes, assim:

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros de poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*) (Moraes, 2018, p. 426).

O que se pretende com essa visão moderna da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos é construir, a partir da perspectiva dos diálogos institucionais, não uma atividade de subsunção, ou mesmo aplicação rasa do princípio da proporcionalidade aos elementos colidentes, mas, sim, de desenhos normativos capazes de criar incentivos jurídicos para a adoção de comportamento político que propicie a efetiva distribuição de poder e fortalecimento da democracia deliberativa, sem com isso caminhar para usurpação ou desvirtuamento da teoria e do sistema. O grande desafio está em enxergar até que ponto uma atuação, constitucionalmente prevista, como a promulgação de medidas provisórias, é fiel e respeitosa ao ideário democrático e à harmonia e independência dos poderes, e quanto reflete os primórdios de uma autocracia.

⁷ Este ponto leva a uma reflexão sobre os reflexos da separação de poderes na soberania estatal. É indubitável que a soberania é una, mas pensa-la como una, não impõe que todas as funções do Estado devam ser necessariamente conglomeradas e confundidas. Para realizar uma organização harmônica dos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva, judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem o hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte a regra da diferenciação das funções.

EXECUTIVO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ATÍPICA DE LEGISLAR

Compreender como se dá a relação entre os poderes Legislativo e Executivo, conflituosa ou não, é de suma importância, pois é nela que o estudo acerca das medidas provisórias ganha ênfase. Como já esclarecido, é por meio da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos que uma democracia pluralista se torna sustentável. O estabelecimento dos limites e a conceituação das ferramentas para a manutenção de uma existência harmônica, cria um cenário favorável ao diálogo e à deliberação.

A análise da dinâmica do sistema institucional brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988, especificamente quanto às etapas e formas do processo decisório no Congresso Nacional, comprova a importância das políticas públicas para a interação entre os poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, aduz:

Investir de tal competência o chefe do departamento executivo não significa que o corpo legislativo ordinário seja privado da possibilidade de regulamentar de modo positivo as mesmas matérias. Em geral, o chefe do departamento executivo é competente para regulamenta-las apenas na medida em que o órgão legislativo deixe de fazê-lo. Ele perde a sua competência tão logo o órgão legislativo submeta a matéria à sua própria regulamentação.

O chefe do departamento executivo exerce uma função legislativa quando tem direito de impedir, por meio de veto, que normas pronunciadas pelo órgão legislativo se tornem leis, ou quando tais normas não podem se tornar leis sem antes receber sua aprovação (...). Na verdade, o chefe do departamento executivo cumpre uma função legislativa até mesmo pelo simples fato de poder ter um direito de tomar a iniciativa no processo legislativo, de poder submeter um projeto de lei ao órgão legislativo (Kelsen, 2000 a, p. 388-389).

A separação de poderes não pode ser analisada sob o enfoque de visões dogmáticas rígidas, já que exige flexibilidade interpretativa voltada para a busca da vontade constitucional, que deve ser extraída especialmente de seus valores democráticos. Um valor de grande importância para uma democracia é a legitimação das ações estatais, que é alcançada preferencialmente pela participação ou atuação direta do parlamento (Lima, 1997). Nesse cenário, entregar ao poder Executivo a função de legislar sem estabelecer os parâmetros e/ou limites é temerário, pois pode culminar em uma centralização de poderes perigosa à democracia. Um presidente eleito, sem prejuízo à maioria que o elegeu, caso possa e queira governar sozinho, pode pôr em risco as vontades e garantias fundamentais das minorias que não o elegeram.

Assim, a Constituição Federal, no ensejo de trazer harmonia e equilíbrio entre os poderes, atribuiu funções típicas e atípicas a cada um deles, dentre elas,

consta ao Poder Executivo a possibilidade de legislar. A tarefa de legislar, dada ao Executivo, é apenas mais um dos vários instrumentos, previstos na Constituição, utilizados para nortear o funcionamento do Estado e garantir a necessária governabilidade em prol do povo. As interações culminam com o reordenamento do Estado, nesse sentido:

[...] o reordenamento do Estado, a partir do século XIX, engendrou, do ponto de vista jurídico-institucional, a quebra do monopólio da função legislativa exercida pelo Parlamento e a consequente ascensão do Executivo ao comando governamental, detentor, inclusive, de poder normativo. A nova organização estatal punha em questão a própria lei, dotada de abstração e generalidade, voltada para o futuro, imprópria, por isso mesmo, a regular as relações sociojurídicas moldadas pela política econômica emergente, produtora de necessidades rotineiras e concretas, a exigir uma atividade legislativa ágil e flexível (Amaral Júnior, 2012, p. 35).

A própria ideia de legislação sofre variações, podendo assumir, inclusive, o papel de instrumento de política de Estado. Sampaio (2007) aduz que o Estado Social é responsável pela intervenção pública no campo econômico, assim, a lei deixa de ser reflexo da clássica teoria do primado do Legislativo, a lei torna-se ferramenta salutar da atuação estatal, nisso, sem desrespeito ao princípio da legalidade, enfraquece o conceito clássico de lei como resultado único da atuação parlamentar. Nesse diapasão, verifica-se a importância da atuação do Executivo dentro dessa seara, pois as medidas provisórias aparecem em posição central no campo estratégico do exercício da atividade estatal.

Ocorre que, outro ponto crucial deste cenário é o diálogo institucional, retrato das constantes interações entre os poderes no campo político, cujo resultado é a definição do processo político dinâmico, fiel à Constituição, uma interação entre os poderes, na própria sistemática de separação mútua, para definição dos seus respectivos âmbitos de atuação e de suas competências.

As medidas provisórias encontram-se previstas na Constituição Federal de 1988 no artigo 59, V, artigo 62 e no artigo 84, XXVI, que dispõem acerca das competências privativas do Presidente da República. As medidas provisórias foram criadas em substituição ao instituto do decreto-lei previsto na Constituição Federal de 1967, mas possuem uma disciplina jurídica acentadamente distinta da, então existente, para os decretos-leis.

As leis delegadas são resultado de delegações efetuados pelo Congresso Nacional, em que é transferido ao Presidente da República a possibilidade de construir lei sobre um assunto específico. Trata-se de uma espécie normativa pouquíssimo utilizada no Brasil, já que as medidas provisórias concentram a maior parte da produção legislativa do Poder Executivo. Está prevista no art. 68

da Constituição Federal: “As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional”.

Por fim, os decretos regulamentares são as normas jurídicas que explicam e assessoram, tanto os administrados, quanto os próprios agentes públicos, no correto cumprimento das leis, não podendo ultrapassá-las. Sua previsão se encontra no artigo 84, IV da Constituição, que determina que: “Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Trata-se de um manual de procedimentos para aplicação da legislação infraconstitucional.

A simplicidade deste momento é prelúdio da ênfase que se dará às medidas provisórias no que se segue. O que se deve levar deste ponto é que, a partir da obra de Montesquieu, erigiu-se a arquitetura moderna do Estado de Direito Constitucional a partir da tripartição clássica do poder em Judiciário, Legislativo e Executivo.

A ideias de Montesquieu moldaram-se às peculiaridades dos Estados, fazendo da harmonia e independência dos poderes, uma questão mais política do que legal, catalisando a participação do Executivo na produção legislativa, sob a escusa da busca por uma melhor governabilidade, celeridade e eficácia na atuação pública. Isso ensejou uma nova sistemática na divisão dos poderes bem como redefiniu os papéis de cada um no governo.

O resultado foi uma gradativa proeminência do Executivo no campo legislativo, assumindo a condução dos negócios governamentais, tema que tomará as páginas que se seguirão e dará o embasamento para esclarecer em que momento essa proeminência deixa de lado seu cerne democrático e passa a violar os pilares de sustentação do Estado Democrático moderno.

Medidas provisórias: temáticas, procedimento e a conversão em lei

Certamente o mais poderoso instrumento de que dispõe o Poder Executivo para afirmar sua agenda política está estabelecido pelo artigo 62 da Constituição de 1988. O texto constitucional lhe dá a faculdade de editar, em casos de relevância e urgência, medidas provisórias com força de lei, válidas e imediatamente aplicáveis por sessenta dias, a partir de sua edição. Como já dito, as medidas provisórias substituíram os decretos-lei da Constituição Federal de 1967, no entanto, significativas mudanças podem ser notadas no regime institucional daquelas frente a estas.

Primeiramente, não há mais a aprovação tácita do texto pelo Congresso Nacional após o decurso do pré-determinado lapso cronológico.

Outra mudança está nos pressupostos, o interesse público relevante abriu espaço tão somente para a “relevância”. Além disso, o decreto-lei exigia a incoor-

rência do aumento de despesas; requisito inexistente para as medidas provisórias. As vedações explícitas à edição das medidas provisórias, após a Emenda Constitucional n. 32/2001, tornaram-se sensivelmente maiores do que as vedações então existentes para os decretos-lei. Pode-se destacar também a temática da validade dos atos praticados sob a vigência de decreto-lei rejeitado. Esses atos continuavam válidos mesmo após a rejeição. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2018) apresenta salutar histórico sobre as medidas provisórias:

A medida provisória foi talhada pelo constituinte segundo o modelo italiano dos decretos-leis, adotados em casos extraordinários de necessidade e urgência, devendo ser, imediatamente, comunicados ao parlamento, que é convocado se não estiver reunido. A edição desses provimentos provisórios, no país europeu, depende da iniciativa do Conselho de Ministros, órgão colegiado. O decreto-lei perde efeito se não convertido em lei no prazo de sessenta dias da sua publicação. Admite-se, nesse caso, que a Câmara possa regular, por lei, as relações jurídicas surgidas com base no decreto não convertido em lei.

Algumas dessas soluções italianas foram aproveitadas pelo constituinte originário ao cuidar das medidas provisórias.

Por força da Emenda Constitucional n. 32, de 2001, o instituto da medida provisória recebeu novo tratamento. Diversos traços dos contornos jurisprudenciais que conformaram o instrumento da medida provisória desde o advento da Constituição foram consolidados na Emenda. Esta também se mostrou sensível a algumas postulações doutrinárias, inovando, de outro lado, em certas soluções. A Emenda foi esperada longamente. Vinha sendo discutida desde 1997 e enfrentou diversas oposições circunstanciais à sua votação. Foi promulgada, afinal, em 11 de setembro de 2001 (Mendes, Branco, 2018, p. 1486).

O instrumento dá ao Presidente da República a possibilidade de outorgar norma com força de lei, com validade garantida, por pelo menos por sessenta dias ou até que seja rejeitada pelo Congresso Nacional (caso ocorra antes do primeiro prazo). No entanto, para que seja válida deve atender pressupostos formais, materiais, assim como, regras de procedimento de caráter, conforme dispõe o artigo 62 da Constituição Federal de 1988. Os pressupostos formais são a relevância e a urgência, enquanto os materiais dizem respeito à temática alvo da medida.

A análise dos pressupostos é ponto central da deliberação realizada dentro do Congresso Nacional, pois o avanço das tratativas do mérito da medida provisória depende do atendimento destes pressupostos constitucionais (*vide* artigo 62, § 5º da Constituição Federal).

Quando editada, a medida provisória permanecerá em vigor pelo prazo de sessenta dias, devendo ser submetida, imediatamente, ao Poder Legislativo para

apreciação, nos termos dos incisos do artigo 62. O Congresso Nacional regula o procedimento em comento por meio da Resolução n. 1/2002. O prazo de sessenta dias será contado da publicação da medida provisória, podendo ser suspenso nos períodos de recesso do Congresso Nacional.

Segundo a Resolução n. 1/2002-CN⁸, nas quarenta e oito horas que se seguirem à publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela. A comissão mista é criada para tratar unicamente da medida provisória editada e é composta por doze⁹ Senadores, doze Deputados e igual número de suplentes.

A Comissão Mista emitirá parecer único, manifestando-se sobre os aspectos constitucionais, especialmente os pressupostos de relevância e urgência da medida provisória, além da adequação financeira e orçamentária. A Comissão deve concluir pela aprovação total ou parcial ou, ainda, pela alteração da medida provisória ou sua rejeição; podendo, ainda, manifestar-se pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada.

Portanto, ter-se-á como produto da Comissão: o projeto de lei de conversão relativo à matéria e o projeto de decreto legislativo¹⁰ disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados. A tramitação será iniciada na Câmara dos Deputados. Após, o parecer é remetido ao Plenário da Câmara dos Deputados para aprovação e posterior envio ao Senado Federal, onde será discutido e votado. Sobre o tema, salienta Moraes (2018), a impossibilidade de previsão legal ou regimental da substituição do parecer da Comissão Mista por ato monocrático de relator designado pelo presidente da Câmara dos Deputados:

O STF decidiu pela necessidade de fiel observância do § 9º do art. 62 da CF, com a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Resolução n. 1/2002 do Congresso Nacional, com efeitos *ex nunc* em virtude do elevado número de medidas provisórias editadas, aprovadas e ainda

⁸ Art. 2º Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela.

⁹ Art. 2º, § 2º A Comissão Mista será integrada por 12 (doze) Senadores e 12 (doze) Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos Líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa. Vide Resolução 1/2002-CN.

¹⁰ Art. 62, § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. Vide a Constituição Federal de 1988.

em trâmite, que permitiam a substituição da atuação da Comissão pelo parecer monocrático do relator, determinando sua obrigatoriedade para todas as medidas provisórias editadas, após essa decisão, com efeitos *ex nunc*, em virtude do elevado número de medidas provisórias editadas e em trâmite. Dessa forma, tornou-se exigível a necessidade de parecer prévio da Comissão Mista sobre a presença dos requisitos constitucionais para edição da medida provisória (Moraes, 2018, p. 926).

Quanto a votação do parecer. Dar-se-á em sessões separadas, no plenário da Câmara e do Senado, devendo sempre iniciar pelo primeiro. A decisão relativa à apreciação preliminar dar-se-á por maioria simples e terá como objeto a confirmação ou não do cumprimento dos pressupostos constitucionais da relevância e urgência e/ou adequação financeira e orçamentária. Esta análise, por ser em preliminar, prejudicará o mérito, ou seja, verificado o não cumprimento dos pressupostos, a medida provisória será arquivada.

Em síntese, da apreciação da medida provisória pelo Poder Legislativo pode resultar: a aprovação com alterações, rejeição expressa ou rejeição tácita, em razão do decurso do prazo constitucional, o que leva a desconstituição, com efeitos retroativos, dos atos produzidos durante sua vigência.

O USO ABUSIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS REFLEXOS NEGATIVOS PARA A DEMOCRACIA

A Emenda Constitucional n. 32 alterou o cenário em torno das medidas provisórias ao introduzir o rol de vedações materiais (art. 62, § 1º, CF/88) e restringir a possibilidade de reedição. Buscou-se reduzir o quantitativo de medidas provisórias assim como impedir que normas que não guardassem afinidade com o sistema jurídico pátrio pudessem ser repetidamente reeditadas, causando instabilidade jurídica crescente.

Benéficas e salutaras foram as modificações, no entanto, a inclusão, pela mesma emenda, da possibilidade do regime de urgência¹¹, cujo objetivo era dar maior agilidade ao processo de conversão da medida provisória em lei, tornou-se fundamento para suspensão da votação de outras matérias legislativas e culminou em um verdadeiro controle de agenda. O § 6º do artigo 62 da Constituição Federal de 1988 tem sua razão de existir. O trancamento de pauta mostra-se coerente com a necessidade de dinâmica e celeridade na apreciação de uma medida provisória, já que, como visto neste trabalho, seu uso demanda o preenchimento dos requisitos

¹¹ Art. 62, § 6º, da CF/88: Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

de relevância da matéria, que necessariamente guarda relação com a satisfação dos interesses da sociedade, e de urgência, pois a demora de um processo legislativo ordinário levaria a uma situação de periculosidade ao interesse público.

Por tudo, sobrestar matérias ordinárias ante a premência da medida provisória guarda total sintonia com a finalidade e o uso excepcional do instrumento. No entanto, como aqui demonstrado, a utilização das medidas provisórias não caminhou pelo plano utópico, pelo contrário, transformou-se em instrumento de obtenção de maiores poderes decisórios e de influência para o Presidente da República. Sobre o uso das medidas provisórias, válido trazer que:

Duas competências frequentemente malversadas pelo Executivo devem ser assinaladas em um balanço da experiência dos últimos 30 anos. A primeira delas é o emprego abusivo das medidas provisórias (MPs). Concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de “relevância e urgência” (CF, art. 62), tornaram-se um instrumento rotineiro de o Executivo legislar, inclusive sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica. Em razão da tolerância do próprio Legislativo e do Judiciário, foram editadas e reeditadas, entre 1988 e 2002, cerca de seis mil medidas provisórias. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da EC n. 32, de 12.9.2001, que previu a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação por parte de cada uma das Casas do Congresso Nacional (Barroso, 2018, p. 273).

O ministro do STF enuncia um dos principais pontos negativos do uso arazoado das medidas provisórias, qual seja: o comprometimento da transparência e do debate público, necessários a qualquer produção normativa; e o trancamento das pautas das Casas do Congresso Nacional. A Casa Legislativa se vê abarrotada de medidas ditas relevantes e urgentes, feito que dá ao Poder Executivo o controle sobre os rumos da produção legislativa.

O trancamento de pauta, decorrência do artigo 62, § 6º da CF/88, que prevê a suspensão da ordem de trabalhos da Casa Legislativa que não proceder à apreciação da medida provisória em quarenta e cinco dias contados a partir da data de sua publicação, deu ao Presidente um poderoso recurso. Segundo Machiaveli (2009), poucas foram as oportunidades em que os deputados e senadores puderam deliberar sobre outro tipo de matéria sem terem antes de enfrentar a votação de medidas provisórias.

Conforme apresentado por Gasparido e Michéias (2018), entre 2001 e 2014, em média 50,81% das pautas foram trancadas por medidas provisórias, número consideravelmente elevado. O mínimo entre 2002 e 2014 de pautas trancadas por medidas provisórias foi de 30,77%. Invariavelmente, empodera-se o controle de agenda do Presidente, que ao fazer uso das medidas provisórias, quebra a relação entre o Executivo e o Legislativo, especialmente na definição de prioridades na pauta legislativa. A falta de deliberação quebra o liame democrático que informa o sistema de freios e contrapesos e fragiliza a legitimação da atuação estatal, pois enfraquece a fidelidade que o Estado deve ter com o povo, detentor da real soberania e poder.

Nesse sentido, válido colacionar Kelsen (2000), pois há muito identificava dois postulados morais ou “instintos primitivos do homem enquanto ser social” (Kelsen, 2000, p. 167), quais sejam: a liberdade negativa e a igualdade negativa, que lhe serve de base. A igualdade negativa ou formal, ao partir do pressuposto de que ninguém é superior aos demais indivíduos, aduz que não se pode encontrar razão para que um deles domine os outros, por tal a igualdade torna-se fundamento para liberdade, sendo a liberdade concebida como a ausência de dominação externa ao indivíduo.

Ocorre que esse ideário é fundamentalmente antissocial e refratário da vida em sociedade, assim para que possa ser compatibilizado com a figura de autoridade do Estado, este deve passar, segundo Kelsen (2000), por uma mutação em dois momentos. A primeira mudança, ocorre na passagem daquele ideal primitivo de liberdade, avesso à noção de qualquer domínio, para uma situação onde, sendo inevitável a autoridade e a sujeição a alguma forma de domínio, livres são considerados aqueles que se submetem apenas aos comandos que emitem, ou seja, são aqueles indivíduos cuja ordem estatal é a expressão da sua vontade.

A segunda mudança na noção de liberdade na idealidade democrática decorre da impossibilidade de se alcançar a unanimidade. Submeter os comandos à concordância de toda a sociedade é impossível frente a diversidade de interesses e valores dos cidadãos, assim Kelsen (2000) aduz que a ideia de liberdade, enquanto obediência àquilo que todos creem como obrigatório, passa a exprimir fundamentalmente a obediência de todos ao que for estatuído pela maioria absoluta dos cidadãos.

Assim, fica claro que uso indiscriminado e abusivo das medidas provisórias deve ser visto com extrema cautela, pois muito mais que o controle de agenda do legislativo ou o desejo de enfraquecer a produção legislativa, o seu uso pode refletir um discurso de embate às bases democráticas do sistema jurídico, enfraquecendo instituições e rompendo com direitos do povo.

Os efeitos de uma medida provisória refletem a vontade de um único agente, que mesmo valendo-se da condição de eleito pelo povo, não possui legitimi-

dade para tratar de questões que demandam a deliberação e a discussão, comuns ao processo legislativo ordinário. Prazos devem variar de acordo com a complexidade política e social dos temas, por tal, é temerário permitir modificações íntimas do sistema jurídico sem garantir a deliberação no Poder Legislativo, que dentre os existentes, é necessariamente o mais representativo.

Um mero exemplo dos perigos por trás do uso arrazoado das medidas provisórias é facilmente verificado na MP n. 905/2019 que, dentre as inúmeras alterações, criou o chamado contrato verde e amarelo, fragilizando ainda mais a relação empregado-empregador, reduzindo direitos sob a justificativa de criar oportunidades para aqueles que enfrentariam dificuldades em obter um vínculo comum. Conforme se extrai de enquete *on-line*, realizada pela Câmara dos Deputados, apenas 2.380 (Congresso Nacional, 2019) cidadãos, em um universo de mais de 55 mil votantes, aprovavam a citada MP, ou seja, pouco mais de 4% de todos os cidadãos participantes concordavam com a norma imposta, enquanto isso, é imposto a 96% aceitar as modificações até que a medida provisória se torne sem efeito.

Há uma crise de diálogo e uma violação do sistema de freios e contrapesos. Um perigo já destacado por Montesquieu e categoricamente apresentado por Bonavides (2011):

Daqui passa Montesquieu a explicar como se extingue ou desaparece a liberdade nas hipóteses que ele configura de união dos poderes num só titular. Quando uma única pessoa, singular ou coletiva, detém o poder legislativo e o poder executivo, já deixou de haver liberdade, porquanto persiste, segundo Montesquieu, o temor da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma não menos tirânica aplicação. (...)

Por último, assevera o afamado publicista no capítulo VI do livro XI do *De l'Esprit des Lois*, tudo estaria perdido se aqueles três poderes – o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de punir crimes ou solver pendências entre particulares – se reunissem num só homem ou associação de homens. Redundaria irremissivelmente essa máxima concentração de poderes no despotismo, implicando a total abolição da liberdade política. Tal se deu na Turquia, onde, segundo observa Montesquieu, reinava atroz despotismo, com os três poderes concentrados na pessoa do sultão (Bonavides, 2011, p. 149-150).

Deve-se combater qualquer cenário de extremada concentração de poder. Na esteira de Bonavides (2011), todo o prestígio que o princípio da separação de poderes alcançou decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais e dos direitos e garantias decorrentes de um Estado democrático. É necessário lutar contra a reprovável e abusiva concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o Presidente da República, pois a hipertrofia de seu poder pessoal “escraviza os parlamentos, estrangula a palavra, implanta o silêncio,

desanima e cresta a inteligência” (Amado, apud Bonavides, 2011, p. 335). Sobre o ponto destaque-se a reflexão:

A política opera com seu código comunicativo. Apesar disso, no Estado Democrático de Direito, o poder reclama de legitimidade quando exercido em desfavor da legalidade. Seu código binário une-se ao binarismo: legal/ilegal. Em razão dessa submissão à lei, garante-se a participação daqueles que não exercem o poder, como também se ordena a cooperação nas suas diferentes fontes. Acaba-se, assim, por obter um relativo consenso de valor. Sem embargo, muitas vezes, mesmo com seu exercício comunicativo, o poder carece de efetividade social e se torna dependente de outros fatores, de tal sorte que a coerção torna-se de grande valia nas situações de hipercomplexidade. Mais, o poder vinculado à norma jurídica apresenta-se como técnica de uma democracia a ser implementada sob a moralidade constitucional (Lima, Boas Filho, 2018, p. 213).

São esses aspectos negativos que tornam pernicioso o desvirtuamento das Medidas Provisórias assim como maléfico ao sistema democrático, à separação de poderes e ao sistema de freios e contrapesos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação de poderes evoluiu para uma teoria que supera a rigidez e qualquer forma de divisão absoluta. A instrumentalização trazida por Montesquieu enalteceu o caminho aberto por tantos outros antes, no combate à centralização de poder. Tornou-se factível que a sustentabilidade de um Estado deveria decorrer de um equilíbrio entre diferentes atores, sendo cada um corresponsável pela atuação do outro, cada um com uma parcela de participação, tudo visando impedir a concentração de grandes forças na mão de apenas um, que facilmente levaria ao desvirtuamento e retrocesso das inúmeras conquistas sociais, que inverteram o cenário das monarquias absolutistas e fizeram do povo o real detentor do poder, colocando em destaque o interesse da coletividade em contraponto às vontades particulares de um único governante.

Para que isso fosse possível, foi necessária uma fragmentação e uma mínima distinção das funções. Assim, seguindo passos há muito dados, a função de legislar ficou a cargo, predominantemente, do Poder Legislativo assim como o Executivo e o Judiciário passaram a deter, predominantemente, suas funções específicas. Entretanto, em dadas situações, no exercício das atividades estatais, é necessário um Poder revestir-se de funções inerentes ao outro para permitir o funcionamento coeso e harmônico do Estado.

Isso não fere a separação de poderes, na verdade, é mais uma ferramenta do sistema de freios e contrapesos, conjunto de engrenagens que dão movimento ao Estado. O presente estudo focou na possibilidade do Poder Executivo, atipicamente legislar, especialmente se valendo da edição de medidas provisórias.

Inegáveis são as vantagens decorrentes das medidas provisórias. Há questões que demandam urgência e celeridade, outras que guardam íntima relação com seguridade de algum interesse público. O chefe do Poder Executivo ascendeu ao cargo com a obtenção de uma maioria no processo eletivo, logo, inegável que possui legitimidade para tanto. Todavia, esse dispositivo constitucional deve ser usado de forma excepcional e dentro dos limites constitucionais. O instituto da medida provisória é necessário e possui grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, mas deve ser interpretado como exceção, tendo que ser entendido nos exatos termos constitucionais, não se podendo ir além.

O desvirtuamento do instituto, em decorrência do arbítrio ou violação do interesse público, configura uma ofensa ao princípio da divisão dos Poderes, por isso o embate voraz proposto neste trabalho. Ao longo dos anos, as medidas provisórias tornaram-se ferramenta de controle de agenda legislativa, de imposição de atalhos constitucionais para o alcance de determinadas políticas públicas. O uso abusivo da função atípica de legislar, motivou um gigantesco número de medidas provisórias, com temas dos mais pulsantes, dos quais muitos são capazes de ferir pilares do Estado Democrático e direitos e garantias individuais, elevando o sentimento de insegurança na sociedade.

As mudanças decorrentes da Emenda Constitucional n. 32/2001 tentaram corrigir falhas da ferramenta, mas introduziram outras mais. Em suma, este trabalho identificou como pontos negativos do uso arrazoado das medidas provisórias: o trancamento de pauta e controle de agenda do Poder Legislativo, que impôs, devido ao seu grande volume, a praticamente todas as sessões legislativas, a necessidade de se apreciar e analisar medidas provisórias; o uso da ferramenta como mecanismo de burla do processo legislativo ordinário, afastando a deliberação e a discussão sobre temas salutarres à sociedade, fragilizando ainda mais a legitimidade dos atos estatais, pois os distanciam da vontade popular; e o enfraquecimento de instituições democráticas, especialmente, as Casas Legislativas, que são gradualmente podadas do exercício de sua função típica.

Assim, conclui-se como temerário o uso inconsequente das medidas provisórias pelo Poder Executivo, pois enfraquece a relação harmônica e independente dos poderes, viola o sistema de freios e contrapesos e abre caminho para o retorno ao absolutismo de líderes avessos à vontade popular e ao sistema democrático.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória: edição e conversão em lei, teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do Livro XI de o espírito das leis. *Revista dos Tribunais*. v. 868, 2008.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Resolução n. 01/2002 CN*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2002/resolucao-1-8-maio-2002-497942-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 01/2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/2020.
- BRASIL. Presidência da República. *Medida Provisória n. 905/2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm. Acesso em: 01/2020.
- CONGRESSO NACIONAL. Página de acompanhamento da Medida Provisória n. 905/2019, 2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139757>. Acesso em: 01/2020.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 01/2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Saiba o que é o estado social de direito*. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/19/estado-social-de-direito/>. Acesso em: 01/2020.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GASPARDO, Murilo; MICHÉIAS, Mayara. O controle da edição de medidas provisórias: avaliação legislativa da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 39, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/issue/archive>. Acesso em: 01/2020.
- KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMA JR., O. B. de. *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro, 1997.
- LIMA, Fernando; BOAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social: uma releitura sistêmica. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 5, n. 1, jan./abr. 2018.
- MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas provisórias: os efeitos não antecipados da EC 32 nas relações entre Executivo e Legislativo*. Dissertação apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de mestre em Ciência Política. 2009.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Filomeno. Executivo e Legislativo no Brasil pós-constituente. *Perspec.* São Paulo, v. 15, n. 4, out./dez. 2001.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1996.

ROSA, Lucas. Para que serve a separação de poderes? Breves considerações sobre o papel do Poder Judiciário no presidencialismo de coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. a. 8, n. 1, 2015.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Data de recebimento: 13/10/2020

Data de aprovação: 16/12/2020

PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

PRESERVATION OF THE BALANCED WORK ENVIRONMENT AND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE

*Marcelo Braghini**
*Sebastião Sérgio da Silveira***

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade trazer discussão quanto à efetividade prática do Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido, dentro da própria concepção do constitucionalismo social, que no contexto da pandemia do COVID-19 oferta efetiva proteção ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 7º, inciso XXII, da CF), diante de uma ciência atônita quanto aos efeitos sanitários e de saúde pública devastadores, havendo a discussão ética da ponderação entre saúde e economia, com destaque para o protagonismo do princípio da precaução que enaltece a saúde do trabalhador, e se sobrepõe a regra infraconstitucional da prevenção de doenças ocupacionais, com origem na pandemia. Nestas circunstâncias, e diante do interesse público na manutenção de atividades econômicas essenciais, a exemplos dos frigoríficos, a Justiça do Trabalho, na prática jurisprudencial, trava discussões a respeito dos contornos das medidas para além da estrita legalidade que venham ser adotadas no âmbito da Ação Civil Pública.

Palavras-chave: Meio ambiente do trabalho equilibrado. Princípio da Prevenção. Ação civil pública. COVID-19.

-
- * Mestre e doutorando em Direito pela UNAERP, professor de Direito do Trabalho da UEMG e UNAERP, advogado e autor dos livros: “Reforma Trabalhista: Flexibilização das Normas Sociais do Trabalho”, LTr, 2017, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho”, JH Mizuno, 2019, e Contrato de Trabalho de Emergência em Tempos de Crise (COVID-19), JH Mizuno, 2020.
- ** Promotor de justiça em Ribeirão Preto, doutor em Direito pela PUC/SP, pós-doutor em Direito Coimbra, professor titular da USP Ribeirão Preto e coordenador do Programa de Doutorado e Mestrado da UNAERP.

ABSTRACT

This article aims to impose a discussion on the practical effectiveness of the Constitutional Regime for Socially Protected Employment, within the very conception of social constitutionalism, which in the context of the COVID-19 pandemic offers effective protection to the environment of balanced work (art. 7, item XXII, of the FC), faced with an astonished science regarding the devastating health and public health effects, with an ethical discussion of the balance between health and economy, with emphasis on the protagonism of the precautionary principle that enhances the health of the worker, and overrides the infraconstitutional rule for the prevention of occupational diseases, originating in the pandemic. In these circumstances, and in view of the public interest in maintaining priority activities, such as the slaughterhouses, Labor Justice, in jurisprudential practice, hangs on the contours of the measures beyond the strict legality that may be adopted within the scope of Public Civil Action.

Keywords: Balanced work environment. Prevention principle. Public civil action. COVID-19.

INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos sociais no Brasil passa por diversas transformações pelo prisma do Constitucionalismo Social, especialmente pela revitalização do princípio da legalidade alcançado através da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), direcionando a uma menor judicialização dos conflitos trabalhistas, e ao mesmo tempo franqueando maior segurança jurídica na regulamentação do trabalho, com vedação expressa ao ativismo judicial no art. 8º, § 2º, da CLT, o que vem sendo chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando um vetor interpretativo na hermenêutica constitucional que preserva a livre iniciativa, pelo postulado da segurança jurídica, a despeito do enfraquecimento da valorização social do trabalho, princípios, valores, *ethos* constitucional que devem ser harmonizados pelo simples fato de coabitarem o mesmo *locus* constitucional, vejamos o art. 1º, inciso IV c/c art. 170, *caput*, da CF.

Contudo, na preservação do meio ambiente do trabalho equilibrado, vetor de interpretação constitucional do art. 7º, inciso XXII, da CF alinhado com a construção doutrinária que vislumbra direitos de indisponibilidade absoluta do trabalhador, ganhando novos desdobramentos, novos contornos, a partir da pandemia do COVID-19, o que poderá refletir na jurisprudência dos Tribunais do Trabalho que passam a lidar com novas demandas, de caráter emergencial de difícil solução, exigindo uma interpretação constitucional capaz de contemplar os direitos de propriedades do empregador, sintetizados pela livre iniciativa, e não menos pela segurança jurídica que vem sendo resguardada pelo viés, pelos auspícios, do realismo jurídico evidenciado nas decisões do Supremo Tribunal

Federal tomadas no campo do direito do trabalho, e ao mesmo tempo, preservar a saúde do trabalhador como direito fundamental, e mais do que positivado, direito humano, de caráter inalienável, que em alguns contextos econômicos peculiares, exigem a ponderação quanto ao interesse público atrelado ao funcionamento de atividades essenciais (art. 11, da Lei n. 7.783/1989¹).

Especialmente em situações de excepcionalidade, emergenciais, a livre iniciativa pretende se resguardar do postulado da segurança jurídica, com sua atuação no mercado de bens e serviço, com a preservação do passado, compreensão do presente e previsibilidade do futuro, sem que haja contradição com o “*Regime Constitucional do Emprego Socialmente Protegido*”, e para que possamos travar um debate constitucional diante da efetividade do princípio da precaução em matéria de labor-ambiental, utilizamo-nos como pano de fundo os efeitos da pandemia nos frigoríficos, uma vez que inserimos ao mesmo tempo, no debate constitucional de ponderação de valores: a atividade essencial de fornecimento de proteína animal ao mercado de consumo, atividade econômica explorada em regime constitucional de livre iniciativa, com a preservação de vetor inalienável ligado a saúde do trabalhador.

Esse debate não está circunscrito a realidade brasileira, mas para efeito de estudo de caso, podemos analisar os impactos da pandemia nas plantas frigoríficas da “JBS Friboi”², uma vez que suas plantas nos EUA (Estados Unidos da

¹ Diante das decisões judiciais, especialmente no início da pandemia, para suspensão das atividades econômicas que, pô si só, colocavam em risco a saúde dos trabalhadores, especialmente, aquele universo representativo pelo grupo de risco, definido pelos critérios das autoridades sanitárias e de saúde pública, os argumentos expendido na reversão das decisões pelos Tribunais Superiores, em prol da livre iniciativa, tinham por fundamento analógico o Art. 11 da Lei de Greve (Lei n. 7.783/1989), que prevê: “*nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*”, ou seja, pela ausência de clareza quanto as Decretos, Municipais e Estaduais que optaram pela decretação da situação de calamidade pública, houve sob a roupagem de preservar as *necessidades inadiáveis da comunidade*, um movimento jurisprudencial em prol do fortalecimento da livre iniciativa.

² Observamos, neste sentido, reportagem do jornal “*The New York Times*”, com o título “*The food chain’s weakest link: slaughterhouses: a relatively small number of plants process much of the beef and pork in the United States, and some of them have closed because workers are getting sick*”, April 18, 2020, com indispensáveis observações no texto original: “*Yet meat plants, honed over decades for maximum efficiency and profit, have become major ‘hot spots’ for the coronavirus pandemic, with some reporting widespread illnesses among their workers. The health crisis has revealed how these plants are becoming the weakest link in the nation’s food supply chain, posing a serious challenge to meat production. In South Dakota, Gov. Kristi Noem requested publicly that Smithfield Foods close its huge pork facility in Sioux Falls after testing revealed that the plant accounted for nearly half the coronavirus cases in the city and the surrounding county. But federal officials had been repeatedly urging the company and other meat producers to find ways to keep their plants running because of their importance to the food supply, according to two people briefed on the matter who spoke on the condition of anonymity to describe internal*

América)³ passaram por surto semelhante àquele sentido no Brasil, e no contexto político, tanto o Presidente Americano Donald Trump, quanto o brasileiro Jair Bolsonaro, postaram-se em favor da preservação das atividades econômicas em geral, em detrimento dos altos índices de mortalidade apresentado pelo vírus, ignorando, as medidas profiláticas indicadas pelas autoridades de saúde pública.

Por outro lado, algumas das principais medidas de distanciamento social ao meio ambiente do trabalho se mostraram de difícil execução no processo produtivo dos frigoríficos, vejamos: (i) inviabilidade operacional da substituição

discussions. Still, the high infection rate raised questions about whether Smithfield had done enough to carry out social-distancing protocols and to supply protective gear. At least one worker has died from the virus, according to the state. Before the plant closed this past week, the company had provided employees with face shields and masks and installed plexiglass barriers in certain areas to separate employees. But in reality, it may be difficult for any meat plant to accommodate social distancing and remain as profitable. Jobs with titles like 'gut snatcher' require people to work closely, slicing open pigs and pulling out entrails. 'It is not going to be easy to get workers six feet apart' said Dr. William Schaffner, a professor of infectious diseases at Vanderbilt University's medical school. 'If you space people out, you reduce productivity'. Some meat companies have expressed reluctance to test workers, saying such targeted testing creates the false impression that meat plants are the main culprits for the spread of the virus. The more aggressively employees are tested, the more cases emerge, putting pressure on plants to shut down. Another major meatpacking company, JBS, changed its mind about large-scale testing over a single weekend. On April 10, JBS announced that it had worked with Gov. Jared Polis and other officials in Colorado to obtain thousands of coronavirus testing kits for its work force at a beef production facility in Greeley where there had been a surge of cases. But after it began testing the next day, the company changed course, saying it would not administer the tests and would instead close the plant until April 24 so employees could go into quarantine. The company recognized the 'potential positive impact of temporary closure on public health' Cameron Bruett, a JBS spokesman, said". Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/04/18/business/coronavirus-meat-slaughterhouses.html>. Acesso em: 31/07/2020.

³ Estas não são realidades aleatórias vivenciadas em cada um destes países, mas devidamente retratadas na revista "The Economist", May 2nd 2020, no artigo com o título: "Slaughterhouse dive: the virus threatens a meat industry that is too concentrated", vejamos a realidade do setor retratada no texto original: "Donald Trump invoked emergency powers under the Defense Production Act, declaring that closure of meatpacking plants threatens 'critical infrastructure', on April 28th. Supposedly that will oblige them to stay open, after more than 20 had closed because of coronavirus outbreaks affecting thousands of workers. At least 20 workers have died. [...] Unions say worker safety is bound to suffer – most workers in such plants are immigrants or refugees with few other job options. [...] Distancing is near-impossible unless plants operate more slowly, spacing out workers. Many have lacked protective equipment, such as masks, and some had to pay for their own. Testing, left to the companies, has also fallen badly short. [...] Even in the best conditions, safety is hard. Crammed in locker and lunch rooms, walking along narrow corridors (some shifts can involve as many as 2,000 people) and breathing air recirculated by refrigeration systems puts those inside at risk of catching the virus. [...] Temple Grandin, who has designed and audited slaughterhouse in Colorado, says much depends on isolating the unwell and most vulnerable. She suggests staggering shifts and setting up separate places to eat, as well as slowing lines. This could all mean that plants efficiency falls, perhaps by 50%, Ms. Grandin says, so 'the cost of meat is gonna go up as the supply chain tightens', even if places stay open. [...] Such firms win economies of scale by building huge plants, but 'big is fragile', says Ms. Grandin".

de trabalho presencial por remoto; (ii) grande quantitativo de trabalhadores em uma mesma planta industrial, como reflexos da concentração empresarial promovida recentemente no setor; (iii) ventilação artificial na preservação do produto o que facilita a transmissão do vírus; e, (iv) dificuldade de distanciamento social mínimo na linha de produção de desossa de animais.

A contextualização contemporânea do meio ambiente do trabalho, especialmente no plano constitucional, tem por efeito inverter a lógica equivocada da sistemática assumida no plano infraconstitucional através das disposições de medicina e segurança do trabalho, da forma como explicitadas contidas no texto celetista. As novas perspectivas apontadas no texto constitucional contrapõem à ideia da monetarização do risco – seja pelo aspecto meramente burocrático representado na implantação dos programas de gestão de risco no ambiente interno da empresa, seja pela reparação meramente pecuniária no contrato individual do trabalho, alcançada por intermédio da previsão dos adicionais de insalubridade e periculosidade, com a reparação pecuniária do agravo impingido à incolumidade física do trabalhador, ou ainda, pela condenação em danos morais coletivos em sede de Ação Civil Pública, não se admitindo mais que a saúde do trabalhador seja consumida como mero insumo do sistema produtivo, no qual esteja inserido.

Neste contexto, avaliamos quais as possibilidades interventivas reconhecidas ao Poder Judiciário, por intermédio de Ação Civil Pública que utilize não apenas da tutela inibitória mais da tutela específica para a concessão de todos aqueles equipamentos de proteção individual indicados pelas autoridades sanitárias e de saúde pública durante a pandemia da COVID-19, para preservação do vetor constitucional de interpretação relacionado ao meio ambiente do trabalho equilibrado, ponderado com livre iniciativa e segurança jurídica, no sentido da preservação da saúde do trabalhador em frigoríficos, vide os surtos do caso de COVID-19 em cadeia produtiva essencial ao interesse social, sobrelevando o princípio fundamental em matéria de labor-ambiental, qual seja, o princípio da precaução, salientando, o voto de Luis Roberto Barroso na ADIN n. 6421, que indiretamente trata do assunto ao analisar a constitucionalidade da MP n. 966/20, assumindo a seguinte posição:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, ainda, que em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, as decisões adotadas pelo Poder Público sujeitam-se aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução. Havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor da saúde da população. Em português mais simples, significa que, se há alguma dúvida, não pode fazer. Se há alguma dúvida sobre o impacto real que uma determinada substância, um determinado produto, ou uma determinada atuação vai provocar na saúde e na vida das pessoas, o princípio da precaução e o princípio da prevenção recomendam a autocontenção.

Desta forma, passamos a aplicar os limites do princípio da precaução em matéria labor-ambiental com novos contornos permitidos a partir da COVID-19.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO

Para que possamos reconhecer o meio ambiente do trabalho equilibrado como um bem jurídico tutelado pelo legislador constitucional, junto à categoria dos direitos subjetivos, que por sua vez importa no dever legal que tenha por fim imediato sua proteção e preservação, faz-se necessário alcançar a plenitude do conceito relativo ao meio ambiente do trabalho adotado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁴, para quem o meio ambiente do trabalho corresponde ao meio ambiente artificial, reconhecido e protegido ao lado do meio ambiente natural, e decorrente da intervenção do homem na natureza, motivo pelo qual o autor reconhece como:

O local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e da ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).

O reconhecimento do meio ambiente do trabalho como bem jurídico tutelado constitucionalmente tem assento no art. 200, inciso VIII, da CF: “*Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho*”. Direito de solidariedade, reconhecido na qualidade de direitos humanos de terceira dimensão.

Reconhecemos, mesmo porque desde sua edição o texto celetista previa capítulo próprio para as regras legais relativas à medicina e segurança do trabalho, que o art. 158, IX, da Constituição Federal de 1967, ao prescrever os direitos sociais do trabalhador, franqueava proteção relativa à “*higiene e segurança do trabalho*”, dentro da perspectiva da monetarização do risco, permitindo, apenas, uma reparação econômica e pecuniária pelo agravo à saúde do trabalhador, sem uma preocupação efetiva com a garantia da própria higidez do meio ambiente do trabalho, ambiente livre da incidência dos agentes nocivos acima dos limites de tolerância prefixados nas Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego⁵.

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵ Por intermédio do Decreto n. 9.745/19, precisamente no art. 10, inciso II, foram atribuídas algumas competências do Ministério do Trabalho ao Ministério da Economia, antigo Ministério

Com a nova constituição houve inegável reformulação quanto ao conceito do meio ambiente do trabalho equilibrado idealizado no plano constitucional, sendo inegável a alteração de paradigma na transição para a CF de 1988, com a proposição de um novel sistema de valores por detrás das regras de medicina e segurança do trabalho, diante da clareza da disposição expressa no art. 7º, inciso XXII, da CF⁶, atrelando meio ambiente do trabalho equilibrado como um direito subjetivo do trabalhador, o que não pode ser desvinculado de sua efetividade, inclusive por meio da judicialização da tutela inibitória, das ações preventivas garantidoras desta finalidade perseguida pelo legislador constitucional, além da preferência de uma tutela específica pela sua substituição em indenização.

Nesta linha de raciocínio, o empregado tem direito subjetivo constitucional a um meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado, recaindo ao empregador o dever legal que decorre das obrigações a ele imputadas no âmbito da SST (Saúde e Segurança do Trabalhador), reconhecidas por intermédio das Normas Regulamentares da Portaria n. 3.214/78 da SEPRT (Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia), proteção constitucional operacionalizada na efetiva implantação dos programas de gestão de risco, com fundamento na delegação legislativa do art. 155, I, da CLT, matéria técnica que sai da esfera de competência do legislador para alcançar os órgãos técnicos do executivo, dever legal que passa a ser reconhecido como parâmetro para a aferição da responsabilidade subjetiva do empregador na hipótese da ocorrência do acidente laboral, para a reparação de danos morais e materiais.

Observamos, então, os conceitos constitucionais distintos da prevenção e precaução, mas que habitam o mesmo *locus* constitucional, o primeiro representado pelas regras legais de medicina e segurança do trabalho que representam o dever legal de garantia ao meio ambiente do trabalho saudável a partir dos riscos conhecidos, agentes nocivos (físicos, químicos, biológicos e ergonômicos), identificado pela sua natureza (aspecto qualitativo), ou ainda, pelos limites de tolerância variáveis conforme tempo a exposição ou intensidade do agente, as Normas Regulamentares retro mencionadas são os alicerces e diretrizes da prevenção de algo conhecido, desenvolvidas por delegação legislativa pelo antigo Ministério do Trabalho e Emprego, e com suporte técnico da FUNDACENTRO (Fundação Jorge

da Fazenda (a exemplo das atribuições referentes ao Registro Sindical), com *status* de Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Por outro lado, com o Decreto n. 9.662/19, permite a transferência de algumas atribuições do extinto Ministério do Trabalho para o Ministério da Justiça, o art. 8º trata das transferências das atribuições relativa à imigração.

⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho), instituição criada em 1966 e a ele vinculada, responsável pelo desenvolvimento, por meio de pesquisas, de Normas de Higiene Ocupacional (NHO), que subsidiam tecnicamente as NR's.

As Normas Regulamentares passam a ser revisadas no governo do Presidente Bolsonaro⁷, sob o argumento de serem anacrônicas, representativas de um emaranhado de regras impossíveis de serem integralmente cumpridas pelo empregador, que passa a estar sujeito a análise subjetiva de fiscais do trabalho que venham a imputar na aplicação de multa através de autos de infração, reduzindo a competitividade do setor privado. Por outro lado, a precaução vai além, e representa a ideia da “*prudência da espera*”, ou ainda, a “*cautela decisória diante da incerteza de dano*”, que não seja remoto, mas que transite e tangencie a linha do provável e do possível, mas irreversível à medida que for realizável.

Assim, ficamos com a distinção de José Adércio Leite Sampaio⁸ entre prevenção e precaução:

Que precaução e prevenção se achem intimamente relacionadas não resta dúvidas. Milaré engloba o primeiro no segundo: a prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba a precaução “pelo seu caráter possivelmente específico”. Para autores como Antunes, há diferenças significativas entre ambas no entanto. A prevenção se aplica a impactos ambientais já conhecidos, informando tanto o estudo de impacto e licenciamento ambientais; enquanto a precaução diz respeito a reflexos ao ambiente ainda não conhecidos cientificamente.

No plano internacional, devemos destacar a aprovação da Convenção n. 155, de 1981, da OIT, segundo Arnaldo Sússekkind⁹ (2000, p. 391) o art. 16 revela o compromisso internacional relacionada ao dever de que:

Cumprir velar pela eliminação dos riscos, na medida em que isso seja razoável e realizável, devendo fornecer, quando necessários, vestimentas e equipamentos de proteção apropriados (art. 16), além de prover o que for necessário para o atendimento a situações de urgência e de acidentes (art. 18).

⁷ Sob o argumento da dificuldade de interpretação das Normas Regulamentares, e por este motivo, de aplicação, com mais de 36 normas regulamentares em vigor, e 5 anexos, o governo com a revogação da NR 02, e reformulação das NR's: 1, 3, 7, 9, 12, 15, 16, 18, 20, 24, e 28, a pretexto de modernizá-las, pretende fazer toda a revisão até novembro de 2020, o que pode em maior ou menor grau representar a precarização das condições de trabalho em diversas indústrias. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/01/16/governo-atualiza-12-normas-de-seguranca-e-saude-e-revoga-uma.ghtml>. Acesso em: 06/08/2020.

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

Em síntese, as regras internacionais, ou mesmo o *ethos* constitucional acima referenciado, estaria disposto em nossa positivação de forma harmônica com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que prescreve no art. XXIII “*todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis [...]*”, das quais não podemos jamais excluir as condições laborais, inclusive pelo inegável caráter de fundamentalidade e correspondência ao conteúdo dos direitos humanos de 2ª dimensão (aspectos sociais e econômicos).

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO EM MATÉRIA LABOR-AMBIENTAL

Nossa discussão quanto à amplitude do princípio da precaução como vetor constitucional de interpretação em matéria labor-ambiental deverá ser inserida na perspectiva da ponderação dos valores constitucionais, uma vez que não são direitos fundamentais a serem exigidos horizontalmente do Estado, deverão ser realizado em relação de direito privado, motivo pelo qual esbarra na ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tendo por contraponto direito de propriedade, relativizado pela função social, e a segurança jurídica uma vez que a densidade normativa do dever legal faz-se no plano infraconstitucional.

Forçoso reconhecer que a efetividade das normas fundamentais no campo do Direito do Trabalho decorre do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Daniel Sarmiento¹⁰ reconhece a efetividade das normas fundamentais do texto constitucional no plano das relações privadas, compatibilizando a autonomia da vontade, inerente a livre iniciativa, com as exigências do desenvolvimento econômico e social sustentável, eixo central da ordem econômica inaugurada com o art. 170, *caput*, da CF, que mescla a livre atuação dos agentes privados com a harmonização necessária à valorização do trabalho, com garantias a uma efetiva justiça social.

Esta proposição de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ganha destaque a partir de uma sociedade consumo, na qual a opressão pode vir, além do Estado, por uma multiplicidade de atores privados. Não há solução simplista de transplantar o particular para a posição de sujeito passivo dos direitos fundamentais, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Não obstante as observações feitas, e como contraponto a efetividade do meio ambiente do trabalho equilibrado por intervenção judicial, justificando a sua autocontenção (*self-restraint*), Gilmar Ferreira Mendes¹¹ (2014, p. 641) reconhece um catálogo de direitos sociais na Constituição Federal de 1988, iniciativa inaugurada com a Constituição Federal de 1934, a depender de norma infraconstitucional que lhe desenvolva a efetiva densidade normativa de efeito concreto, vejamos:

Algumas normas constantes do catálogo de direitos previstos no art. 7º indicam que o constituinte pretendeu explicitar, em verdade, em dever geral de proteção por parte do legislador [...] em patamar semelhante parecem situar-se as disposições que preveem ‘redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII) [...] todas essas normas parecem conter diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração com o objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador [...] de obter a redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante providências de variada índole [...] nesses casos, não se pode falar, *a priori*, em um direito subjetivo em face do empregador, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração. É possível que tais deveres estejam a reclamar, continuamente, a edição e atualização de normas de organização e procedimento.

Quanto ao confronto proposto entre livre iniciativa e valor social do trabalho, especialmente na preservação da saúde do trabalhador, em especial do grupo de risco, durante a pandemia do COVID-19, com a possibilidade de restrição do direito de propriedade, de aplicação analógica às restrições indutivas ao meio ambiente do trabalho saudável, conduta legitimada inclusive pela função social da propriedade¹², motivo pelo qual, ressaltamos o posicionamento adotado por Édis Milaré¹³ (2013, p. 125), para quem:

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

¹² Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 179), reconhecendo a legitimação da restrição ao direito de propriedade pelo vetor constitucional de sua função social, pontua: “reconhecer que a propriedade tem, também, uma função social é não tratar propriedade como um ente isolado na sociedade. Afirmar que a propriedade tem uma função social não é transformá-la em vítima da sociedade. A fruição da propriedade não pode legitimar a emissão de poluentes que vão invadir a propriedade de outros indivíduos. O conteúdo da propriedade não reside num só elemento. Há o elemento individual, que possibilita o gozo e o lucro do proprietário. Mas outros elementos aglutinam-se a esse: além do fator social, há componente ambiental”. Observamos que para efeito de adequação ao objeto de análise, meio ambiente do trabalho equilibrado (sustentável), o contraponto ao exercício pleno e individual do direito de propriedade, faz-se a partir da preservação intransigente da saúde do trabalhador.

¹³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A necessidade de concretização do direito ao meio ambiente saudável conduz, por outro lado, à reformulação de certos direitos personalíssimos, em especial o direito de propriedade, que passa a sujeitar-se não apenas a vontade soberana do titular, mas também ao atendimento de sua função socioambiental. A concepção puramente individualista de propriedade, conferindo-lhe direito absoluto de usar, fruir e dispor da coisa teve de ser revisto, para que os interesses da sociedade não fossem prejudicados pelo poder individualmente exercido pelo titular sobre imóvel, em ofensa ao bem comum.

E ainda, quanto ao princípio da precaução Édís Milaré¹⁴, reconhecendo com precisão proteção a saúde diante de imprecisão científica, acrescenta:

O motivo para a adoção de um posicionamento desta natureza é simples: em muitas situações, torna-se verdadeiramente imperativa a cessação de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, mesmo diante de controvérsias científicas em relação aos seus efeitos nocivos. Isso porque, segundo se entende, nessas hipóteses, o dia em que se puder ter certeza absoluta dos efeitos prejudiciais das atividades questionadas, os danos por ela provocadas no meio ambiente e na saúde e segurança da população terão atingido tamanha amplitude e dimensão que não poderão mais ser revertidos ou reparados – serão já nessa ocasião irreversíveis.

Ademais, forçoso reconhecer a vagueza do seu conteúdo, a ausência de densidade normativa que lhe desenvolva a aplicabilidade prática na preservação de um direito fundamental ao trabalhador, por vezes reconhecido na prática jurisprudencial em situações extremas e excepcionais, para efeito de legitimar a intervenção do Poder Judiciário, por meio de Ação Civil Pública, que vá além da ideia conservadora da defesa intransigente do direito de propriedade, aspecto ressaltado por Paulo de Bessa Antunes¹⁵, vejamos:

Parece evidente que a inexistência de um consenso sobre o Princípio da Precaução é uma questão grave que precisa ser enfrentada de forma concreta, com vistas ao estabelecimento de um conceito que seja operacional, de forma que o princípio não se reduza a uma subalterna condição de mero instrumento voltada para a inação administrativa e política, como vem sendo o resultado de sua interpretação maximalista. Fato é que o grau de abstração e, até mesmo, de devaneio com o Princípio tem sido tratado, tem colocado na ordem do dia a candente necessidade de dar-lhe um perfil adequado e de que sejam definidas diretrizes mí-

¹⁴ MILARÉ, Édís, *op. cit.*, p. 265.

¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

nimas capazes de atribuir alguma certeza com relação ao seu conteúdo e que deixe de ter um conteúdo marcadamente lotérico.

Dentro da perspectiva do direito do trabalho, salientamos o posicionamento de Guilherme Guimarães Feliciano e outros¹⁶, quanto a extensão do princípio da precaução, o que para nós permite sua exata adequação em tempos de pandemia pelo COVID-19, vejamos:

Diferentemente da prevenção, o princípio da precaução (ii), sintetizado no art. 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, preconiza que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ONU, 1992). Em outras palavras, ainda que não haja comprovação científica cabal sobre os riscos de determinada atividade, entende-se que há o dever, por parte dos agentes públicos ou particulares, de evitá-lo. Assim, ressalta-se que o ponto de divergência entre (i) e (ii) é a certeza científica sobre os possíveis danos que determinada atividade prova ao meio ambiente, nele incluído o meio ambiente do trabalho. Importa ressaltar que o princípio da precaução não pretende inviabilizar ou proibir toda e qualquer atividade que cause algum tipo de impacto no meio ambiente; “não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas à continuidade da natureza existente no planeta” (MACHADO, 2010, p. 72), ultrapassando a barreira da cientificidade para proteger bens e direitos (tais como a vida e saúde humana) que não podem esperar o avanço das ciências e das tecnologias, pois, caso maculados, podem ser irreparáveis.

Portanto, no desafio de traçar o perfil adequado do princípio da precaução, em matéria socioambiental ou labor-ambiental, com diretrizes mínimas a intervenção judicial por intermédio de ação civil pública, diante da ameaça de “danos sérios e irreversíveis” que pela ausência absoluta de certeza científica, dever-se-á prevenir a “degradação ambiental”, por meio de “medidas eficazes e economicamente viáveis”, mensuradas pela extensão legislativa conferida a tutela específica e/ou inibitória, não extrapolando, por este motivo, ao princípio da legalidade, eis que a lei incorpora em seu espírito a segurança jurídica própria do *rule of law*, uma novo perfil a direcionar a tomada de decisão pela jurisprudência, em tempo tão desafiador a uma só geração, quanto este vivenciado durante a pandemia do COVID-19.

¹⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Amianto, meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador. *Revista da Faculdade de Direito USP*. v. 112, p. 167, 2017.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No plano institucional cabe à defesa intransigente do meio ambiente do trabalho equilibrado ao ramo especializado do Ministério Público da União, que institucionalmente, com a missão que lhe fora conferida pela Constituição Federal de 1988¹⁷, passa a perseguir a preservação do interesse social, cabendo aqui, por oportuno, as lições de Hugo Nigro Mazzilli¹⁸ quanto à natureza do interesse a protegido por meio da Ação Civil Pública, vejamos:

Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir o interesse público primário (o bem geral) do interesse público secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração veem o interesse público), com efeito em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.

Assim, cabe ao Ministério Público do Trabalho, como órgão especializado do Ministério Público da União, de acordo com as diretrizes do art. 127, *caput* c/c art. 129, inciso III, ambos da CF, promover o inquérito judicial e a ação civil pública na defesa do meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 6º, inciso VII, alínea “b” da LC n. 75/93), vetor constitucional de interpretação ligado aos interesses coletivos da universalidade de trabalhadores alcançados por eventual degradação ambiental (art. 81, parágrafo único, II, da Lei n. 8.078/1990 – CDC), instituição esta, responsável pela promoção da Ação Civil Pública no âmbito da Justiça do Trabalho (Art. 83, III, da LC n. 75/1993), com a possibilidade de adoção de TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) no sentido de que o empregador infrator faça a readequação de sua conduta de acordo com as regras legais de

¹⁷ Historicamente, a expressão *parquet* utilizada na tradição francesa como referência ao Ministério Público significa na língua francesa “assoalho”, representa a magistratura que atua sobre o tablado, não exigindo a imparcialidade como característica da jurisdição inerente a Magistratura. Utilizando-nos da classificação do interesse público que deve nortear a atuação institucional do Ministério Público na consecução da sua finalidade constitucional, haveria a possibilidade de dividi-lo em interesse público primário e secundário – divisão realizada no texto da Constituição Federal de 1988, ao reconhecê-lo como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 127, *caput*, da CF c/c art. 176 do CPC. A defesa do interesse primário corresponde a: “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Por outro lado, e a partir desta mesma divisão institucional, foi, organicamente, franqueada à advocacia pública, nos termos do art. 131 da CF, c/c art. 182 do CPC, a defesa do interesse público secundário do Estado, que corresponde ao interesse que lhe é próprio como pessoa jurídica de Direito Público interno (art. 41 e incisos do CC), motivo pelo qual é possível ao Estado oferecer resistência à Ação Civil Pública por meio de sua contestação, ou qualquer outro meio de defesa admitido no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

proteção ao meio ambiente do trabalho (art. 5º, inciso I e § 6º, da Lei n. 7.347/1985), inclusive através de tutela inibitória e/ou específica.

Diante da perspectiva trazida por Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁹, podemos observar que:

Com a novel ordem constitucional, o Ministério Público deixou de ser mero apêndice do Poder Executivo, tal como estava previsto na EC 1/1969, para se transformar em instituição permanente, autônoma, independente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe precipuamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...] não significa dizer que seria ele um quarto poder, mas, tão somente, uma instituição estatal permanente independente e autônoma [...] um órgão do Estado, de natureza constitucional.

Diante da pandemia do COVID-19 foi possível à identificação de um protagonismo da Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público do Trabalho, para a proteção de trabalhadores formais nas atividades essenciais, autorizadas a manutenção das atividades econômicas seja para a garantia do meio ambiente do trabalho equilibrado, com a exigência de aquisição de equipamentos de proteção (máscaras, álcool em gel, testes etc.), ou mesmo, o afastamento liminar de pessoas enquadradas em grupo de risco, ou ainda, a preservação de condições ambientais do trabalho aos trabalhadores de aplicativo, ainda que sem previsão legal específica, permitindo a adoção pelas plataformas tecnológicas das medidas de proteção, com destaque para o crescimento das atividades econômicas das entregas em domicílio, justificado pelas medidas de isolamento social (*I-Food*, *Uber Eats*, *Rappi*, etc.) ou mesmo, a previsão de renda universal mínima atrelada ao salário mínimo, esta última questionada nos Tribunais Superiores por violação do princípio da legalidade.

Reconhecendo a aplicação subsidiária da Lei n. 8.078/1990 (CDC) é perfeitamente possível reconhecer a reparabilidade do dano coletivo no âmbito do Direito do Trabalho, conceituado, inicialmente, como aquele de natureza metaindividual, e reconhecido pela indeterminação dos seus sujeitos, a repercussão da ação patronal negativa não está restrita ao âmbito do contrato individual do trabalho, reflexamente, a ofensa irradia seus efeitos no plano coletivo alcançando os direitos/interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, reconhecidos normativamente, franqueando-lhes instrumentos adequados de proteção, observando-se no âmbito do Processo do Trabalho as disposições da Lei n. 7.347/1985, que tratam da Ação Civil Pública, cabendo o protagonismo ao Ministério Público do Trabalho na proteção destas espécies de direitos.

¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 192.

No ciclo evolutivo do processo, a tutela coletiva passa a ser reconhecida na segunda onda do processo civil, como corolário do reconhecimento normativo dos direitos coletivos no sentido *lato*, e seu reconhecimento torna-se uma exigência prática com origem na multiplicidade de conflitos própria de uma sociedade capitalista de consumo/massas, a exigir a adaptação da jurisdição, de modo a absorver esta modalidade de conflito, e permitir uma resposta adequada e eficiente do ordenamento no sentido de sua efetivação. Não há como persistir no tratamento meramente atomístico, individual, de determinados danos existentes em sociedade, havendo a necessidade premente do tratamento abrangente, coletivo de uma categoria especial de dano.

Diversas modalidades classificatórias dos direitos coletivos estão normatizada no art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990 (CDC)²⁰, sendo eles: difusos, coletivos em sentido *lato* e individuais homogêneos, e sua qualificação, nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²¹ (2005, p. 1010-1011) irá depender, está intrinsecamente ligada, a pretensão material de deduzida em juízo, campo de discricionariedade submetido a escolha do próprio titular do interesse, que em legitimação extraordinária lançará pretensão individualizada no pedido, e sua causa de pedir, que não irão dispensar fundamento próprio a esta categoria de direitos.

Haverá um alinhamento da prática trabalhista com o reconhecimento do dano moral coletivo, em contexto de Ação Civil Pública, como meio idôneo à garantia da preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, a exemplo do meio ambiente do trabalho equilibrado previsto no art. 7º, XXII, da CF, com atuação complementar capaz de suprir eventual ineficiência do sistema infracional, operacionalizado pela imposição de multas através da lavratura de auto de infração, em fiscalização dos agentes do antigo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), hoje Secretaria Especial de Previdência e Trabalho (SEPRT), dizemos isso, como síntese da previsão de multa por descumprimento das regras de equilíbrio socioambiental, em lei, elegibilidade de percentuais e base de cálculo, irrisórios, nas Normas Regulamentares da Portaria n. 3.214/78, ou, ainda, pela dependência lotérica de ação viabilizada pelo exercício de direitos por meio de ações individuais, inviabilizando a indução de uma postura empresarial alinhada com os valores sedimentados na disciplina da Segurança e Saúde do Trabalhador.

²⁰ Vejamos: (i) “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; (ii) “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e, (iii) “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1010.

Condenar em Danos Morais Coletivos, ao intencionar tutela inibitória e/ou específica, permitindo no exercício desta função complementar alcançar a efetividade de direito catalogado na Constituição, por vezes na análise dos casos concretos, tal sistema de repressão mostra-se inadequado, admitindo um sistema de arbitramento judicial capaz de preservar o efeito pedagógico, ainda que em sede de reincidência da conduta lesiva. A jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho reconhece a possibilidade de condenação por dano moral diante da violação das normas regulamentares, em evidente cumulação com as multas previstas em lei, aplicação da Súmula n. 59 do TRT da 8ª Região²².

LIMITES DA LEGALIDADE NA EXTENSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA E INIBITÓRIA

Nesta linha de raciocínio, destacamos no plano do processo do trabalho, novos instrumentos processuais alinhados com a ideia da preservação do meio do trabalho equilibrado (princípio socioambiental), com reforço a efetividade dos programas de gestão de risco relacionados na Portaria n. 3.214/78 do SEPRT, através da concessão da tutela específica pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 497, *caput* e parágrafo único c/c art. 536, ambos do CPC e art. 3º c/c art. 12 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), nos termos do dispositivo: “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”, de modo a inibir e fazer cessar a prática de ato ilícito relativo a esta matéria, prevalecendo tutela inibitória de não fazer em relação às vedações previstas nas Normas Regulamentares (NR's) do MTE, com a condenação em dano moral coletivo.

Mauro Schiavi²³ reconhece a aplicabilidade da tutela inibitória no processo do trabalho, com fundamento na regra constitucional do art. 5º, XXXV, da CF, reconhecendo-a no caráter de medida preventiva que tenha por finalidade, por meio da prolação de sentença com carga notoriamente mandamental, impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, na conduta comissiva ou omissiva do empregador, independentemente da constatação do dano, sendo suficiente a probabilidade do ilícito, que, em matéria de meio ambiente do trabalho, constitucionalmente equilibrado, confunde-se com o descumprimento das

²² Súmula n. 59 do TRT da 8ª Região. COLETOR DE RESÍDUO SÓLIDO (LIXO). ATIVIDADE EXTERNA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. Cabe indenização por dano moral por ofensa à dignidade do trabalhador quando do descumprimento pelo empregador das normas regulamentares concernentes à saúde, higiene e segurança no trabalho, pois a NR 24, do Ministério do Trabalho e Emprego, em nenhum momento exclui os trabalhadores externos de seu alcance.

²³ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1339.

normas regulamentares, e não articulação, ou articulação deficiente, dos programas de gestão de risco.

Guilherme Guimarães Feliciano²⁴, dissertando sobre a tutela inibitória em matéria labor-ambiental, nos traz os elementos indispensáveis a análise da concessão da tutela inibitória por indução judicial, como na decisão judicial que admite a interdição de estabelecimento, setor e máquina (o art. 161, *caput*, da CLT autoriza referido procedimento pela Fiscalização do Trabalho), vejamos os critérios por ele desenvolvidos:

Não raro, a fim de sopesar interesses em jogo e descobrir a solução mais equilibrada para a tensão entre a maior efetividade e a menor restrição (= meio mais idôneo) e diante das grandezas envolvidas, o Juiz deverá superar intelectualmente as três “provas mentais” inerentes ao juízo de proporcionalidade (a) a adequação em sentido estrito (i.e.: a restrição proposta é idônea para a inibição ou remoção do dano ou ilícito, ou não é de fato apta para inibi-lo(s) ou removê-lo(s)?); (b) a necessidade (i.e.: a restrição proposta é realmente necessária para a inibição ou remoção do dano ou ilícito, ou haveria outra igualmente eficaz e menos restritiva para o réu?); e, por fim, (c) a proporcionalidade em sentido estrito (i.e.: para o caso concreto, a conjugação de valores, interesses e princípios em especial aqueles associados a direitos humanos fundamentais, que milita em favor da restrição proposta, permite justificar no campo da argumentação ético-jurídica, a relativização dos valores, interesses e princípios a hipoteticamente restringir?).

Nesse mesmo sentido, vale destacar o posicionamento de Tereza Aparecida Asta Gemignani²⁵, que ao tratar do meio ambiente do trabalho traça os reflexos de uma sociedade líquida, designação utilizada pelo sociólogo *Zygmunt Bauman*, representada pelo consumo exacerbado de produtos novos, em detrimento da sustentabilidade decorrente da durabilidade de produtos antigos, e ainda, o consumo a crédito, como meio de um permanente aquecimento da economia, representando toda a sorte de exclusão social, que na contextualização representada pela inserção do trabalhador em meio ambiente do trabalho degradante, mas economicamente atraente, a autora assevera:

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função

²⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental. *Revista TST*. dez. 2011.

²⁵ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente do trabalho: precauções e prevenção – Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. n. 43, 2012.

reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da função promocional do Direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente se tornam cada vez mais importantes.

Diante da constatação de meio ambiente do trabalho degradante, ter-se-á fraqueada a função promocional de efetiva garantia do direito material, atraindo os princípios da prevenção, adotando condutas acautelatórias diante de um risco abstrato e potencial, e, ao mesmo tempo, o princípio da precaução, ambos válidos em Direito Ambiental do Trabalho, representado este último através de uma conduta acautelatória que permita evitar a realização de um possível risco, reduzindo o “*potencial danoso do conjunto da atividade*”.

Com fundamento na Portaria n. 1.069/19 da SEPRT decisão do TRT da 4ª Região veio a permitir a interdição da planta industrial do Frigorífico JBS-Friboi, pela exposição dos trabalhadores a meio ambiente do trabalho com condições de risco potencializadas pela ameaça do COVID-19²⁶.

Ademais, trabalhamos em paralelo com a tutela específica, alcançada para minimização dos efeitos da COVID-19, obrigação de fazer quanto a adoção de medidas de higiene contidas nas determinações das autoridades sanitárias e de saúde pública, com imposição de multa diária, medidas cuja extensão está devidamente reconhecida na doutrina, com destaque para o posicionamento de Daniel Amorim Assumpção Neves²⁷ (2018, p. 572), vejamos:

A tutela específica é preferível à tutela pelo equivalente em dinheiro, porque essa espécie de tutela é a única que entrega ao vitorioso exatamente aquilo que ele obterá se não precisasse do processo, em razão do cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor. É a consagração do

²⁶ Vejamos: EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE INTERDIÇÃO. COVID-19. A Portaria n. 1.069, de 23 de setembro de 2019, do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, legitima os Auditores-Fiscais do Trabalho, em todo território nacional, a “ordenar a adoção de medidas de interdições e embargos, e o consequente levantamento posterior dos mesmos, quando se depararem com uma condição ou situação de risco iminente à vida, à saúde ou à segurança dos trabalhadores [...] baseado em fiscalização procedida por Auditores-Fiscais do Trabalho, que goza de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade, prevalece como meio de prova, no âmbito de ação mandamental, sobre laudo pericial que não vincula o juízo (art. 479 do CPC c/c art. 769 da CLT) e que não goza das mesmas prerrogativas dos atos dos Auditores-Fiscais do Trabalho, e cujas conclusões são bastante fragilizadas pelas demais provas dos autos, evidenciando o direito líquido e certo da impetrante, que estaria, por si só, comprovado pela questão de maior relevância deste mandado de segurança (a proteção à saúde e à vida dos empregados da litisconsorte, de suas famílias e de toda comunidade em geral das cidades onde habitam, expostos ao estado de calamidade pública gerado pela COVID-19). Segurança concedida. (TRT da 4ª Região, 1ª Seção de Dissídios Individuais, 0020852-14.2020.5.04.0000 MSCIV, em 25/06/2020, Desembargador Marcos Fagundes Salomão).

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 572.

antigo brocardo consagrado por Chiovenda, de que o processo será tanto melhor quanto mais aproximar seus resultados daqueles que seriam gerados pelo cumprimento voluntário da obrigação (princípio da maior coincidência possível). Ocorre, entretanto, que a preferência da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente em dinheiro está condicionada à vontade do demandante, que poderá optar pela segunda espécie de tutela se assim desejar, bem como diante da impossibilidade material de obtenção da tutela específica. Para parcela da doutrina, ainda que possível, a tutela específica pode ser excluída quando não for justificável ou racional em razão de sua excessiva onerosidade.

Deste modo, dentro da discussão da insegurança jurídica que possa vir a ser promovida diante da ação indutora do Poder Judiciário na preservação intransigente da saúde do trabalhador, como reflexo a funcionalidade do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado, em especial no contexto da pandemia do COVID-19, reconhecemos validade nas decisões dentro dos contornos de legalidade conferidos aos instrumentos processuais, cito: tutela inibitória e tutela específica, e que venham a chancelar as diretrizes, dentro dos limites constitucionais, ampliados com fundamento no princípio da precaução, da ordem infralegal concretizada pela Portaria n. 1.069/19 SEPRT, em suas disposições: “Art. 3º *O embargo e a interdição são medidas de urgência, adotadas quando constatada condição ou situação de trabalho que caracterize grave e iminente risco ao trabalhador*”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Forçoso reconhecer na ordem constitucional em vigor o vetor interpretativo de hermenêutica constitucional que vislumbra no art. 7º, inciso XXII da CF a previsão do princípio da precaução em matéria de labor-ambiental, a ser concretizado nas hipóteses de excepcionalidade, como a da pandemia do COVID-19, que evidencie a insuficiência da precaução, revelada pelos textos legislativos em vigor, relativizando o suposto argumento de insegurança jurídica, pela extensão da legalidade contida nas tutelas inibitórias e específicas dispostas em texto de lei, que confere discricionariedade ao julgador em respeito da efetividade da tutela jurisdicional pretendida, de modo a preservar a saúde do trabalhador em tempos desafiadores de incertezas científicas, mas ponderando a livre iniciativa e propriedade através de uma conciliação harmônica, que venha a convergir na função promocional que congregue medidas eficazes, desde que economicamente viáveis.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Amianto, meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador. *Revista da Faculdade de Direito USP*. v. 112, 2017.

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental. *Revista TST*, dez. 2011.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Meio ambiente do trabalho: precauções e prevenção – Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. n. 43, 2012.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Data de recebimento: 05/10/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

**UMA ABORDAGEM SOBRE BIOPOLÍTICA
E O USO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO
E COMUNICAÇÃO E O DISCURSO DO ÓDIO
DA INTERNET COMO UMA DAS FORMAS
DE CONTROLE SOCIAL**

**AN APPROACH TO BIOPOLITICS AND THE USE
OF INFORMATION AND COMMUNICATION
TECHNOLOGIES AND THE INTERNET HATE
SPEECH AS ONE OF THE FORMS
OF SOCIAL CONTROL**

*Richard Bassan**

*Jefferson Aparecido Dias***

*Walkiria Martinez Heinrich Ferrer****

RESUMO

A pesquisa aqui desenvolvida decorre da análise das circunstâncias em que ocorrem os discursos de ódio na internet como mecanismo de con-

* Mestrando em Direito pela Unimar, procurador do Município em Taboão da Serra e advogado em São Paulo. Residente e domiciliado na Rua Teodósio Nobre, 180, Vila Marari, São Paulo/SP. E-mail: richardbassan@adv.oabsp.org.br. Telefone: (11) 99529-3018. Não recebo financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não e declaro não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresenta.

** Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha). Professor da graduação, mestrado e doutorado em Direito na UNIMAR (Universidade de Marília). Av. Higino Muzi Filho, 1001, Mirante – Marília/SP, CEP: 17525-902. E-mail: jeffersondias@unimar.br. Telefone: (14) 99749-0777. Não recebo financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não e declaro não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresenta.

*** Doutora em Educação pela UNESP/Marília (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Marília). Professora da graduação, mestrado e doutorado em Direito na UNIMAR (Universidade de Marília). Av. Higino Muzi Filho, 1001, Mirante – Marília/SP, CEP: 17525-902. E-mail: nipex@unimar.br. Telefone: (14) 99687-7073. Não recebo financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não e declaro não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresenta.

trole social, sob a perspectiva da biopolítica e o uso de novas tecnologias. A problemática está no fato de que essa prática tem sido, ao longo dos anos, bastante observada e possui gatilhos que podem ensejar a incidência de uma série de outras práticas deletérias às relações humanas. O controle biopolítico dos corpos virtuais e de suas condutas diante da internet, ferramenta de grande alcance e poder de dissuasão, das relações de poder de um determinado grupo sobre o outro. Assim, a pesquisa pretende analisar esses discursos a partir da lógica foucaultiana diante do processo de idealização do outro a partir do discurso, levando-se em consideração a força invisível encadeada com o objetivo de romper concepções mais tradicionais. Valendo-se do método dedutivo, pesquisa qualitativa e bibliográfica, serão utilizadas doutrina e artigos científicos.

Palavras-chave: Biopolítica. Discurso de ódio. Internet. Novas tecnologias. Mecanismos de controle social.

ABSTRACT

The research developed here comes from the analysis of the circumstances in which hate speeches occur on the Internet as a mechanism of social control, under the perspective of biopolitics and the use of new technologies. The problem lies in the fact that this practice has been widely observed over the years and has triggers that may give rise to the incidence of a series of other practices that are harmful to human relations. The biopolitical control of virtual bodies and their behaviors facing the Internet, a tool of great reach and deterrence capability, of the power relations of a certain group over the other. Thus, the research intends to analyze these discourses from the foucaultian logic before the process of idealization of the other from the discourse, taking into account the invisible force chained together with the objective of breaking up more traditional conceptions. By using the deductive method, qualitative research, and bibliography, we will use the doctrine and scientific articles.

Keywords: Biopolitics. Hate speech. Internet. New technologies. Mechanisms of social control.

INTRODUÇÃO

De tempos em tempos, a sociedade sofre ressignificações próprias das relações humanas, marcadas pela dinamicidade dos acontecimentos e das manifestações interpessoais. Ao mesmo tempo, configuram-se novas tecnologias, concentradas nas perspectivas que a sociedade tem de modernidade, evolução humana e contexto social dinamizado. Diminuem-se as perspectivas de interpessoalidade e explodem modelos de *ratio* que extrapolam a própria legalidade dos atos praticados, assim como dos modelos eleitos para fundamentar essas ações.

À luz da lógica cunhada por Foucault, é possível tecer considerações acerca desse novo processo de idealização do outro a partir do discurso, valendo-se de

uma força invisível encadeada com o objetivo de romper com as concepções mais tradicionais. Essa manifestação cinge-se na crença que o poder se limitaria a emanar das mãos do Estado, e ao haver essa desmistificação, o centro gravitacional se desloca do poder público para a sociedade.

Nesse prospecto, surgiram novas tecnologias que, agregadas às já existentes e atreladas aos diversos discursos que se viram empoderados por esses canais, possibilitaram o surgimento do discurso de ódio, termo significativo e deletério no contexto das conquistas dos direitos fundamentais. O alcance desse discurso tomou uma dimensão de controle social que foge até mesmo das competentes lições sobre a biopolítica cunhada por Foucault e desenvolvida ao longo dos anos por teóricos como Negri e Agamben, preocupados com a politização da *zoe*.

Diante disso, a análise do esvaziamento do conteúdo cultural, ante a ausência de contenção desses corpos, numa dialética que confere ao contexto social uma liberdade exacerbada e mal utilizada, causando, assim, desequilíbrio nas relações. A adoção de critérios regulamentares para sopesar a ausência de equilíbrio das relações reclamou do Estado uma intervenção emergencial, ao claro contexto de descontrole do uso da internet.

A condução do trabalho tem início com uma abordagem da visão biopolítica de Foucault e as tecnologias da época, como elemento filosófico base da construção dos demais tópicos. Em seguida, o cenário se desloca para a análise do controle sociopolítico da internet como meio de comunicação, ensejando entrelaçar as definições como preparo para abordagem do tema seguinte. Ao final, colocadas as premissas antecedentes, aborda-se, neste derradeiro tópico, os elementos que orbitam em torno do discurso de ódio na internet, assim como o seu biopoder de controle social sobre as massas na sociedade contemporânea.

A VISÃO BIOPOLÍTICA DE FOUCAULT E AS TECNOLOGIAS DA ÉPOCA

Ao inferir pressões demasiadamente reflexas nas relações humanas, reverbera a importância e sutileza das relações de poder enquanto produtoras de conteúdos diversos, no pálio da observação de que “[...] o poder não é algo que possa pertencer a um só indivíduo ou a uma só instituição, mas sim uma rede em cujas malhas todos nós circulamos, exercendo poder e nos submetendo a ele”¹.

As manifestações da biopolítica no conceito cunhado por Foucault e desenvolvido por Giorgio Agamben e Negri, dentre outros autores, foram pensadas no sentido de dar coerência aos fenômenos biológicos intrínsecos à dinâmica popu-

¹ SCHIRMER, Leandra Cohen; DAMOLIN, Aline Roes Dalmolin. *Discurso de ódio biopolítico no caso Marielle Franco*. Anais do I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos, 2018 – GT II: Direitos humanos, justiça e inclusão social. p. 3. Disponível em: <https://publicacoes-ventos.unijui.edu.br/index.php/conabipodihu/article/view/9294/7960>. Acesso em: 25/05/2020.

lacional, embora com alguns dissensos entre eles. A arte de governar, idealizada por Michel Foucault, é sustentada pelo apontamento de que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi a estatização do biológico, contudo, também o é no século XXI.

O resgate do pensamento de Foucault indica que ao soberano era relegado o direito de fazer morrer e deixar viver, em que vida e morte não eram consideradas fenômenos naturais. Com o passar do tempo, novas técnicas de poder foram sendo inseridas, cuja essencialidade estava apontada para o corpo individual, a distribuição espacial dos corpos, seu alinhamento, sua separação e colocação em série, como num exército métrico, em permanente vigilância no campo da visibilidade sobre sua organização sua separação.

No campo das virtualidades tecnológicas da época, vislumbrou-se a marca impressa pelos termos “americanismo e fordismo”, cujos pressupostos vieram cunhar importantes estilos de vida e pensamento, principalmente voltadas à propriedade privada e ao consumo em massa, decorrentes da expansão da economia. Com a organização do trabalho e um novo modelo de trabalhador humano, o uso das ciências e das técnicas de produção, bem como o emblemático avanço do uso da informática nos anos 60 e 70 foram decisivos para modificar a vida cotidiana da população e influenciar o pensamento de Foucault, que cunhou o termo “tecnologias de poder”, sobre o qual seu estudo se debruçou.

No entanto, para Negri², a visão biopolítica de Foucault apresentava problemas elencados na ordem das contradições de seus primeiros textos em relação à manutenção da ordem e da disciplina através do crescimento do Estado e sua organização administrativa. O citado autor aponta que a biopolítica, nesse ponto, procurava demonstrar o instante em que a tradicional dicotomia Estado/sociedade é superada, em proveito de uma economia política geral de uma vida, a vida das pessoas.

Ainda analisando a visão biopolítica foucaultiana, Negri³ apontou o segundo problema, assentado na ideia de que se a biopolítica é um conjunto de biopoderes que investem na vida, essa então se confundiria com o poder, e por consequência, tal qual o trabalho e a linguagem. Do mesmo modo, essa dinâmica também contempla os corpos, os sentimentos, os desejos e sexualidade⁴.

Contudo, está claro que essa definição de biopolítica cunhada por Foucault só pode ser concebida sobre sua própria base epistemológica, pois não se mostra como uma organização coerente, unitária e estável, mas um conjunto de relações de poder que implicam condições históricas e complexas e efeitos múltiplos, o poder é um campo de poderes. Desse modo, nasce, na segunda metade do sécu-

² NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana*. Barcelona: Paidós, 2008. p. 39-40.

³ NEGRI, Antonio. *La fábrica de porcelana*. Barcelona: Paidós, 2008. p. 40.

⁴ *Ibid.*

lo XVIII, uma tecnologia de poder, que não exclui a disciplinar, mas que a complementa e a modifica, ao mesmo tempo em que não se aplica ao corpo do homem, mas ao homem enquanto espécie⁵.

Projetados para a vida econômica, esses fenômenos abriram caminho para o exercício da governamentalidade, na qual a biopolítica passou a criar mecanismos de controle por meio de organizações e instituições, que passaram a ser responsáveis por conter a grande assistência, paralelo ao que se concebe hoje como um estado de bem-estar social. Desnuda, portanto, a visão de que deve haver mínima intervenção do Estado na economia e na vida das pessoas, pois contempla a consagração do controle sobre como os seguros, as poupanças individuais e coletivas, e, desse modo, sobre a vida econômica e social das pessoa⁶.

Sob essa perspectiva, se analisa a dimensão que a teoria foucaultiana projetou *pro futuro* e se chega à sua análise a partir do século XX em que viveu o filósofo francês, cuja massificação dos meios de comunicação iniciara sua expansão, tal como se verificou nos anos 60 e 70. O termo tecnologia sempre permeia as acepções de Foucault, na medida em que orbita a política, o poder e a disciplina, mas que não compõe uma rede de definições unitárias: completa-se e diverge de acordo com o tecido social analisado.

Diante da análise do biopoder face ao recorte teórico analisado neste trabalho, o viés contextual se mostra mais próximo da tecnologia social, que se põe, frente às definições doutrinárias, como sendo um instrumento capaz de solucionar problemas sociais de modo simplificado, eficaz, que implique baixo custo e auxilie na absorção dos impactos sociais. Fernandes e Resmini⁷ definem:

Biopoder é uma tecnologia de poder, um modo de exercer várias técnicas em uma única tecnologia. Ele permite o controle de populações inteiras. Em uma era onde o poder deve ser justificado racionalmente, o biopoder é utilizado pela ênfase na proteção de vida, na regulação do corpo, na proteção de outras tecnologias. Os biopoderes se ocuparão então da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade, dos costumes, etc, na medida em que essas se tornaram preocupações políticas.

Cabe mencionar que o prospecto analisado permite que essas tecnologias sociais sejam aplicadas de várias formas em diversos contextos, ligados a uma premissa inicial que é a solução de problemas sociais. A internet, sem dúvida, é uma ferramenta social, cujo meio de alcance permite que seus usuários tenham

⁵ FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 248.

⁶ *Ibid.*

⁷ FERNANDES, Daniel; RESMINI, Gabriela. *Biopolítica*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/objetivacao/espaco/biopolitica.html>. Acesso em: 30/06/2020.

acesso a uma gama de serviços ao alcance de suas mãos, retirando do Estado a obrigatoriedade de prestação de determinados serviços, além do que, possibilita que o indivíduo dela se valha para atuar por conta própria em benefício de seu próprio sustento, ou seja, possa utilizá-la como ferramenta de trabalho.

Ao partir da análise de uma conjuntura em que o controle sociopolítico da internet reverbera pela condição de acessibilidade decorrente das políticas públicas inclusivas, que tem como fundamento o alcance máximo de pessoas, as limitações a esta inclusão gerariam fissuras nessa tecnologia social. Dito de outro modo:

O termo “tecnologia social” é pensado de forma ampla para as diferentes camadas da sociedade. O adjetivo “social” não tem a pretensão de afirmar somente a necessidade de tecnologia para os pobres ou países subdesenvolvidos. Também faz a crítica ao modelo convencional de desenvolvimento tecnológico e propõe uma lógica mais sustentável e solidária de tecnologia para toda as camadas da sociedade. [...] No entanto, dada a realidade da América Latina, tem seu potencial conceitual debatido e expandido para estratégias concretas de inclusão social⁸.

As atividades, dentro do modelo capitalista instalado atualmente, prescindem da utilização da internet. Praticamente todas as atividades econômicas realizadas dependem ou têm a internet como parte do processo, tanto produtivo como de comercialização, decorrentes do próprio âmbito de incidência das relações socioeconômicas ditadas pela globalização. O pensamento foucaultiano permeia o surgimento de uma perspectiva econômica dentro do sistema capitalista, na moldura do neoliberalismo.

Ante à aproximação da teoria comentada por Adam Smith, o neoliberalismo, para Foucault⁹, traria diversas distinções quanto aos elementos do liberalismo ilustrado por Smith, “[...], pois a lógica já não é mais a de saber se no interior da sociedade era possível arranjar um espaço livre que seria o mercado, mas, sim, saber se seria possível, no interior de uma economia de mercado, regular um exercício global do poder político”¹⁰.

Em face desta constatação, quando o objetivo da socialização da internet é desvirtuado, com a má utilização do meio surge a necessidade de que o Estado intervenha, regulamentando o uso, aplicando o biopoder e evitando que o eixo

⁸ JESUS, Vanessa M. Brito de; COSTA, Adriano Borges. Tecnologia social: breve referencial teórico e experiências ilustrativas. In: COSTA, Adriano Borges (org.). *Tecnologia social e políticas públicas*. São Paulo: Instituto Pólis; Brasília: Fundação Banco do Brasil, 2013. p. 18.

⁹ FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*: curso no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁰ MENDES, Luciano et al. Tecnologias sociais, biopolíticas e biopoder: reflexões críticas. *Caderno EBAPÉ.BR*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, art. 2, p. 692, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00687.pdf>. Acesso em: 30/06/2020.

seja deslocado de modo que saia de seu controle. Interessante notar ainda que o Estado se satisfaz com tecnologias que atendam integralmente seu objetivo de adestramento e de controle dos corpos dóceis.

Objetivo também perfilhado na teoria foucaultiana é que os mecanismos de segurança, pautados na normação e normalização, possuem diferenças, sendo a normação, consoante Furtado e Camilo¹¹, “[...] o efeito de enquadramento gerado por mecanismos disciplinares ao buscarem adequar indivíduos a modelos previamente estabelecidos, isto é, a uma norma a que os homens devem se submeter”. A normalização, como uma das disciplinas, ocorre “[...] por meio da medicalização social, a emergência de uma série de biopoderes e a aparição de tecnologias do comportamento formam, portanto, uma configuração do poder, que, segundo Foucault, é ainda a nossa”¹².

Desse modo, ainda no contexto das tecnologias de segurança, a sua atuação está no seio das normalizações, ávidos à identificação dos padrões de realidade na busca da chamada curva de normalidade¹³. Deflui do entendimento de Foucault¹⁴ que “o normal é que é primeiro, e a norma se deduz dele, ou é a partir deste estudo de normalidades que a norma se fixa”.

Quando este mote se desloca, por algum motivo, e este seja passível de atender a mão de ferro do Estado, ocorre a intervenção e a aplicação dos preceitos biopolíticos. Desse modo, “supõe uma articulação diferenciada entre tecnologia e arranjos sociais, capaz de promover a inclusão por meio da participação dos usuários das tecnologias”¹⁵.

É nesse contexto que se identifica o fato de que “[...] os biopoderes buscam regular a vida, a vida, por seu lado e pela via da biopolítica, também pode e deve manifestar sua resistência, a fim de alcançar uma situação emancipadora”¹⁶. Esse controle transcende o simples direito de gozá-la, o que implica na limitação do exercício das liberdades.

¹¹ FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. *Revista Subjetividades*. Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, set./dez. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rs/v16n3/03.pdf>. Acesso em: 30/06/2020.

¹² FERNANDES, Daniel; RESMINI, Gabriela. *Biopolítica*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html>. Acesso em: 30/06/2020.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ FOUCAULT, Michel., op. cit., p. 83.

¹⁵ JESUS, Vanessa M. Brito de; COSTA, Adriano Borges. Tecnologia social: breve referencial teórico e experiências ilustrativas. In: COSTA, Adriano Borges (org.). *Tecnologia social e políticas públicas*. São Paulo: Instituto Pólis; Brasília: Fundação Banco do Brasil, 2013. p. 20.

¹⁶ MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na internet como mecanismo de controle social. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29.pdf. Acesso em: 30/06/2020.

A regulamentação para tornar os corpos disciplinados, transpondo as definições de liberdade, é necessária para que haja a manutenção de outras liberdades, pois estas se mostram vilipendiadas quando se verifica um ultraje no seu exercício. Para que isso não ocorra, necessário se faz que o poder exercido pelo Estado gere a própria vida humana, de modo que venha a governar a vida e possibilitando o ensino a limitações postas pela lei.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a internet é uma tecnologia disruptiva que também deve estar subjugada pelas normas de regência em relação a diversos tipos de contextos, como direitos fundamentais, sociais e econômicos. Não obstante, ainda sob os reflexos da teoria foucaultiana, essa regulamentação é compatível com transculturação que a internet revela.

O descumprimento de condutas ilícitas, deletérias e destrutivas é o alvo a ser combatido no âmbito do discurso de ódio, decorre, muitas vezes, da cultura que vem sendo disseminada pelas redes sociais. No tópico que segue, o controle sociopolítico sobre a internet será analisado levando-se em consideração a faceta comunicativa que dela faz parte.

CONTROLE SOCIOPOLÍTICO DA INTERNET COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO NA ERA DO CONHECIMENTO

O grande questionamento que permeia a análise acerca do controle sociopolítico da internet como meio de comunicação é se ela está contemplada nas definições e na constituição da era do conhecimento. A regulamentação proposta pelo Estado a toda população erige como uma ferramenta biopolítica de contenção dos corpos dóceis que podem ser influenciados negativamente no contexto da utilização inadequada das tecnologias disruptivas. Não obstante, também procura ter certo controle sobre aqueles que promovem o deslocamento do manejo necessário ao equilíbrio entre as liberdades envolvidas.

Analisando as obras de Foucault, Cassiano¹⁷ explica que “[...] o termo tecnologia aparece empregado quase sempre em um sentido pragmático que busca denotar métodos e procedimentos na forma de controle sociopolítico”. Não é por menos que o século XX foi denominado por Eric Hobsbawm como “a era dos extremos” (1914-1991, 1995), cujo contexto vai desde os avanços tecnológicos e da ciência ao pragmático contexto das duas grandes guerras que assolaram o planeta.

A regulamentação do uso dessa tecnologia pungente e totalmente em expansão foi delimitada pelas condições impostas pelo Marco Civil da Internet,

¹⁷ CASSIANO, Jefferson Martins. Fazer produzir e deixar consumir: as tecnologias de poder em Michel Foucault. *Revista Ipseitas*. São Carlos, v. 2, n. 2, p. 154-177, jul./dez. 2016. p. 155. Disponível em: http://www.revistaipseitas.ufscar.br/index.php/ipseitas/article/view/95/pdf_51. Acesso em: 25/05/2020.

cujos parâmetros foram cunhados à luz da violação à liberdade de uso. Consoante observa Garcia¹⁸:

[...] já há algum tempo a Internet deixou de ser um simples meio de comunicação e não se comporta mais como um mero recurso de transmissão de dados. De forma exponencial, o uso da Internet vem causando profundas transformações na sociedade, alterando o modo como as pessoas desempenham suas atividades no dia a dia, transformando a forma como as empresas desempenham suas atividades econômicas, modificando a forma como os governos prestam serviços aos cidadãos, incrementando a forma como as pessoas se relacionam, propiciando novas formas de educação e de aquisição de informação e conhecimento, criando novos nichos de mercado, originando novas profissões e extinguindo uma série de outras, dentre diversos outros aspectos.

Especificamente no âmbito das relações cunhadas por meio dos avanços tecnológicos, no setor de comunicação voltado para a rede mundial de computadores e o uso em massa da internet, ao longo do século XX e adentro ao século XXI. Foucault traz a proposição de análise histórica partindo-se do deslocamento das formas e domínios do poder, com o intuito de elucidar de que modo funcionam essas relações de poder.

Com o tempo, surgiu a preocupação com a regulamentação dos atos praticados na internet e isso atingiu o cenário mundial, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos em relação aos atos conhecidos pelas siglas SOPA (Stop Online Piracy Act) e o PIPA (Protect IP Act). No Brasil, foi sancionada a Lei 12.965/2014, que regulamentou o Marco Civil da Internet, a regramentos a respeito dos dados pessoais circulantes (LGPD) e à criminalização dos delitos cibernéticos (Lei 12.737/2012), inclusos no Código Penal nos arts. 154-A e 298). Na União Europeia, há um conjunto pormenorizado de diretivas destinadas à regulamentação da Internet, somadas a outras em processo de elaboração, como a Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD – UE) 2016/679¹⁹.

As definições do que seja a era do conhecimento combinam a liberdade de expressão, comunicação, evolução tecnológica e acesso a informações globalizadas. Muito tem se falado que o que se vive, na verdade, não configura a era do

¹⁸ GARCIA, Luiz Antônio Mendes. *A regulamentação da internet à luz da violação à liberdade de uso*. 2016. p. 3. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/ArtigoCONPEDI2016AregulamentaodainternetuluzdaviolaoliberdadedeusoIntegral.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.

¹⁹ LASTRES, Helena Maria Martins. Desafios e oportunidades da era do conhecimento. *Revista São Paulo em perspectiva*. São Paulo, v. 16, n. 3, p. 60-66, jul./set. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000300009. Acesso em: 29/06/2020.

conhecimento, mas a era da ignorância, ou seja, um revés da era do conhecimento²⁰. Desse modo, “chamando-se a atenção para os riscos associados à hiperinformação, resultante do alto volume de informação em circulação e ao relativo descuido com a geração e acumulação de conhecimentos”.

Esse excedente cognitivo na sociedade da informação geraria, portanto, o mau emprego dessas informações. Essas informações trafegadas pela rede mundial de computadores podem influir na formação de novas composições organizacionais, que, de acordo com Latres *et al*²¹ “[...] estimulam os processos de aprendizagem coletiva, cooperação e dinâmica inovativa assumem importância ainda mais fundamental para o enfrentamento de novos desafios colocados pela difusão da era do conhecimento”.

É possível identificar, em diversos cenários, que os discursos são direcionados aos grupos mais vulneráveis, cuja identificação depende do contexto da narrativa dada à predicação, que acabam por exercer um controle social de difícil tangibilidade. Dadas as correções necessárias ao manejo de alinhamento ao ordenamento social, as implicações jurídicas geram uma instabilidade nas relações equacionadas pelo uso da internet.

No tópico seguinte, a análise se desloca para o terreno desse discurso de ódio, a contextualização de sua incidência e a perspectiva de contenção dos corpos ditada na sua tessitura.

DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL

Analisa-se, portanto, a questão do discurso e da liberdade de dizê-lo a qualquer tempo, em qualquer instante e em toda circunstância. A exaltação da disciplina, diante de tamanha expansão das liberdades, alçadas pelo contexto das tecnologias, a disciplina ressurgue como um princípio de controle da produção do discurso, consoante à teoria de Foucault.

Segundo ele, ao manifestar-se acerca da ordem do discurso:

Fixa-lhe limites pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente das regras. Tem-se o hábito de ver na fecundidade de um autor, na multiplicidade dos comentários, no desenvolvimento de uma disciplina, recursos infinitos para a criação dos discursos. Talvez, mas não deixam de ser princípios de constrangimento; e é provável que não se possa reconhecer o seu papel positivo e multiplicador se não tomarmos em consideração a sua função restritiva e constrangedora.

²⁰ *Ibid.* p. 61.

²¹ LASTRES, Helena Maria Martins. Desafios e oportunidades da era do conhecimento. *Revista São Paulo em perspectiva*. São Paulo, v. 16, n. 3, p. 60-66, jul./set. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000300009. Acesso em: 29/06/2020.

É nesse contexto que há de se analisar a questão da regulamentação em relação aos discursos de ódio fomentados através dos meios de comunicação. À luz dos ensinamentos cunhados por Foucault, que se impõem na ordem da análise dos discursos e da sociedade, enquanto instância do político, dos conflitos de interpretação de sentido de mundo, de julgamentos de valor, e a natureza se misturam nos debates sobre organismos transgênicos²².

Nesse sentido, apoia-se o entendimento de que “o curso natural da vida biológica é afetado diretamente, desde seu interior, pela ação tecnológica da sociedade contemporânea e, de acordo com determinados fins, meios são aperfeiçoados na medida em que novos campos de empiricidade vão se constituindo”²³. Os discursos colocados na rede virtual remetem à análise da biopolítica acerca das segregações, nos termos de exemplos ocorrido ao longo da história, como o nazismo.

A politização da “zoe”, como uma “vida nua” concebida a partir da interpretação de Agamben, mantém interligadas as vidas de todos os seres vivos, e não apenas a humana. Consoante ponderam Premebida e Almeida²⁴:

[...] de acordo com a designação aristotélica – da bios, vida politicamente qualificada, própria da humanidade, vida acima das necessidades básicas, cumpre, segundo as estruturas e lógicas do sistema de poder contemporâneo, com maior facilidade, as estratégias de potencializar, moldar, distribuir e transformar a vida biológica, a “vida nua”, esvaziada de conteúdos culturais, pensada como conjunto de arquivos manipuláveis (o código genético). Esta concepção de vida esvaziada de referências culturais é facilmente racionalizável por processos de produção industrial.

Esse esvaziamento do conteúdo cultural também remete à ausência de contenção desses corpos, que antes dóceis agora vorazes pautados pela liberdade exacerbada e inadequada de exposição de ideias, e que fomentam o desequilíbrio das relações humanas não alcançadas pela biopolítica estatal de regulamentação dessas atividades. O poder de disciplinar esses corpos de modo coletivo passa a ser uma necessidade, e passou a complementar, de acordo com Foucault²⁵, para poder abarcar a população, esse “novo corpo: corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável”.

²² PREMEBIDA, Adriano; ALMEIDA, Jalcione. Biotecnologias, biopolítica e novas sociabilidades. *Revista UNOPAR Científica, Ciências Humanas e Educação*. Londrina, v. 11, n. 2, p. 5-14, out./out. 2010. Disponível em: <https://revista.pgskroton.com/index.php/ensino/article/view/785>. Acesso em: 24/05/2020.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* p. 6.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 292.

Introduz-se aqui a dinâmica apoiada do ódio ao discurso biopolítico nas redes sociais, cujo contexto se molda diante de uma dimensão política inserida no âmbito das novas tecnologias, cujas rupturas epistemológicas fundamentais vão em direção ao tecido social inicialmente aplainado pela questão do emprego do biopoder.

Para compreender as lições de Foucault, é preciso analisar as tecnologias por ele delineadas na perspectiva de atuação dos micropoderes exercidos no cotidiano, dentro dos quais os indivíduos, com suas inevitáveis diferenças, “[...] induzem continuamente condições de poder instáveis e momentâneas, mas sempre levando em conta a presença de vários poderes que interagem de diferentes maneiras em um espaço e em outros”²⁶.

De Leon²⁷ comenta:

O ódio não existe por si mesmo. Há modelos de ódios. Ódios são inventados. O ódio é uma forma-discurso e, portanto, uma construção histórica. Michel Foucault, em vários escritos, se reporta ao ódio aos masturbadores, aos loucos, às bruxas, aos infames. [...] A propaganda de Goebbels na Alemanha nazista, os jornais do mundo pós II Guerra, o rádio, a televisão, a internet. [...] Desta maneira, as máquinas midiáticas não só alimentam a ideia de caos, como sugerem a solução para a restauração. No esteio de Foucault, pensar este eterno retorno é romper com a ideia de um tempo cíclico. O tempo nem é cíclico e nem é seta. O tempo é paralelo, multidimensional e espiralado.

O que o autor quer dizer é que esse movimento de exaltação do discurso de ódio, que retorna à sociedade com bastante força de tempos e tempos, nada mais é do que a manifestação do movimento pendular idealizada por Nietzsche, ao exaltar a crítica de Foucault ao dogma do tempo cíclico. Foucault entende que cada tempo possui suas próprias características e que por isso não há retorno.

Ele é proferido por um grupo que se julga dominante e exclui o que considera diferente em nome da sua perpetuação e da conservação de seus valores. Não é

²⁶ KOVALESKI, Douglas Francisco; OLIVEIRA, Walter Ferreira de. Tecnologias do “eu” e cuidado de si: embates e perspectivas no contexto do capitalismo global. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*. Florianópolis, v. 3, n. 6, p. 171-191, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiGz47DsIrsAhXgHrkGHe2YApMQFjA AegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufsc.br%2Findex.php%2Fcbm%2Farticle%2Fdownload%2F68505%2F41281&usg=AOvVawlTeRvaD020Qff5MILbj_2-. Acesso em: 27/09/2020.

²⁷ DE LEON, Adriano. Facismo em rede: uma mirada nos discursos de ódio pelas mãos de Foucault. In: SILVA, Francisco Vieira da; DOMINGOS, José; PEREIRA Tânia Maria Augusto (org.). *Foucault e mídia: entre pirotécnicas e reflexões*. Paraíba: Marca de Fantasia, 2017. p. 166, 167, 169. Disponível em: <https://www.marcadefantasia.com/livros/veredas/foucaultemidia/foucaultemidia.pdf#page=163>. Acesso em: 25/05/2020.

à toa que o ódio biopolítico, nas redes, demonstre ter como alvo principal atingir os aspectos eminentemente biológicos dos sujeitos envolvidos: a cor da sua pele, seu caráter de gênero, a natureza de suas práticas sexuais, ou seja, suas divergências em relação a um padrão considerado o correto por aquele grupo em questão.

De acordo com Giacoia e Santos²⁸, “todos os caracteres humanos compõem uma parte extremamente importante da cultura de uma sociedade, agregando valores, a começar pela visão ímpar que cada um tem, a respeito de determinada circunstância”. A atuação do ódio biopolítico não abre espaço para a dúvida, a pluralidade e para a divergência: aquele com o qual eu não concordo deve ser silenciado, rejeitado ou eliminado. Essa estratégia muitas vezes lança mão da liberdade de expressão como condição para disseminar seu ódio biopolítico. Impende colacionar o entendimento de Foucault²⁹:

Mais precisamente, não se deve imaginar um mundo do discurso dividido entre o discurso admitido e o discurso excluído, ou entre o discurso dominante e o dominado; mas, ao contrário, como uma multiplicidade de elementos discursivos que podem entrar em estratégias diferentes.

No contexto das liberdades e suas limitações constitui objetivo exaustivamente debatido no seio constitucional, ante o alargamento do respeito aos direitos e a necessidade de que eles sejam exercidos com responsabilidade, sob pena de sofrerem limitações e até mesmo restrições. No contexto dos discursos de ódio também se insere a sistemática das chamadas *fake news*. Nesse passo, “[...] a popularização das redes sociais e de equipamentos móveis também possibilitou que qualquer pessoa, principalmente formadores de opinião, criassem seus próprios canais de comunicação sem preocupações maiores com a precisão e veracidade da informação por eles distribuídas”³⁰. Assim, acrescenta a autora:

A popularização do *fact-checking* surge exatamente nesse contexto e embora tenham existido iniciativas pontuais na década de 1990, foi em

²⁸ GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos. Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 153-171, jul./dez. 2020. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=414&volume=discurso%20de%20odio. Acesso em: 27/09/2020.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade – I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 110.

³⁰ SILVA, Cris Guimarães Cirino da. *Bolsonarização do espaço público: uma análise Foucaultiana sobre os conceitos de pós-verdade, fake news e discurso de ódio presentes nas falas de Bolsonaro*. p. 6. Anais do XIX Encontro dos Grupos de Pesquisas em Comunicação, evento componente do 42º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Trabalho apresentado no GP Comunicação, Mídias e Liberdade de Expressão. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2019/resumos/R14-0386-1.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.

2003 que uma fundação americana chamada *Annenberg Public Policy Center* criou o *FactCheck.org*, primeira plataforma de checagem, baseada nos Estados Unidos e em seguida no Brasil com projetos pontuais.

A base da propagação do discurso de ódio não é apenas a desmoralização, a utilização do discurso de modo irresponsável e muitas vezes criminoso. Ele está permeado de invenções e propagações inverídicas, pautadas em achismos e condicionantes sociais segregatórios. Interessante notar que Foucault direcionava seu discurso de contenção dos corpos dóceis como objetivo de todas as instituições que pudessem frená-los, como a escola, as instituições militares ou mesmo os presídios. Dentro dessa dinâmica também estaria a contenção do discurso, aqui incluídos os de ódio, de população de desavenças, discórdias, e das chamadas *fake news*.

Machado *et al.*³¹ comentam que “a esperança na habilidade do indivíduo de se tornar um ponto de resistência aos próprios mecanismos de opressão e submissão é sustentável”. Desse modo, a teoria biopolítica, de acordo com os mesmos autores, em diversos pontos, reconhece que o poder de romper com as amarras impostas pelo biopoder repousa nas entranhas da própria sociedade, que se vale da liberdade de expressão para compor discursos agressivos e destrutivos, disseminando ódio pelas redes sociais e na internet de um modo geral³².

A menção citada se destaca tendo em vista que

[...] todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção. Especialmente a problemática dos limites e restrições em matéria de direitos fundamentais não dispensa, em primeira linha, um exame do âmbito de proteção dos direitos, primeiro tópico a ser versado³³.

Para além da impressão puramente individual, existe uma questão de amplitude social, que gera reflexos no coletivo e faz com que a limitação dos direitos seja necessária para preservar outra gama de direitos envolvidos, dispersos por grupos de indivíduos ou por toda coletividade, a depender da incidência. A regra, portanto, é que direitos fundamentais são submetidos a limites

³¹ MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na internet como mecanismo de controle social. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29.pdf. Acesso em: 30/06/2020.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

e suscetíveis de serem restringidos, pois, se for considerado o fato de que “[...] nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos não tem oferecido maiores dificuldades e tem sido amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo”³⁴.

É nesse contexto que se insere a implicação dada pelo biopoder setorizado na utilização irrestrita da internet como ferramenta de comunicação e diretiva globalizante e disruptiva. Segundo Miranda³⁵, “a sociedade disciplinar se constitui enquanto uma sociedade reguladora, construindo organizações e controles sobre o espaço e o tempo, sobre a conduta dos indivíduos, e especificamente sobre seus corpos”.

Desse modo, é salutar compreender que “os discursos de ódio são uma verdade de seu tempo, em que a singularidade do discurso e as práticas não discursivas conectam-se estrategicamente no/pelo dispositivo, em determinadas circunstâncias, historicamente datadas”³⁶. Dos ensinamentos de Foucault³⁷, pode-se relacionar o discurso de ódio com “[...] a) uma rede de elementos heterogêneos, discursivos e não discursivos, e a natureza da relação que se estabelece entre tais elementos; b) uma resposta a uma urgência de seu tempo; e c) função estratégica em um dado momento.

Assim, “os diferentes sentidos que uma palavra assume devem ser interpretados a partir do seu contexto de produção, e dos lugares sócio ideológicos de onde os sujeitos falam. Ideologia é, portanto, inerente à noção de discurso [...]”³⁸. Ante a necessidade de disciplinar os corpos, inclusive em relação ao discurso, Miranda³⁹ argumenta que o corpo humano, ao ser colocado em disciplina “[...] entra em uma verdadeira maquinaria de poder que o coloca inteiramente dentro do cálculo e dos objetivos diretos do poder: o poder se exerce ao atravessar os corpos individuais, unindo-os na multiplicidade, transformando-os num todo [...]”.

³⁴ *Ibid.* p. 399.

³⁵ MIRANDA, Wandelson Silva da. Foucault e a questão do sujeito: as tecnologias do eu e a criação de novas subjetividades. *Revista Fenomenologia & Psicologia*. São Luís, v. 2, n. 1, p. 19-34, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/fenomenolpsicol/article/view/4177>. Acesso em: 25/05/2020.

³⁶ DUARTE, Karinne Regis; FERNANDES JÚNIOR, Antonio. Os discursos de ódio nas eleições presidenciais de 2014 no Brasil. *RAEIC – Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*. Santiago de Compostela, v. 6, n. 12, p. 166-188, jan./dez. 2019. Disponível em: <http://revistaec.eu/index.php/raeic/article/view/208/186>. Acesso em: 25/05/2020.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 245.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ MIRANDA, Wandelson Silva da., op. cit., p. 26.

Nas palavras de Canclini⁴⁰, “as tecnologias avançadas de comunicação também servem para causar transtornos e destruição, como a circulação maciça do spam, o uso de celulares para realizar ataques terroristas islâmicos em capitais ocidentais [...]”, além de outros objetivos que deturpam o objetivo primitivo da comunicação digital.

Postas as premissas, é mais compreensível a dinâmica que envolve a limitação dos direitos fundamentais para contenção dos corpos, que, de maneira inata, permaneciam dóceis, mas por conta de externalidades passíveis de apropriação de discursos de ódio, passaram a demandar intervenção e limitação estatal. Veja-se o que compõem Sarlet *et al*⁴¹ acerca do que foi citado:

A identificação dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhado com o legislador ordinário. A ideia de que existem limites ou restrições a um direito, que com este não se confundem, embora possa parecer trivial à primeira vista, oculta, todavia, uma série de problemas, resultantes, por um lado, da determinação do significado destes limites, por outro, da distinção do que sejam uma limitação e outras atividades normativas.

Impede o destaque de que o discurso de ódio tomou dimensão mundial, a ponto de preocupar a Organização das Nações Unidas e reclamar dela um posicionamento em nível de contenção quase sanitária. De acordo com Guterres⁴², “o ódio está se movendo tanto na corrente das democracias liberais como nos regimes autoritários e colocando uma sombra sobre a nossa humanidade em comum”. Essa constatação absorve setores diversos da vida social, e contempla direitos humanos há muito tempo consagrados e que condenam com veemência a perturbação a seu exercício. Nesse sentido, assevera Guterres⁴³:

As Nações Unidas têm um longo histórico de mobilizar o mundo contra o ódio de qualquer tipo através de ações abrangentes de defesa dos direitos humanos e no avanço do Estado de Direito. De fato, a real identidade e o estabelecimento da ONU têm raízes no pesadelo que se segue quando ódio virulento é deixado sem oposição por muito tempo. Nós reconhecemos o discurso do ódio como um ataque contra a tolerância, a inclusão, a diversidade e a essência de nossas normas e princípios de direitos humanos.

⁴⁰ CANCLINI, Nestor García. *Leitores, espectadores e internautas*. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras, 2008. p. 55.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁴² GUTERRES, António. *As chamas do discurso do ódio*. 1 jul. 2019. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-as-chamas-do-discurso-do-odio/>. Acesso em: 01/07/2020.

⁴³ *Ibid.*

Esse comprometimento também atinge instituições e países democráticos, cujo nível de coesão e respeito deveria estar protegido dessa pandemia tecnológica. As ações compreendidas no espectro deletério desses discursos são, muitas vezes, desafiadas pela soberania das nações, pelas redes cada vez mais organizadas de implicação dos discursos de ódio.

É importante ressaltar que o discurso do ódio não é feito somente de forma direta, ela também pode vir nas entrelinhas das notícias falsas, as chamadas *fake news*. Ao longo dos anos, essas notícias falsas foram travestidas de liberdades. Ao ensejo, Siqueira e Passafaro⁴⁴ explicam que “os formatos de tais violências são denunciados, por exemplo, no sentido subjetivo nos discursos tradicionalistas de líder políticos, carregados de preconceito e violência implícita e provocativa”.

São, sem dúvida, degradações da humanidade, que assolam os ambientes mais íntimos da vida cotidiana, pois adentram locais por meio telemático, eletrônico, silencioso. A contenção dos corpos dóceis, ante ao discurso do ódio, se mostra não tão fácil como se imagina, pois a regulamentação e restrição acabam por se mostrarem ineficazes ante a agressividade do contexto apresentado.

CONCLUSÃO

Diante do discurso de ódio biopolítico, ocorre a redução dos indivíduos aos seus aspectos biológicos, cujas características relacionadas à cor da pele, etnia, gênero, posicionamento sócio-político são evidências suficientes para que se possa propagar um tipo de biopoder que aniquila a condição reativa de suas vítimas, inferiorizadas. É necessário alargar os debates para que seja possível identificar as estratificações decorrentes dessa prática, já que, com o tempo, ela se modifica e toma a aparência de novas formas de comunicação e propagação.

Foi possível verificar que o uso indiscriminado dessas ferramentas tecnológicas induz ao cometimento de ilícitos, dando vazão ao que o discurso do ódio prega enquanto sentimento que emerge ante a investida de limitação ou muitas vezes aniquilação das liberdades de pensamento. Não se trata, pois, da transgressão ou retrocesso dos direitos fundamentais, ao contrário, trata-se da consagração dos direitos até então conquistados, pois a limitação dessa liberdade deletéria de expressão fortalece o exercício sadio.

De todos os aspectos analisados, sob os vieses necessários à compreensão desses discursos, a análise biopolítica de Foucault se mostra sempre contemporânea, pois contempla o pensamento de que cada tempo possui suas caracterís-

⁴⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, Valesca Luzia de Oliveira. Abuso de poder nas relações de vulnerabilidade: direitos civis para quem? *Revista Argumentum*. Marília, v. 21, n. 1, p. 161-179, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1265/768>. Acesso em: 01/07/2020.

ticas. Nesse sentido, é tão importante discutir os limites e desafios de utilização das mídias de maneira responsável, a fim de evitar o constrangimento e deturpar seus objetivos, já que se trata de conquista histórica, marcada por muitas lutas.

Outrossim, é importante consignar que não devem haver deturpações dos discursos existentes na internet, pois nem todos eles se mostram indícios. Esse meio de comunicação, ao mesmo tempo em que é terreno fértil para ilegalidade, também é uma importante ferramenta de trânsito de informações, dados e relações humanas, além de tráfego econômico e político de um modo geral. É preciso empregar um olhar sensível a cada uma das pautas levantadas, pois nem todas elas, pelo simples discordar de opiniões, podem ser colocadas na moldura do discurso do ódio.

Nesse ponto, é fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio do qual o Estado Democrático de Direito brasileiro se assentou. A utilização desse instrumento, à luz da consagração de todas as liberdades e o respeito às ideias, é um instrumento disponível à população para o controle desses atos, que podem se apresentar de forma comissiva e também omissiva. Os deveres de proteção, respeito e contenção das próprias ações em relação ao outro é uma premissa que parte do indivíduo, no seu íntimo, e contribui sobremaneira para evitar disseminações como o caso do discurso do ódio.

Espera-se que a humanidade possa aprender com os erros remissivos e intermitentes que vem ocorrendo, ante a relevância do tema e o fato de sua manifestação poder ocorrer na seara religiosa, social, racial ou mesmo política. A intervenção do Estado e de órgãos de atuação mundial como a Organização das Nações Unidas, portanto, assume relevância a conhecida e já combatida investida de abusos, cuja prevenção pode ser uma alternativa bastante eficaz para repelir agressões oriundas, tanto de particulares quanto de pessoas jurídicas, públicas ou privadas.

REFERÊNCIAS

CANCLINI, Nestor García. *Leitores, espectadores e internautas*. Tradução de Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras, 2008.

CASSIANO, Jefferson Martins. Fazer produzir e deixar consumir: as tecnologias de poder em Michel Foucault. *Revista Ipseitas*. São Carlos, v. 2, n. 2, p. 154-177, jul./dez. 2016. Disponível em: http://www.revistaipseitas.ufscar.br/index.php/ipseitas/article/view/95/pdf_51. Acesso em: 25/05/2020.

DE LEON, Adriano. Fascismo em rede: uma mirada nos discursos de ódio pelas mãos de Foucault. In: SILVA, Francisco Vieira da; DOMINGOS, José; PEREIRA, Tânia Maria Augusto (org.). *Foucault e mídia: entre pirotecnias e reflexões*. Paraíba: Marca de Fantasia, 2017. Disponível em: <https://www.marcafantasia.com/livros/veredas/foucaultemidia/foucaultemidia.pdf#page=163>. Acesso em: 25/05/2020.

DUARTE, Karinne Regis; FERNANDES JÚNIOR, Antonio. Os discursos de ódio nas eleições presidenciais de 2014 no Brasil. *RAEIC, Revista de la Asociación Española*

de Investigación de la Comunicación. Santiago de Compostela, v. 6, n. 12, p. 166-188, jan./dez. 2019. Disponível em: <http://revistaic.eu/index.php/raeic/article/view/208/186>. Acesso em: 25/05/2020.

FERNANDES, Daniel; RESMINI, Gabriela. *Biopolítica*. 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/espaco/biopolitica.html>. Acesso em: 30/06/2020.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade – I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*: curso no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de biopoder no pensamento de Michel Foucault. *Revista Subjetividades*. Fortaleza, v. 16, n. 3, p. 34-44, set./dez. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rs/v16n3/03.pdf>. Acesso em: 30/06/2020.

GARCIA, Luiz Antônio Mendes. *A regulamentação da internet à luz da violação à liberdade de uso*. 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/ArtigoCONPEDI2016AregulamentodainternetluzdaviolaoliberdadeedeusoIntegral.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.

GIACOIA, Gilberto; SANTOS, João Ricardo dos. Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 36, n. 2, p. 153-171, jul./dez. 2020. Disponível em: https://www.fdsu.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=414&volume=discurso%20de%20odio. Acesso em: 27/09/2020.

GUTERRES, Antônio. *As chamadas do discurso do ódio*. 1 jul. 2019. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-as-chamas-do-discurso-do-odio/>. Acesso em: 01/07/2020.

HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JESUS, Vanessa M. Brito de; COSTA, Adriano Borges. Tecnologia social: breve referencial teórico e experiências ilustrativas. In: COSTA, Adriano Borges (org.). *Tecnologia social e políticas públicas*. São Paulo: Instituto Pólis; Brasília: Fundação Banco do Brasil, 2013.

KOVALESKI, Douglas Francisco; OLIVEIRA, Walter Ferreira de. Tecnologias do “eu” e cuidado de si: embates e perspectivas no contexto do capitalismo global. *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*. Florianópolis, v. 3, n. 6, p. 171-191, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiGz47DsIrsAhXgHrkGHe2YApMQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufsc.br%2Findex.php%2Ffcbm%2Farticle%2Fdownload%2F68505%2F41281&usq=AOvVaw1TeRvaD020Qff5M1Lbj_2-. Acesso em: 27/09/2020.

- LASTRES, Helena Maria Martins. Desafios e oportunidades da era do conhecimento. *Revista São Paulo em perspectiva*. São Paulo, v. 16, n. 3, p. 60-66, jul./set. 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000300009. Acesso em: 29/06/2020.
- MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich Ferrer. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na internet como mecanismo de controle social. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29.pdf. Acesso em: 30/06/2020.
- MENDES, Luciano et al. Tecnologias sociais, biopolíticas e biopoder: reflexões críticas. *Caderno EBAPE.BR*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, art. 2, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v13n4/1679-3951-cebape-13-04-00687.pdf>. Acesso em: 30/06/2020.
- MIRANDA, Wandelson Silva da. Foucault e a questão do sujeito: as tecnologias do eu e a criação de novas subjetividades. *Revista Fenomenologia & Psicologia*. São Luís, v. 2, n. 1, p. 19-34, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://www.periodicoseltronicos.ufma.br/index.php/fenomenolpsicol/article/view/4177>. Acesso em: 25/05/2020.
- PREMEBIDA, Adriano; ALMEIDA, Jalcione. Biotecnologias, biopolítica e novas sociabilidades. *Revista UNOPAR Científica, Ciências Humanas e Educação*. Londrina, v. 11, n. 2, p. 5-14, out./out. 2010. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/ensino/article/view/785>. Acesso em: 24/05/2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- SCHIRMER, Leandra Cohen; DAMOLIN, Aline Roes Dalmolin. *Discurso de ódio biopolítico no caso Marielle Franco*. Anais do I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos, 2018 – GT II: Direitos humanos, justiça e inclusão social. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/conabipodihu/article/view/9294/7960>. Acesso em: 25/05/2020.
- SILVA, Cris Guimarães Cirino da. *A Bolsonaroização do espaço público: uma análise foucaultiana sobre os conceitos de pós-verdade, fake news e discurso de ódio presentes nas falas de Bolsonaro*. Anais do XIX Encontro dos Grupos de Pesquisas em Comunicação, evento componente do 42º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Trabalho apresentado no GP Comunicação, Mídias e Liberdade de Expressão. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2019/resumos/R14-0386-1.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, Valesca Luzia de Oliveira. Abuso de poder nas relações de vulnerabilidade: direitos civis para quem? *Revista Argumentum*. Marília, v. 21, n. 1, p. 161-179, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1265/768>. Acesso em: 01/07/2020.

Data de recebimento: 05/10/2020

Data de aprovação: 21/01/2021

A FULL DELIBERATION OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT FOR THE EFFECTIVE CREATION OF BINDING PRECEDENTS: A VIEW OF THE DELIBERATIVE PROCEDURE OF THE US SUPREME COURT*

Peter Panutto**

ABSTRACT

The paper concerns the implementation – by the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 – of a binding judicial precedent system and the consequent need to adjust the collegiate voting procedures of the Brazilian Supreme Court and other counties' courts, so that precedent-generating decisions are the result of full collegial deliberation, with institutional recognition of precedents. The models of collegiate decision analyzed are *seriatim*, *per curiam* and majoritarian practice, concluding that the latter, which is adopted by the US Supreme Court, is more appropriate for the Brazilian Supreme Court. The purpose of this paper is to demonstrate that the inadequacy of the deliberative procedure will result in the ineffectiveness of this precedents system. The method adopted is hypothetical-deductive, through a critical analysis of the need for improvement in the process of creation and respect of precedents.

Keywords: Collegial deliberation. Brazilian Civil Procedure Code of 2015. Binding precedents. Brazilian Supreme Court. US Supreme Court.

INITIAL CONSIDERATIONS

The great margin of norm interpretation disposed in the Brazilian legal order through the use of open clauses creates variation in the form of conflict solution in similar causes, which generates instability in the jurisdictional system.

* Adapted paper originally published in the Journal of Fundamental Rights and Guarantees (*Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*). Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>.

** Constitutional Law Professor at the Pontifical Catholic University of Campinas (PUC-Campinas) Law School and Masters of the Law Program. Former Director of PUC-Campinas Law School. Post-doctoral fellow at the University of São Paulo (USP) Law School. Visiting Scholar at Washington University in St. Louis. Justice Secretary of Campinas City, São Paulo State, Brazil.

This reality is aggravated by the judges' discretion, who, as a rule, do not feel part of the system, meaning that the judicial unit is viewed only as a Judiciary Branch, and not as a uniformity of jurisdictional action. Usually, each judge finds him or herself autonomous and sentences the case according to his personal interpretation of the law, without having to abide by the understanding of his superior court or his own court.

In addition to the decisions handed down in concentrated constitutional control, until the advent of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 (from now on referred to as simply 2015 Brazilian CPC), there were no concrete forms of seeking uniformity in the interpretation of the law in judicial decisions, which ultimately led to the disrespecting of principles of isonomy, predictability and legal certainty.

This systemic crisis in Brazilian Judiciary was thought to have been settled through the implementation of the judicial binding precedents contained in the 2015 Brazilian CPC, in order to create parameters for solving cases, and, by doing so, partly reducing the margin of law interpretation.

However, the mere legal provision of decisions being able to generate binding legal precedents will not have the power to guarantee stability in Brazilian courts' understandings if there is no change in the deliberative procedure for obtaining decisions that effectively result in the Court's view. Without this, with each new decision, a new precedent may be generated, based on different grounds, on the same matter of law, even though the decision formally typifies one of the subsections of article 927 of the 2015 Brazilian CPC.

Thus, Brazil will continue to coexist with jurisprudential instability, which is already so prevalent in this judicial system, and a mere legal prediction, with little or no efficacy, of binding judicial precedents.

To contribute to the effective implementation of the binding judicial precedents system in Brazil, the legal provision of this institute will be approached in this paper through the lens of I) 2015 Brazilian CPC, II) the deliberative reality of the Brazilian Supreme Court and, finally, III) the deliberative experiences of other constitutional courts seeking full judicial precedents.

THE BINDING PRECEDENTS OF THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015 AND THE DELIBERATIVE REALITY OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

The 2015 Brazilian CPC imposes, via article 927, a system of precedents to be adopted by the entire national judicial system. This article establishes precisely what will be considered a binding precedent, such as: the decisions rendered by the Brazilian Supreme Court that generate binding precedents and those

pronounced in concentrated control of constitutionality; the decisions rendered by the Brazilian Supreme Court and by the Brazilian Superior Court of Justice, generating non-binding precedents; and the decisions rendered in extraordinary and special repetitive appeals, decisions handed down by any court in an incident of assumption of jurisdiction or resolution of repetitive claims, as well as the guidance of the plenary or special body of any Brazilian Court.

As Brazil has no tradition in creating precedents, the Brazilian courts are careful to only judge the appeals that are directed to them, rendering a decision that denies or grants that specific appeal, being concerned only with the solution of the case, without any prospective view, therefore not aiming to create a precedent for the solution of future correlated cases. However, the correct thing to do would be that the time and resources spent in solving the individual conflict were also used for the gradual formation of a pattern of conduct¹.

Nevertheless, so that the courts' decisions are able to generate precedents, there is a necessity to adjust the collegial voting procedure to allow the institutional presentation of the resolution to result in a single text, by the exhaustion of the case's relevant arguments, in order to enable the subsequent identification of the judgment's *ratio decidendi*.

The current procedure for deciding appeals by the Brazilian courts, in which each Justice, in a sole proprietorship with his or her assessor and without full dialogue between them and with the lawyers, "express their vows based on their own premises and constructing grounding completely disparate, does not attend to this new moment that Brazil begins to experience"².

Instead of taking his written vote to the trial session³, which only allows a vote of adhesion or rejection by his peers, the rapporteur should extend the discussion to all of the Court's members, so that there is a full debate of the grounds and future definition of the *ratio decidendi*. In fact, there is no rationality in deciding before deliberating, much less in "justifying in writing before deciding.

¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. 2012. p. 189.

² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: BARROS, Lucas Buril de Macedo; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea novo CPC: doutrina selecionada*. 2015. p. 732.

³ "The fact that votes are decided beforehand and very often merely read in the public session gives some measure of disregard for the opinion of other members. It seems evident that there is no awareness of the value of the convergence of individual positions when one does not even make an effort to compose votes that reach the same point of conclusion, even if they follow different paths" (translated by the author). MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. 2011.

It is very important to perceive the distinction between collegial decision and a gathering of individual decisions of the collegiate members”⁴.

The need to design a new voting procedure aimed at establishing precedents applies even in cases of unanimous voting. It is common in the Brazilian Supreme Court, when discussing complex cases, that each Justice presents his written vote at the trial session, and, after the voting, even if the result is unanimous, each voter presents a reason for deciding, without any collegial deliberation, which prevents the creation of a precedent in this trial. This procedure results in a final decision composed of a collection of independent votes, containing the understanding of each Justice and not the common decision adopted for the case, demonstrating “the absence of argumentative linearity and the diversity of premises used by the Justices in the formation of their decisions”⁵.

The same occurs in the simplest cases, in which the judge’s vote is read and merely agreed upon by the other members of the collegiate, without deliberation on the subject. This kind of judgment creates an extremely weak precedent, and may lead to a different future decision in a correlated case, on another basis and with another direction, since there is no identification by the Court of the previous precedent, given the lack of institutional deliberation on the subject.

In addition to providing a set of precedents, the 2015 Brazilian CPC establishes, in its article 926, that “courts should standardize their jurisprudence and keep it stable, complete and consistent”, with the intention of creating predictability in the judgments, according to the consolidated understanding of the courts.

Stable jurisprudence is one that is not altered by the judge’s individual understanding, respecting the precedents defined by a higher court or by the court itself which is deciding a particular case⁶.

However, stability alone does not achieve the objectives set by the precedents system established in the 2015 Brazilian CPC, since stable jurisprudence does not necessarily mean a jurisprudential understanding that has been consolidated in the light of constitutional guarantees, as it is “possible to decide repeatedly in a

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A função das Cortes Supremas e o novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>. Acesso em: 22/01/2016.

⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: BARROS, Lucas Buril de Macedo; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea novo CPC: doutrina selecionada*. 2015. p. 753, 754.

⁶ PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015)*. Empório do Direito, 2017. p. 144.

wrong, unjust sense, that violates the law, and yet affirm that the idea of stability is being fulfilled”⁷.

Consistency guarantees the application of the same precepts and principles which have been applied previously, therefore ensuring respect for the principle of equality, in order to guarantee equal treatment of similar cases by the Judiciary. This way, arbitrariness and discretion by the judge should be prevented, since there is no democratic gain in possessing both Constitution and laws that establish rights if legal questions can be “solved in discretionary parameters that are not necessarily legal, because they are based on the will and subjectivity of the judge”⁸.

Integrity, which “is the virtues of fairness, justice, and procedural due process”⁹, becomes a political ideal when the State, taken “to be a moral agent”, acts “on a single, coherent set of principles, even if its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are”.

The rendering of decisions endowed with integrity is a must for every judge, forcing them to decide the case having unity as a parameter of the law. “For this the principles must be reconstructed in the present, taking into account the past (in a reflexive way and not as a mere repetition) and also into the future, as an opening for the next generations”^{10,11}.

⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: Lucas BARROS, Buriel de Macedo; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea novo CPC: doutrina selecionada*. 2015. p. 323, 324.

⁸ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 462.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 164, 166.

¹⁰ “In his specificity, Dworkin, by combining legal principles with political objectives, provides jurists/interpreters with a wealth of possibilities for constructing/elaborating responses consistent with positive law – which provides a shield against discretion (if one chooses), also known as “legal certainty” and with the great contemporary concern of law: the claim of legitimacy (...). Fundamentally – and in this sense no matter what the legal system under discussion –, it is a question of overcoming conventionalist and pragmatist theses by obliging judges to respect the integrity of the law and to apply it consistently. In a word, the correct answer (adequate to the Constitution and not to the conscience of the interpreter) has a degree of scope that avoids *ad hoc* decisions. The importance of decisions in constitutional jurisdiction is demonstrated here, especially for their role of providing the precedent for similar cases. There will be consistency if the same principles that have been applied in the decisions apply to the other identical cases; but, more than that, the integrity of the Law will be assured from the normative force of the Constitution” (translated by the author). STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 116, 117.

¹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do Poder Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e *common law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36.

The need to maintain a stable, complete and coherent jurisprudence demonstrates that there are not only institutional reasons for respecting precedents but also moral reasons, demanding the law is reinterpreted based on the conception of the political morality of society, establishing the court's necessity to create and maintain morally justifiable precedents¹².

In spite of the fact that the decisions made in concentrated control and the binding precedents already have a mandatory effect as a result of a Brazilian constitutional provision¹³, the 2015 Brazilian CPC provided, in its article 926, an institutional gain for these decisions by establishing that binding judicial precedents (including concentrated control decisions and binding precedents) should be endowed with stability, coherence, and integrity, a fact that requires the Brazilian Supreme Court, by legal determination, to comply with these guidelines also when exercising this modality of constitutional control.

In this way, it is demonstrated that the full creation of precedents, through effective deliberation, endowed with stability, integrity and coherence, is not restricted to the political will of the courts, but rather derives from law, and the Brazilian Courts must conform to the provisions of the Civil Procedure Code to guarantee greater juridical security to the society, being sure that the example must be given by the Brazilian Supreme Court.

The judgment handed down by the Brazilian Supreme Court in the Action for Non-compliance with Basic Precept ADPF 132 (which dealt with the constitutionality of the homo-affective union) exemplifies this procedure, in which each Justice tried to demonstrate his understanding of the subject, without the court stipulating the *ratio decidendi* of the decision. The sentence is composed of the vote of the rapporteur – Justice Ayres Britto –, the vote of the Justice Carmen Lúcia, and the votes of the Justices Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello and Cezar Peluso¹⁴, with all of them presenting different reasons for deciding, despite all having voted for the triumph of the request. The unity of the judgment is noted only in the syllabus, which is useless for future identification of the *ratio decidendi*, both because of its insufficiency of grounds, and because its text is not deliberated by the Court, being elaborated monocratically by the rapporteur Justice after the judgment and published together with the judgment¹⁵.

¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 251, 255.

¹³ Art. 102, § 2 and art. 103-A, *caput*, of the Brazilian Federal Constitution, both altered by Constitutional Amendment n. 45.

¹⁴ Justice Ellen Gracie was absent, and Justice Dias Toffoli was prevented from acting.

¹⁵ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 30/01/2017.

The Action for Non-Compliance with Fundamental Precept ADPF 130, which dealt with the unconstitutionality of the Press Law, also had a trial characterized by the presentation of separate votes, with great difficulty in identifying the *ratio decidendi*, a fact that generated legal uncertainty due to the lack of clarity of the questions discussed in the law under review, even during the constancy of the trial¹⁶. Months later, in the judgment of the Complaint 9.428¹⁷, the interpretation of the votes of ten out of the eleven Justices who had participated in the Action of Non-compliance with Basic Precept 130 voting was requested, in order to clarify the reason behind the decision rendered in this proceeding¹⁸.

The 2017 institutional crisis between the Branches of the Brazilian Republic caused by the liminal removal of the Federal Senate's President, Mr. Renan Calheiros, through a monocratic decision¹⁹ issued by the Brazilian Supreme Court Justice Marco Aurélio Melo as a precautionary measure in the proceedings of the Non-Compliance Action of Precept Fundamental ADPF 402, (which was proposed by the political party “*Rede Sustentabilidade*” to question the possibility of “defendants in criminal proceedings occupying positions that are in the line of substitution of the Republic’s Presidency”), expressed the necessity of the political stabilization of the Brazilian Constitutional Court, so that it could demonstrate its strength as a collegial body and not as a collection of autonomous Justices.

It is essential, at this moment, that the Brazilian Supreme Court, serving as a role model for other Brazilian courts, acquires a position of dialogue among its members, so that the decisions handed down are based on the precedents of the court and not solely founded on the understanding of a certain Justice²⁰ in order to address

¹⁶ Thales Morais da Costa makes a thorough analysis of the Action for Non-Compliance with Fundamental Precept (ADPF) 130 trial, as well as subsequent complaints lodged on the basis of this ADPF, presenting the debate between the Justices and expressing the serious divergence as to the *ratio decidendi*. COSTA, Thales Morais da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130. *Revista Direito GV*. p. 119, 154; 2014.

¹⁷ Complaint by the “O Estado de Sao Paulo” newspaper against a judicial decision that prohibited publication of journalistic material subject to a judicial proceeding under cover of judicial secrecy, on the grounds of violation of the authority of the decision rendered in ADPF 130. This complaint was not judged under the understanding that there was no breach of the authority of the decision given in ADPF 130. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612474>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁸ COSTA. Thales Morais da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130. *Revista Direito GV*. p. 139, 2014.

¹⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF402.pdf>. Acesso em: 16/01/2017.

²⁰ “In this case, their preferences end up prevailing over the preferences that result from the aggregation of decisions by Justices from around the collegiate court (note that if it was a monocratic decision informality is not required). These informal behaviors have an effect: each Justice can become a sort of institution for actors outside the court, insofar as their preferences prevail and must be taken into account by such actors” (translated by the author). ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação

the arguments presented by the collegiate in a sincere and well-grounded manner²¹. In the scope of the Supreme Court there was some discomfort between the Justices due to the fact that such an impactful decision was granted monocratically. Aiming to circumvent the crisis, Justice Carmen Lúcia, who was then the president of the Brazilian Supreme Court, referred the injunction granted against Mr. Renan Calheiros to the plenary, which was rejected by a majority of votes²².

This collegial voting procedure, based on the argument of authority²³, to the detriment of the debate that could generate a true collegial decision, violates the principle of legal certainty, since the reason for deciding is obtained by the judgment of the Justice and not by the understanding of the collegiate. By changing the Justice, the understanding is changed. “In the case of arguments of authority, the formation of decision-making standards is based on the subjective reasons for deciding”^{24,25}.

In spite of this, to effectively respect the system of precedents established by the 2015 Brazilian CPC, in terms of its article 927, in addition to deciding the case, they should define their *ratio decidendi*, in order to effectively respect the constitutional principles of legal certainty, isonomy and predictability.

The 2015 Brazilian CPC should have advanced in order to shape the voting procedure in collegiate to obtain a decision resulting from full deliberation by

direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*. p. 121, 155, 2015.

²¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de; PANUTTO, Peter. A força do Supremo Tribunal Federal está na colegialidade plena. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-10/forca-supremo-tribunal-federal-colegialidade-plena>. Acesso em: 16/01/2017.

²² They voted for the repeal of the preliminary injunction, with Renan Calheiros in charge, Justices Celso de Mello, Dias Toffoli, Teori Zavascki, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski and the Carmen Lúcia.

²³ “The predominant individualism in the STF (Brazilian Supreme Court), however, does not have much to do with winning the debate. Winning or losing, in the Court’s environment, matters less than publicly marking individual opinion, especially in cases of greater public prominence. The STF cultivates and rewards the issuance of ‘strong opinions’, which resist, on principle, the counter-argument to avoid any sign of moral and intellectual weakness” (translated by the author). MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 72, 73.

²⁴ Virgílio Afonso da Silva points out important elements for effective collegial deliberation: “Collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to advanced arguments by other judges (i.e. being open to being convinced by good arguments of other judges); (iv) cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation)”. SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*. p. 557, 584; 2013.

²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito* (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 70, 80.

the courts, establishing, therefore, criteria for definition of the *ratio decidendi* and effective creation of precedents, but, unfortunately, this did not happen.

THE SEARCH FOR LEGAL CERTAINTY IN CREATING AND RESPECTING PRECEDENTS

The 2015 Brazilian CPC seeks the legal certainty based on the grounds of the decision to depersonalize the decision-making process, making the judges themselves less important. To overcome the given structure, “it will be necessary to argue in a rational way to convince the other judges of the court of their wrongness to the case”²⁶.

What the 2015 Brazilian CPC seeks, apart from the creation of binding judicial precedents, is the guarantee of equality and predictability, so that future cases can be judged based on precedents with the same legal matter, thus guaranteeing greater security to the legal relations and isonomy in the solutions of conflict, with respect to the motto “*treat like cases alike*”.

It is no longer possible to conceive full autonomy in the interpretation provided by the judge when rendering the decision, disregarding the precedents of his own court and superior bodies. The judge must “maintain consistency and watch over the respectability and credibility of the Judiciary. Moreover, it should not transform its own decision, in the eyes of the court, into a ‘nothingness’”²⁷, forcing the defeated party to bring an appeal to establish an understanding of the already defined legal matter in precedent²⁸.

A different solution to correlated cases, besides generating legal uncertainty, disrespects the principle of equality, since, as standards must be applied in a uniform and impersonal way, citizens who are in an equivalent situation must receive equal treatment²⁹.

In order for them to comply with this legal determination, which will make it possible for the court to generate precedents, and also for the lower courts, the public administration, lawyers, public defenders, public prosecutors and society in general to respect it, Brazilians courts must internalize the necessity for full deliberation and review the procedure for collegial voting to create precedents.

²⁶ *Op. cit.*, p. 107, 111.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. p. 207, 2009.

²⁸ PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015* (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 65.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 229, 230.

Therefore, the Brazilian Judiciary should confine itself to its institutional function of guiding its decisions for the settlement of future cases, in order to facilitate the resolution of conflicts that are the subject of legal proceedings through the application of binding judicial precedents, since the “Judiciary, besides judging actual concrete cases, can serve as a guide for future cases”³⁰, as well as preventing the emergence of new judicial processes, since society will know in advance the courts’ precedents, which will enable the prior definition of forms of conduct and the consequent prevention and out-of-court settlement of conflicts of interest³¹.

THE DELIBERATIVE EXPERIENCE OF OTHER CONSTITUTIONAL COURTS IN SEVERAL TYPES OF COLLEGIATE DECISION

The problems previously pointed out in the form of board deliberation are not unique to Brazil. Even the countries with the longest traditions in creating precedents are constantly preoccupied with adjusting the deliberative procedure of their Constitutional Courts to ensure that the response given is indeed deliberate.

It can be said that there are three types of collegiate decision: *seriatim*, *per curiam* and majoritarian practice, which, with minor variations, are used in traditional Constitutional Courts.

Seriatim decision

The *seriatim* decision is characterized by the presentation in series of the votes of the members of a collegiate, the decision being the sum of these votes, without interaction between them, privileging the exposure of the opinion of each judge, to the detriment of the institutional understanding on the subject. The judgment is a “patchwork”³², without concern for the collegial construction of the decision, with the presentation of the individual vote by each judge in the intention that their understanding prevails over the other members of the collegiate.

The unit of the decision is often guaranteed only by the conclusion, and there may be different grounds in each presented vote. Adding up the votes that are in favor and those against, you arrive at the result of the decision, without considering the diversity of arguments presented.

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12, 25.

³¹ PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015* (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 73.

³² “A non-deliberative *seriatim*, in this perspective, resembles a patchwork of pieces – individual decisions glued side by side, which do not talk to each other”. MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 67.

Throughout the second chapter of this paper, it was demonstrated that deliberative practice in the Brazilian Supreme Court, especially in complex cases, is *seriatim*, resulting in a judgment composed of the votes of the rapporteur Justice and the other Justices, who feel compelled, whether by tradition, or by the televising of the trial sessions, to present their own “decision” to the case, disregarding the votes of the other Justices. It follows that, even if the votes have the same provision, the decision doesn’t carry a deliberative identity of the Court, which prevents the creation of a precedent of this decision, since there is no *ratio decidendi* as a result of collegial deliberation.

The experience in the Brazilian Supreme Court suggests that during trials of complex cases, each Justice is concerned about expressing his opinion to the other Justices and, above all, to the external community. In these cases, it is rare to have an interaction between the Justices to avoid the vote of one influencing the others. In fact, this becomes extremely difficult due to the fact that votes are already written even before the trial session, reducing the collegial session to a mere reading of the individual understandings.

The legal determination of creation and respect for binding legal precedents, in the hypotheses of article 927 of the 2015 Brazilian CPC, is incumbent upon all courts, but it is undeniably the main responsibility of the Brazilian Supreme Court to incorporate this new legal-procedural system, so that it demonstrates internally, at trial sessions, and for the legal community and society in general, that it recognizes its role in full collegial deliberation so that decisions result in institutional understanding³³.

The traditional English House of Lords also adopts the *seriatim* decision, a characteristic that the specialized doctrine criticizes³⁴, for the same reason of difficulty in future application of the precedent.

³³ “If higher courts want to take on a new role – and they seem to need it urgently – they must also take on their share of responsibility, changing the way they decide the cases before them. The votes that make up a collegiate judgment cannot have dispersed grounds, and it is not enough that the provision is unison because the *ratio decidendi* of a precedent is not in the syllabus of the decision, which is only binding related to the specific case. If the court is not concerned with the *ratio decidendi*, it cannot expect that the precedent will be respected in the future, because it has contributed to or created this difficult situation of the interpretation of the precedent” (translated by the author). NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 240, 241.

³⁴ “When each judge pursues an individual decision-making protocol, individual protocol, each express the reasons for his disposition that he would give if he were sitting alone. Under this practice, however, the reasons of the *court* remain unclear. The obscurity derives from the multiplicity of rules (and reasons for rules) that the panel of judges may announce. Though the choice of disposition is dichotomous, the choice among rules is not. In general, one can support a given disposition with many different rules” KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Revista de Estudos Institucionais*. p. 51, 2015. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10>.

The great distinction between the English *stare decisis* and the system of precedents implemented by the 2015 Brazilian CPC is that in England, decisions are not born as precedents, being pronounced and in the future are able to be invoked as such. In Brazil, on the other hand, if the decision rendered typifies one of the hypotheses of article 927 of the 2015 Brazilian CPC, it is already born as a precedent. This way, the adoption of the *seriatim* decision in England makes the future application of the decision as a precedent more difficult, due to the difficulty in identifying its *ratio decidendi*; in Brazil, this model of decision generates difficulty both in the creation (since the decision is already born as precedent by legal provision), and in its future application.

The definition of the *ratio decidendi* in common law countries does not always occur at the time of the decision of the specific case. To the extent that the judgment of a previous case is applied to solve similar future cases, the judge identifies the *ratio decidendi* and applies the previous understanding as precedent. Therefore, the creation of the precedent, in these cases, arises not from the original decision, but from the judge who applies the previous decision to solve the analogous future case³⁵.

For this reason, in order to better apply the precedent in the future, the existence of a single basis in the decisions has been defended in the English system, as a way to better identify the reason for deciding³⁶.

³⁵ “La determinación de lo que vale por fundamento (*rationale*) de la decisión del tribunal, una tarea que han de llevar a cabo los jueces vinculados por el *holding* de la decisión, és ocasionalmente una pesquisa complicada, para la que, de modo nada sorprendente, sirve como pauta de orientación la regla de identificar como *ratio* de la decisión el mínimo común compartido por los argumentos individuales. Por esta razón, algunos autores distinguen entre la *ratio decidendi* del juez, digamos, el principio de derecho conforme al cual dispuso el caso y que pretendió fijar como precedente, y la efectiva “regla de caso”, la que jueces posteriores deducen como precedente vinculante a partir de su interpretación del caso. Si aun esse “mínimo común” parece ausente, el precedente que la decisión fija quedará reducido a la conexión entre los hechos relevantes del litigio (*material facts*) y el resultado final”. RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: *rationes decidendi* en la STC 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*. año 20, n. 58, p. 157, 2000.

³⁶ “Uno de los cambios que consideramos sería benéfico para el Derecho inglés sería que se incrementara el número de asuntos en los cuales el tribunal competente para resolver las apelaciones está obligado a que su sentencia este integrada no por múltiples votos razonados, sino por una sola ponencia. (...)” [Consideramos que es una importante ventaja para quienes están encargados de administrar justicia en el área del Derecho penal, así como para aquellos jueces que están obligados a seguir las decisiones del Tribunal de Apelaciones Criminales, es que tal tribunal debe exponer su decisión en una única ponencia en la que presente el Derecho relevante, con lo cual es innecesario entrar a examinar múltiples votos cuál fue el fundamento de la decisión que es común a todos ellos]. “Sin lugar a dudas hay quienes consideran que ello es igualmente cierto en relación con la administración de la justicia en materia civil”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Tradução de Maria Angélica Pulido. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 120.

By virtue of English tradition, the US Supreme Court also adopted the *seriatim* decision in a model similar to that currently adopted by the Brazilian Supreme Court in complex cases. In this model, which ran from 1793 to 1800, the US Supreme Court announced its decisions through the *seriatim* opinions, so that “each Justice pronounced its individual vote and the set of all the opinions set forth ‘in series’ was thus presented to the public”³⁷.

Per curiam decision

The *per curiam* decision is characterized by the institutional presentation of the deliberation results. The decision is not peculiar to each judge, in a unanimous vote or by majority of votes, but of the collegiate. It is the Court that, deciding together, announces the result of the vote, disempowering the figure of the judges and strengthening the figure of the institution. “In this way, the impression is given that the Court has its own voice, which does not necessarily identify itself with that of the members who compose it”³⁸.

For the decision *per curiam* to be possible, the Court must reach a consensus initially on the grounds and later on the conclusion. There is no need for unanimity, and the decision may be proclaimed by a majority. The grounds are presented initially by a Judge-Rapporteur, for further discussion aiming for a consensus. This system is adopted by the French Court of Cassation³⁹.

This model of decision demonstrates a challenge for the complex cases, because of the difficulty in reaching a consensus before a variety of fundamentals and conclusions, with understandings very distant from each other. In these cases, the deliberation can be prolonged, without great prospects, mainly because this model of decision does not contemplate the divergent votes⁴⁰.

Therefore, the *per curiam* decision demonstrates antagonism in face of the *seriatim* decision. If the latter has not been useful for the institutional strengthening of the Brazilian Supreme Court, the unrestricted adoption of the first one in the Brazilian system would be tragic, since, by the tradition of the

³⁷ VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 28/01/2017.

³⁸ RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: rationes decidendi en la STC 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*. ano 20, n. 58, p. 156, 2000.

³⁹ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Revista de Estudos Institucionais*. 2015. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10>. Acesso em: 28/01/2017.

⁴⁰ RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: rationes decidendi en la STC 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*. ano 20, n. 58, 2000.

Brazilian Supreme Court of presentation of individual votes by the Justices, it would be unlikely that an institutional understanding would fail to record divergent votes, because “only a naive vision and, if it allows the expression of the judicial decision, allows to conform to the rule of the absolute prohibition of the expression of dissent in collegiate judicial organs”⁴¹.

Even if the collegiate voting procedure in the Brazilian Supreme Court is improved to guarantee more deliberation, with a view to consensus among the Justices, it would be inconceivable to disregard the dissenting vote. Improving the deliberative procedure⁴² in the Brazilian Supreme Court would allow the elimination of purely concurrent votes, which agree with the conclusion pointed out by the rapporteur, but disagree partially or totally with the grounds presented. The divergent vote, even if defeated, would be important to retain in the Brazilian Judiciary system since it improves the democratic process, guarantees the wealth of ideas, and can wave future change of precedent. In any case, a decision that, even with a defeated vote, results in an institutional understanding, making the Brazilian Supreme Court “an institution that has a voice of its own, rather than the sum of 11 dissociated voices”⁴³.

Majoritarian practice

Seeking the middle ground between the *seriatim* and *per curiam* decisions, the decision resulting from the “majoritarian practice”, adopted by the US Supreme Court, initially follows the rite of the *seriatim* decision, with the collection of the individual votes of the judges. After reaching a majority, the Court continues to deliberate in order to define the *ratio decidendi* which contains the institutional understanding of the grounds and the syllabus of the decision. The composing of the Court’s understanding rests with the oldest Justice among those who have stayed in the majority⁴⁴.

This model of decision differs from the *per curiam* decision because minority understandings are considered, as separate votes are added to the decision

⁴¹ *Op. cit.*, p. 169.

⁴² “Besides the lack of prior discussion, the Justices also recognize that the wording of the vote just prior to the debate not only harms the resolution but it is also responsible for the high number of split votes (and competitors)” (translated by the author). SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 47, p. 205; 255, 2015.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 250, p. 197; 227, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 27/07/2017.

⁴⁴ KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Revista de Estudos Institucionais*. 2015. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10>. Acesso em: 28/01/2017.

resulting from the Court's opinion⁴⁵. "As a starting point, the court aspires to the agreement and, as far as possible, unanimity, but no rule [...] limits the judge's right to express his opinion separately"⁴⁶.

The US Supreme Court, which, as stated earlier, originally adopted the *seriatim* decision by British influence, began to adopt, "since 1801" the majoritarian practice, a fact that was shown to be "crucial for the Supreme Court's assertion as an institutional unit in the face of other Branches"⁴⁷.

This model seems appropriate for the Brazilian Supreme Court and other courts throughout Brazil, since it preserves in a certain way the tradition of presenting individual votes in series, but seeks at the end the institutional understanding of the topic discussed. In addition, it also contemplates the Brazilian tradition of respecting the defeated votes, adding them separately to the decision that contains the opinion of the Court on the subject. Thus, the majoritarian practice proves to be the one that most respects the Brazilian tradition of collegial voting and, if adopted by Brazilian Courts, will comply with the provisions of the 2015 Brazilian CPC regarding the creation and respect of precedents, in order to guide the solution of similar future conflicts, with a decision that contemplates not only the institutional understanding on the subject, but also the dissenting votes, as a form of oxygenation of the precedent.

There would be a need for other procedural changes, such as the previous presentation of the Rapporteur's vote, in order to make it possible for the other members of the collegiate to know about the matter and to make deliberation feasible, since "it does not seem to make sense for Justices to arrive at a decision without knowing the opinion of the one who most intensely dealt with the case to be decided"⁴⁸. In addition, it is up to the Rapporteur⁴⁹ to define the matter of

⁴⁵ *Op. cit.*

⁴⁶ RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: rationes decidendi en la STC 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*. ano 20, n. 58, p. 159, 2000.

⁴⁷ VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 28/01/2017.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*. 2015.

⁴⁹ "It was found that in 242 judgments, the demonstrations without statements of vote and the vote of the rapporteur would be enough to form the majority. On the contrary, this has not occurred in 25 judgments. This means that 9 out of every 10 judgments in the sample surveyed were based on the reasons given by the Justice-rapporteur. It was therefore found that the rapporteur has, for the most part, the important task of establishing the decision and its respective grounds. By doing so, he has a significant influence on the judgment. His guiding vote becomes the Court's understanding, as it was observed" (translated by the author). SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana;

law in his vote, which, in most cases, will be followed by the collegiate, reinforcing the need for procedural revision in cases where there is a follow-up of the rapporteur's vote, without a presentation of votes by the other Justices, in order to institutionally legitimize this precedent.

Certainly, these procedural changes will require a great deal of internal discussion within the Brazilian Supreme Court, with the respective adequacy of its internal regulations, which should rely on previous guidelines established by the Brazilian National Council of Justice, to address the issue not only in the Brazilian Supreme Court, but also in all other Brazilian courts.

CONCLUSION

The implementation of binding legal precedents in Brazil will require the awareness of the members of the Brazilian courts of their importance in the judicial system, as well as their individual importance as a judge, since precedents arise from the deliberate understanding of the Court and not from the individual understanding of each judge.

The example of what needs adjustments and the laboratory for the correction of vicissitudes is the Brazilian Supreme Court. It is clear in this court that, as a rule, each Justice views himself to be as important as the court itself. There is no fully deliberate understanding. There are relevant injunctions granted monocratically, often without weight or even being contrary to precedents of the court. In collegiate decisions, in the simplest cases, there is a mere follow-up of the rapporteur's vote, without deliberation; change the rapporteur, change the understanding of the precedent. In more complex cases, each Justice prevails his own understanding of the subject, resulting in a trial composed of votes with a wide variety of reasons, and there is often unity only in the syllabus.

The question that arises is: how to foster a culture of precedents, now legally set forth in the Brazilian Code of Civil Procedure, if the highest Brazilian Court does not recognize the importance of collegial deliberation?

This situation implies the need for immediate awareness of the Brazilian Supreme Court to act effectively as a collegiate body, because the strength of this court is placed in its collegiality and not in its individual Justices. Each injunction granted in cases of national relevance, each interview granted by Justices dealing with issues on the agenda, each judgment composed of a collection of disparate votes, leads to institutional weakness of this court.

PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. 2012.

The role of the Brazilian Supreme Court is essential in creating and respecting its own precedents, since it acts as a guide to the other Brazilian courts and to the judges in general.

However, this awareness may not be born naturally, as it leads to the loss of individual power of each Justice. It is necessary then that the Brazilian National Council of Justice establishes parameters for the collegial deliberation in pursuit of the full creation of precedents. These parameters should be based on the majoritarian practice, closer to the Brazilian reality of respect for votes in series and divergent votes, but with a judgment resulting from an institutional understanding.

This discussion will result in the full effectiveness of the system of binding judicial precedents established by the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015.

REFERENCES

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 462.

_____. A função das Cortes Supremas e o novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>. Acesso em: 22/01/2016.

_____. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, mai./ago. 2017.

_____. A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 242.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, p. 121, 155; 2015.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 229, 230.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil.

In: BARROS, Lucas Buriel de Macedo; FREIRE Alexandre; PEIXOTO, Ravi. Coletânea novo CPC: doutrina selecionada. 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do Poder Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e *common law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012. p. 251, 255.

COSTA, Thales Morais da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130. *Revista Direito GV*. p. 119, 154; 2014.

CROSS Rupert; HARRIS J. W. *El precedente en el derecho inglés*. Tradução de Maria Angélica Pulido. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

_____. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, 2013.

_____. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*. p. 205; 255, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 164, 166.

HORTA, André Frederico; NUNES Dierle. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). *Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC*. 2015.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. *Revista de Estudos Institucionais*. 2015. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10>. Acesso em: 28/01/2017.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; PANUTTO, Peter. A força do Supremo Tribunal Federal está na colegialidade plena. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-10/forca-supremo-tribunal-federal-colegialidade-plena>. Acesso em: 16/01/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. 2009.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de Cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 240, 241.

_____. O projeto de uma Corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 72, 73.

PANUTTO, Peter. Fiscalização de constitucionalidade: modelos e evolução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 79.

PANUTTO, Peter; CHAIM, Lana Olivi. Composição e organização do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. *Revista Direito Público*. v. 18, n. 98, 2021.

_____. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015)*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. Razão, emoção e deliberação: as adequações regimentais do Superior Tribunal de Justiça para a formação de precedentes eficazes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 8, p. 758-766, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 70, 80.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: rationes decidendi em la STC 136/1999. *Revista Española de Derecho Constitucional*. ano 20, n. 58, 2000.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial*. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 250, p. 197; 227, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 27/01/2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 116, 117.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. *In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (org.). Jurisdição constitucional no Brasil*. 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, 2015.

VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 28/01/2017.

DIREITOS INDÍGENAS PARA IMIGRANTES INDÍGENAS: O CASO DOS WARAO NO BRASIL

INDIGENOUS RIGHTS FOR INDIGENOUS IMMIGRANTS: THE CASE OF THE WARAO PEOPLE IN BRAZIL

*Fernando César Costa Xavier**

RESUMO

Este artigo argumenta que a concepção de “índio” prevista na Constituição Federal brasileira deveria ser interpretada de maneira a se conceber que mesmo os indígenas que tenham imigrado para o Brasil – como os índios venezuelanos da etnia Warao –, devem ter assegurado em seu favor a maioria dos direitos que são reconhecidos no direito brasileiro aos índios. Nas primeiras partes do texto, são apresentadas características gerais do povo Warao; em seguida, é listado um conjunto de direitos subjetivos que o direito brasileiro reservaria especificamente aos índios, a saber, (a) o direito à proteção cultural e à atenção especial à saúde, (b) o direito a um ensino fundamental especial, (c) o direito à representação e defesa técnica especiais, (d) o direito à consulta prévia e (e) o direito coletivo à terra. Ao final, sustenta-se que, parecendo existir duas concepções concorrentes de “índios” na Constituição, dever-se-ia optar por aquela que os considera mais como um grupo *vulnerável* do que como um grupo *civilizatório*, podendo-se então concluir que os índios imigrantes, como os Warao, também deveriam ser considerados titulares daqueles direitos indígenas específicos – excetuado apenas o direito possessório sobre terras tradicionalmente ocupadas.

Palavras-chave: índios; imigrantes; direitos indígenas; direito brasileiro; Warao.

* Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima (ICJ/UFRR), Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Estadual de Roraima (UERR). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3470-0139>. E-mail: fxavier010@hotmail.com.

ABSTRACT

This article argues that the concept of “indigenous people” provided for in the Brazilian Constitution should be interpreted in such a way as to conceive that even indigenous people who immigrated to Brazil – such as the Venezuelan Indians of the Warao ethnic group – must have ensured for themselves almost everyone the rights that are recognized in Brazilian law to indigenous peoples. Firstly, general characteristics of the Warao people are presented; then, a set of subjective rights that Brazilian law would reserve specifically for indigenous people is listed, namely, (a) the right to cultural protection and special attention to health, (b) the right to special elementary education, (c) the right to special legal assistance and judicial representation, (d) the right to prior consultation and (e) the collective right to land. In the end, it is argued that, as there seem to be two competing conceptions of “indigenous people” in the Constitution, one should opt for the one that considers them more as a *vulnerable* group than as a *civilizing* group. Indigenous immigrants, such as the Warao, should also be considered holders of those specific indigenous rights – with the exception of right to land (traditionally occupied).

Keywords: indigenous people; immigrants; indigenous rights; Brazilian law; Warao people.

INTRODUÇÃO

Em fins de junho de 2018, o periódico venezuelano *El Nacional* publicou uma instigante reportagem que, corretamente, apresentava os Warao como “los más vulnerables en el éxodo de venezolanos a Brasil”¹. Apoiado nas opiniões do advogado Marcelo Chalreo e do funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) Pablo Mattos, ambos brasileiros, o editorial afirmava que os Warao não seriam, ou não poderiam ser, tratados legalmente como índios no Brasil.

Passados mais de três anos, as controvérsias em relação a essa afirmação permanecem. Mantém-se a impressão de que o que existe, em verdade, é uma lacuna, que tem se tornado cada vez mais evidente, nas normas indigenistas brasileiras. E como ela ainda não foi suprida, não é possível dizer de forma peremptória se essas normas (todas elas ou parte delas) se estenderiam a índios estrangeiros. Em Roraima, segue em curso um debate sobre se os Warao, os E’ñepa, os Kariña, os Pemon e outras etnias indígenas que migraram para o

¹ LOS INDIOS WARAO, los más vulnerables en el éxodo de venezolanos a Brasil. *El Nacional*, Caracas. Disponível em: https://www.elnacional.com/sociedad/los-indios-warao-los-mas-vulnerables-exodo-venezolanos-brasil_242015/. Acesso em: 26 out. 2021.

Brasil poderiam ser considerados titulares de direitos indígenas à luz do direito brasileiro. O presente artigo pretende contribuir com esse debate², ainda que enfocando especificamente os Warao.

Embora o texto refira de modo recorrente situações relativas ao contexto de Roraima, isso se deve ao fato de que o estado é o epicentro da crise migratória venezuelana e, dentre outras implicações, tem de lidar de forma mais direta com muitos dos desafios trazidos pelo contingente migratório indígena. Em todo caso, a ilustração centrada em Roraima (ou mesmo no norte do Brasil) não desconsidera o parâmetro de fundo, isto é, o direito brasileiro. Onde quer que estejam os Warao, no vasto território brasileiro, os direitos indígenas previstos na Constituição e nas leis se aplicariam a eles?

O ÊXODO DOS WARAO E O CICLO DE RELAÇÕES INTERÉTNICAS

Os Warao são um povo indígena seminômade de pescadores e coletores que habitam desde tempos imemoriais as terras alagadiças situadas no delta do rio Orinoco, em uma região predominantemente abrangida pelos Estados venezuelanos de Delta Amacuro, Monagas e Sucre. De acordo com os resultados relativos a populações indígenas divulgados em 2011, pelo Instituto Nacional de Estadística (INE) venezuelano, eles seriam a segunda maior população indígena no país, com cerca de 48.771 membros³; a estimativa poderia ser arredondada para 49 mil membros, conforme Parecer Técnico encomendado pelo Ministério Público Federal em 2017⁴.

O modo de vida palafítico dos Warao, desenvolvido no ambiente fluvial dos canais (*caños*), conforme o missionário Antonio Vaquero Rojo, seria uma condicionante fundamental para explicar tanto a sua “expressão e transmissão cultural” quanto a “disposição habitacional e comunal”, além da “típica organização

² Dentre os estudos pioneiros sobre o assunto e que passaram a orientar o debate, chama-se a atenção para um relatório da Organização Internacional para as Migrações (OIM), intitulado “Aspectos jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil”, e publicado em fevereiro de 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/aspectos_juridicos_da_tencao_aos_indigenas_migrantes_da_venezuela_para_o_brasil.pdf.

³ VENEZUELA. XIV Censo de Población y Vivienda 2011. Instituto Nacional de Estadística de Venezuela – INE, 2011. Disponível em: <http://www.ine.gov.ve/documentos/SEN/menuSEN/pdf/subcomitedemografica/Indigena/BoletinPoblacionIndigena.pdf>. No Censo Nacional de 1992, eles eram 23.949 indivíduos. Hoje, em termos populacionais, estariam atrás apenas (embora com larga margem) dos Wayuu/Guajiro, os quais contariam com 413.437 membros.

⁴ RAMOS, Luciana; BOTELHO, Emília; TARRAGÓ, Eduardo. Sobre a situação dos indígenas da etnia Warao, da região do delta do Orinoco, nas cidades de Boa Vista e Pacaraima. Parecer Técnico n. 208/2017/Seap/6aCCR/PFDC. Brasília: Procuradoria-Geral da República, 2017.

social e familiar, de raiz matriarcal”⁵. Eles seriam, etimologicamente, “gente da água”⁶, “gente de curiara”⁷ ou “gente de embarcação”⁸.

A fama de pescadores fluviais, assim como suas habilidades de fabricação e navegação em canoas (curiaras), teria formado em torno deles uma imagem negativa, tanto por parte de outros povos indígenas da Venezuela (como os Arahua-cos e os Kariñas), quanto por parte dos criollos⁹, em razão de um desprezo comumente dispensado pelos povos agricultores em relação aos coletores e pescadores¹⁰. A despeito disso, a relação íntima com rios e recursos fluviais sempre foi promovida pelos Warao como o cerne dos seus costumes, dieta e cosmovisão.

O expoente máximo da tradição deltana a eles ligada seria a chamada “cultura do moriche”¹¹, que permitiria “estereotipar” esse povo¹². Ela formaria a base da história, da disposição geográfica e da tradição oral dos Warao, principalmente aqueles convertidos ao cristianismo. O artesanato que desenvolvem, sem cerâmica, inclusive, toma como matéria-prima subprodutos extraídos da palmeira do moriche.

De acordo com Rojo, as mudanças bruscas no seu espaço geográfico, organização social e meios de subsistência teriam exacerbado nos Warao o seu “instinto ancestral de livre circulação”¹³, típica de povos coletores primitivos. Alvaro Garcia-Castro também enumera um conjunto de elementos na tentativa de explicar o progressivo êxodo deles de suas terras ancestrais, citando a deterioração das condições naturais dessas terras para a subsistência, a invasão crescente delas por agricultores e criadores de gado, a atração que as cidades (com oportunidades

⁵ ROJO, Antonio E. Vaquero. Los warao y la cultura del moriche: identificación etnohistórica y elementos culturales. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 7.

⁶ D'AUBETERRE, Luis. La construcción discursiva de la otredad del “indio” en Ciudad Guayana: estudio de creencias y sentido común sobre los Warao indigentes urbanos. *Athena Digital, Revista de Pensamiento e Investigación Social*, n. 12, 2007, p. 2.

⁷ HEINEN, Hans Dieter; GARCÍA-CASTRO, Alvaro. Arquitectura indígena venezolana y heterogeneidade Warao: una aclaración necesaria. *Boletín Antropológico*, ano 31, nº 85, Universidad de Los Andes, Mérida, jan./jun. 2013, p. 28.

⁸ ROJO, op. cit., p. 18.

⁹ O termo “criollo” é aqui usado com seu sentido usual, tal como o apresenta Alvaro A. Garcia-Castro: “[o termo] tem sua origem nas diversas classificações sócio-raciais que existiam durante a época colonial na Venezuela. Inicialmente, se aplicou àqueles filhos de espanhóis brancos nascidos no território da Província. Com o tempo, o termo passou a designar a todos aqueles nascidos no país, NÃO pertencentes a nenhuma etnia indígena” (destaque no original). Cf. GARCIA-CASTRO, Alvaro A. Mendicidad indígena: Los Warao Urbanos. *Boletín Antropológico*, n. 48, Universidad de Los Andes, Mérida, jan.-abr., 2000, p. 87, nota 2.

¹⁰ D'AUBETERRE, op. cit.

¹¹ Moriche (*Mauritia flexuosa*) é uma palmeira típica de várzeas, sendo conhecida que na região norte do Brasil também como “buriti” e “miriti”.

¹² ROJO, op. cit.

¹³ ROJO, op. cit., p. 29.

de trabalho e recursos alimentares e médicos) passaram a exercer sobre eles e a pressão ideológica assimilacionista promovida pela sociedade circundante e por congregações religiosas¹⁴.

Dentre outros efeitos, o êxodo do povo Warao, conforme se verá, alterará substancialmente a sua característica marcante de pescadores-coletores, fazendo com que passem por processos consecutivos de redimensionamento e ressignificação, na busca de manterem o seu *ethos* por entre *caños* e *calles*.

O processo de deslocamento interno deles teria iniciado desde fins dos anos 60, após o represamento do Caño Manamo (canal distributário do rio Orinoco), quando alterações significativas no ecossistema do Delta do Orinoco deslocaram comunidades Warao do *Parque Nacional Mariusa* para cidades como Tucupita (Estado Delta Amacuro) e Barrancas del Orinoco (Estado Monagas)¹⁵. Ao longo dos anos 90, o êxodo passou a ser registrado pela imprensa venezuelana, quando então eles se deslocavam para Caracas e outras cidades venezuelanas afastadas de seu território originário¹⁶. Garcia-Castro sustenta que com esse êxodo se teria iniciado um “ciclo de relações interétnicas”¹⁷, marcado pelo envolvimento dos Warao com populações não-indígenas (os *criollos*¹⁸) dos centros urbanos, com as quais eles começaram a ter contato frequente.

A primeira fase que inaugurou esse ciclo notadamente dialético deu-se com o contato dos Warao com povoados dos centros urbanos de Delta Amacuro. É desde aí que eles estabelecerão, conscientemente ou não, estratégias de sobrevivência cultural, pelas quais adaptarão, de forma temporária, parcial e restringida, algumas de suas normas costumeiras. Essas estratégias possibilitaram a eles ajustarem-se como hóspedes nos novos entornos, como também, ao mesmo tempo, permitiram que se mantivessem unidos e coesos por meio de restrições convenientemente reguladas¹⁹.

Na fase seguinte, quando chegam a Caracas (a “Fase Caraquenha”, conforme Garcia-Castro²⁰), nos anos 90, muitas daquelas estratégias haviam se esgotado, e para os Warao sem instrução, capacitação profissional e/ou não-falantes do espanhol, apresentou-se como “meio de vida” a mendicância.

¹⁴ GARCIA-CASTRO, 2000.

¹⁵ NAVARRO, Carmen; HERNÁNDEZ, Clodovaldo. *Pueblos indígenas de Venezuela: Warao*. Caracas: Santillana, 2009.

¹⁶ D'AUBETERRE, op. cit.

¹⁷ GARCIA-CASTRO, 2000.

¹⁸ Para Garcia-Castro, os próprios criollos poderiam ser qualificados como uma “etnia”, daí o sentido específico da expressão “relações interétnicas”. GARCIA-CASTRO, 2000.

¹⁹ GARCIA-CASTRO, 2000.

²⁰ GARCIA-CASTRO, 2000.

Rojo enfatiza que as atividades de subsistência e o comportamento econômico, bem assim o conceito de trabalho, todos ligados à vida fluvial e à coleta do moriche, teriam gerado nos Warao “uma estranha disposição de reciprocidade e de compensação”²¹. Essa disposição, pelo menos no aspecto da “compensação”, poderia explicar por que um povo “coletor” se viu transformado em “pedinte” no ambiente urbano. Conforme Garcia-Castro, “a coleta de esmolas dos transeuntes representaria analogamente a obtenção de excedentes recolhidos em um ambiente urbano, à semelhança do que seria a coleta de frutos e pequenos animais em seu habitat natural”²². A mendicidade seria, desse modo, uma adaptação forçada frente às contingências de um novo ambiente, todavia, ao mesmo tempo, também o “reforço cultural” de um hábito ancestral.

Com os passar dos anos, no êxodo, esse aspecto – a ressignificação de suas atividades “coletoras” – tornou-se um traço marcante do *modus operandi* dos Warao nos centros urbanos. A esse respeito, o seminal trabalho de Luis D’Aubeterre *La construcción discursiva de la otredad del “índio” en Ciudad Guayana*, de 2007, registra a chegada da etnia em Ciudad Guayana, no Estado Bolívar, a partir de 2002:

Desde meados dos anos 90, vem-se registrando o fenômeno cada vez mais frequente do êxodo dos Warao para distintas cidades do país, entre as quais figura principalmente a capital, Caracas, o qual tem sido analisado criticamente pela imprensa nacional devido a que esses indígenas se instalam improvisamente em terrenos baldios da cidade, para dedicar-se à mendicância urbana nas ruas e avenidas.

Em Ciudad Guayana, esse fenômeno vem se produzindo nos últimos quatro anos de uma maneira particular: inicialmente, somente as mulheres Warao pediam esmolas, carregando seus bebês, mas após alguns meses, também podiam ser encontrados anciãs, meninos e meninas agitando recipientes de papelão ou de plástico para pedir dinheiro; isso era feito apenas pela manhã, por pequenos grupos de 3 ou 4 pessoas, nos semáforos de ruas e avenidas principais, na capital Puerto Ordaz²³.

Como um estágio de consolidação no ciclo de relações interétnicas, essa “Fase Guayanera” teria se caracterizado não apenas pela coparticipação de crianças e idosos como pedintes – ao lado das mulheres –, mas também pela capacidade demonstrada pelos mais jovens de adaptarem para e em favor de si algumas performances urbanas. De um modo um tanto desajeitado, eles, por exemplo,

²¹ ROJO, op. cit., p. 7.

²² GARCIA-CASTRO, 2000, p. 85.

²³ D’AUBETERRE, op. cit., p. 3, tradução livre.

buscaram copiar o *savoir-faire* de malabaristas e saltimbancos com os quais concorriam como pedintes nos semáforos²⁴.

Um estágio ainda mais avançado da migração dos Warao teria ocorrido em fins de 2014, com a travessia das fronteiras internacionais e a chegada dos primeiros contingentes ao Brasil. A “Fase Roraimense” que então se iniciou encontra poucos paralelos enquanto processo migratório internacional de indígenas não transfronteiriços²⁵.

DO ORINOCO AO RORAIMA: OS WARAO NO BRASIL E OS DESAFIOS DAS FASES “RORAIMENSE” E “BRASILEIRA”

Conforme catalogado pelas autoridades brasileiras à época²⁶, o primeiro contingente de Waraos chegou à Roraima ainda no ano de 2014, principalmente nas cidades de Pacaraima e Boa Vista. Foi somente em 2016, contudo, que o contingente formado principalmente por mulheres adultas e anciãs, acompanhando crianças pequenas e de colo, passou a se concentrar nos semáforos do centro de Boa Vista. Sua presença foi, desde logo, notada com destaque, sobretudo em razão da vestimenta peculiar que as mulheres usavam (vestidos feitos de tecidos rústicos e com estampas floridas e em cores vivas), das peças simplórias de artesanato que ocasionalmente ofereciam à venda, e o modo aparentemente rude com que pediam e recolhiam esmolas²⁷.

Pelos traços fenotípicos, não se pareciam nem com os outros imigrantes venezuelanos, nem com as mulheres indígenas das etnias locais, desse modo mostrando-se – e devendo ser tratados²⁸ – como um contingente migratório incomparável, que surgiu durante o que se poderia considerar como o segundo período da migração de venezuelanos a Roraima (v. tabela abaixo).

²⁴ D'AUBETERRE, op. cit.

²⁵ O fenômeno talvez seja comparável ao êxodo de indígenas do Sul do México (como os mixtecas, zapotecas e triques de Oaxaca, os nahuas de Guerrero e os purepechas de Michoacán) para o sudeste dos Estados Unidos. Cf. RIVERA-SALGADO, Gaspar. *Equal in dignity and rights: The struggle of indigenous peoples of the Americas in an age of migration*. Prince Claus Inaugural Address, Utrecht University, 2005.

²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer Técnico/SEAP/6ª CCR/PFDC N. 208/2017, p. 23. Disponível em: <http://csbbrasil.org.br/downloads/parecer-tecnico-n208-2017.pdf>.

²⁷ XAVIER, Fernando César Costa. A encruzilhada dos Warao. *Empório do Direito*, 2017a. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/direitos-constitucionais-para-indios-imi-grantes-a-encruzilhada-dos-warao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

²⁸ YAMADA, Erika; TORELLY, Marcelo (orgs.). *Aspectos jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil*. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2018.

Tabela 1 Periodização da migração venezuelana em Roraima.

Período	Perfil dos migrantes	Características do deslocamento
Primeiro período (antes de 2014)	Pequenos contingentes de hippies	– Estada transitória (visitação) – Roraima como passagem (trânsito) para outros Estados e países
	Pequenos contingentes de empresários/empreendedores	– Estada com <i>animus</i> migratório – Roraima como passagem (trânsito) para outros Estados e países
Segundo período (2014-2016)	Contingentes médios de venezuelanos de classe média e baixa	– Estada com <i>animus</i> migratório – Migração regular – Roraima como destino (busca por mercado de trabalho)
	Pequenos contingentes de venezuelanos indígenas (Waraos)	– Estada com <i>animus</i> migratório – Migração irregular, com casos de deportação – Roraima como destino (busca por habitat)
Terceiro período (2016-2018)	Grandes contingentes de venezuelanos de classe média baixa, pobres e miseráveis (inclusive em situação de rua)	– Estada com <i>animus</i> migratório – Migração regularizada <i>ex post</i> – Roraima como destino (busca por assistência social)
	Pequenos contingentes de venezuelanos indígenas (Waraos e Panares/E'ñepas)	– Estada com <i>animus</i> migratório – Migração regularizada <i>ex post</i> – Roraima como destino e rota para outros estados do Brasil (busca por habitat)
Quarto período – Operação Acolhida (2018-?)	Grandes contingentes de venezuelanos de classe média baixa, pobres e miseráveis (inclusive em situação de rua)	– Estada com <i>animus</i> migratório – Migração regularizada <i>ex ante</i> (Posto de Triagem) – excetuados casos de ingressos irregulares durante a pandemia da Covid-19 – Roraima como destino (busca por assistência social) e como rota para outros estados o Brasil (via interiorização)
	Pequenos contingentes de venezuelanos indígenas (Waraos, Panares/E'ñepas, Pemons etc.)	– Estada com <i>animus</i> migratório – Migração regularizada <i>ex ante</i> (Posto de Triagem) – excetuados casos de ingressos irregulares durante a pandemia da Covid-19 – Roraima como destino e como rota para outros estados do Brasil (fora do processo oficial de interiorização). – Tentativas de deportação

Fonte: Elaboração do autor.

Considerada a enorme distância da Foz do Orinoco até a fronteira brasileira, de mais de 760km, percebe-se que os Warao se afastaram acentuadamente de seu território originário, ultrapassando a fronteira nacional ao sul, como nunca antes havia ocorrido. Depois de chegaram a Roraima, muitos deles, ainda em

2016, rumaram até Manaus, no Amazonas, caminhando mais 700 km pelas margens da rodovia BR-174²⁹.

É verdade, como se disse, que muitos deles já se encontravam fora de suas terras, em territórios distantes, muito antes de terem atravessado a divisa com o Brasil, mas isso não enfraquece a hipótese de que o cruzamento da fronteira internacional tenha significado um corte, ou uma etapa mais radical, nos seus processos de deslocamento e desterritorialização. Autores como Garcia-Castro vinham tratando o êxodo da etnia como temporário³⁰, mas, a partir dessa nova fase, torna-se imperioso reconhecer que se trata de algo, em muitos casos, permanente, uma ida sem volta para grande parte dos membros da etnia.

O que fez os Warao migrarem, a partir de dado momento, para além das fronteiras da Venezuela em direção a um país completamente estranho, distante, lusófono, poderia ser considerado ainda como uma incógnita³¹, sendo insuficientes as conclusões preliminares que supunham que o deslocamento para o Brasil teria como causa as precárias condições surgidas com a crise na Venezuela³².

Em um território politicamente “estrangeiro”, o próprio “ciclo de relações interétnicas” encontrará a conjuntura mais desafiadora: as ações conjugadas de adaptação e afirmação de sua própria cultura enfrentarão novos obstáculos, uma vez que a sociedade circundante não será mais, majoritariamente, a dos *criollos* (*hispanohablantes*), e as comunidades indígenas brasileiras terão dificuldades para reconhecê-los como “parentes”. Em termos geográficos e culturais, também enfrentarão desafios adicionais. Ainda que o *moriche* esteja presente também no bioma setentrional de Roraima, os inconvenientes legais e burocráticos para a autorização da extração das palmeiras tornaram indisponível aos Warao, durante grande parte do período migratório, o elemento central de sua cultura de deltana.

Juridicamente, como os Warao foram, pelo menos nos primeiros momentos, indiferentes ao controle migratório brasileiro, permanecendo a maioria absoluta de seus membros indocumentada, houve episódios de deportação pela Polícia Federal entre 2014 e 2016. No Parecer Técnico solicitado pelo Ministério Público Federal em 2017, consta que 33 Waraos foram deportados em 2014; 54 em 2015; e 445 de janeiro a outubro de 2016³³, e em todas essas oportunidades, a maioria

²⁹ SILVA, Sidney; TORELLY, Marcelo (orgs.). Diagnóstico e avaliação da migração indígena da Venezuela para Manaus organizadores. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2018.

³⁰ GARCIA-CASTRO, op. cit.

³¹ XAVIER, Fernando César Costa. Crise Migratória na fronteira Brasil-Venezuela. *Mundorama – Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais*. 2017b. Disponível em: <https://www.mundorama.net/?p=23804>.

³² MOREIRA, Elaine; CAMARGO, Júlia. Pesquisa qualitativa. In: SIMÕES, Gustavo (org.). *Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil*. Curitiba: CRV, 2017.

³³ RAMOS, BOTELHO e TARRAGÓ, op. cit.

retornava, de modo clandestino, obstinada para ocupar os semáforos, praças abandonadas, centros comerciais e entornos de logradouros. Essas mudanças abruptas (políticas, geográficas, culturais e jurídicas) representarão, mais do que outras, o mote para o início do novo ciclo (v. tabela abaixo), em que os Warao se verão obrigados a manter suas tradições, hábitos e crenças não apenas em novas cidades, mas também em novas formas de habitação.

Tabela 2 Fases do êxodo Warao. (adaptado do “ciclo de relações interétnicas” de Garcia-Castro).

Fase	Período	Destino	Características
Amacureña	Fins dos anos 1960-1990	Cidades urbanizadas em Delta Amacuro	<ul style="list-style-type: none"> - Desterritorialização temporária - Deslocamento interno de curta distância (a pé) - Readaptação de práticas de subsistência
Caraqueña	1990-2010	Caracas, Puerto Ordaz e outras cidades do Ocidente e do Centro-Sul da Venezuela	<ul style="list-style-type: none"> - Desterritorialização temporária - Deslocamento interno de média/ longa distância (a pé) - Ressignificação da atividade coletora (mendicância)
Guayanera	2002-2014	Ciudad Guayana (principalmente Puerto Ordaz), no estado Bolívar	<ul style="list-style-type: none"> - Desterritorialização temporária - Deslocamento interno de longa distância (a pé) - Consolidação da mendicância e do nomadismo
Roraimense	2014-2017	Principalmente em Pacaraima e Boa Vista, no estado de Roraima; mas também em Manaus, no estado do Amazonas; e Santarém e Belém, no estado do Pará	<ul style="list-style-type: none"> - Desterritorialização permanente - Deslocamento internacional de longa distância (a pé e/ou por transporte terrestre e fluvial) - Ressignificação da vida comunal (vivência em abrigos, prédios abandonados e ocupações urbanas)
Brasileira	2017-(?)	Várias cidades principalmente capitais do norte e nordeste brasileiros	<ul style="list-style-type: none"> - Desterritorialização permanente - Deslocamento interno (interiorização espontânea no Brasil) de curta, média e longa distância (a pé e/ou por transporte terrestre ou fluvial) - Ressignificação da vida comunal (vivência em abrigos, prédios abandonados e ocupações urbanas)

Fonte: Elaboração do autor.

Em 09 de dezembro de 2016, houve uma controversa tentativa de deportação, que restou malsucedida em razão de uma decisão judicial em caráter liminar, que impediu que chegassem até a fronteira os ônibus que levavam cerca de 450 Wa-

raos identificados como irregulares³⁴. A partir desse incidente, com a tentativa de deportação frustrada, as autoridades migratórias parecem ter aceitado o estado de coisas, deixando de adotar de procedimentos rígidos de controle³⁵. Isso, a propósito, coincidiu com o estabelecimento dos primeiros abrigos permanentes para venezuelanos.

Como iniciativa do governo estadual, ainda sem qualquer expertise na gestão migratória, os primeiros abrigos ofereceram vagas conjuntas para Warao e para venezuelanos não-indígenas. Entretanto, não tardou para que se notasse que havia uma tensão sociocultural latente entre os dois grupos, gerada pela discrepância de hábitos e valores, que podia ser notada de modo especial no fluxo vivo; no longo caminho desde a Venezuela, os indígenas e os *criollos* não seguiam juntos no percurso, e por onde paravam, como em Pacaraima, não dividiam o mesmo espaço.

Na fase tardia dos abrigamentos, a partir de 2017-2018, quando passaram a colaborar diretamente o Exército brasileiro e organismos internacionais, no contexto da “Operação Acolhida”, aos Warao foram destinados abrigos específicos, um deles em Pacaraima (o “Janokoida”: “Casa Grande” na língua warao) e outro em Boa Vista, no bairro Pintolândia, após restar claro que a coabitação deles com seus compatriotas não-indígenas mostrava-se desaconselhável.

Abrigados ou em situação de rua, em Roraima e outros Estados, não parece provável que os Warao, a curto ou médio prazo, vão retornar em definitivo à Venezuela. Se no Brasil eles passam a ser vistos sobremaneira a partir da sua condição de indígenas, mais do que da de migrantes, isso certamente faz suscitar questionamentos jurídicos que, tarde ou cedo, exigirão esforço interpretativo dos tribunais e dos formuladores de políticas³⁶, a fim de que seja definido se eles são titulares dos direitos indígenas mais importantes reconhecidos à luz da legislação nacional. Esses questionamentos são cruciais para que se esclareça quais são, efetivamente, as responsabilidades e obrigações que tem o Estado brasileiro em face dos Warao enquanto índios que são, embora estrangeiros.

³⁴ XAVIER, 2017a.

³⁵ Uma exceção ocorreu já no início de 2021, quando, em razão do fechamento da fronteira internacional por conta da pandemia da Covid-19, as autoridades migratórias ensaiaram deportar algumas dezenas de Waraos recém-chegados de Monagas. Novamente uma decisão da justiça federal impediu o procedimento de deportação, embora os indígenas tivessem ingressado no território brasileiro de modo irregular. Sobre o fato, cf. JUIZ federal barra deportação de 55 indígenas Warao venezuelanos. *Agência Brasil*, Política, 08 jan. 2021. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2021/01/08/juiz-federal-barra-deportacao-de-55-indigenas-warao-venezuelanos.html>. Acesso em 15 out. 2021.

³⁶ XAVIER, 2017a.

OS DIREITOS INDÍGENAS COMO DIREITOS DIFERENCIADOS

Os direitos aqui abordados como “indígenas” são aqueles conferidos exclusivamente aos índios, isto é, direitos que somente os povos e comunidades indígenas podem coletivamente exercer como titulares³⁷. Excluem-se dessa definição, portanto, os direitos que os índios concorrentemente possuem enquanto humanos ou, como no caso dos Warao, enquanto migrantes³⁸.

A seguir, são apresentadas as fontes (principalmente a Constituição Federal) que, no Brasil, permitem que se identifique os direitos propriamente indígenas.

Os direitos indígenas no direito brasileiro

São principalmente duas as fontes diretivas dos direitos dos indígenas no Brasil, a saber, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – Sobre Povos Indígenas e Tribais (incorporada pelo Decreto 5.051/2004) e a Constituição Federal de 1988³⁹. Esta última, por evidente, deve ser considerada a fonte mais importante, porque teria status preponderante e pode ser considerada mais sensível à integridade dos valores indígenas do que a Convenção 169 da OIT.

Desse conjunto normativo podem ser extraídos os mais importantes direitos reconhecidos exclusivamente aos indígenas, quais sejam, (a) o *direito à proteção da identidade e da integridade cultural* (art. 231, *caput*, primeira parte, e art. 215, § 1º, da Constituição), incluído o direito legal a serviços diferenciados de saúde indígena (art. 19-F da Lei 8.080/90), (b) o *direito a um ensino fundamental especial, na língua materna e com processos próprios de aprendizagem* (art. 210, § 2º, da Constituição), (c) o *direito à assistência ou defesa técnica especial, em juízo e/ou administrativamente* (arts. 129, V, e 232, da Constituição), (d) o *direito à con-*

³⁷ Não se desconhece, porém, que, no Brasil, comunidades como os quilombolas teriam direitos equiparáveis.

³⁸ Especialistas da Organização Internacional para as Migrações (OIM) sustentam que “De modo geral, os indígenas migrantes têm direitos de três naturezas: 1. Direitos universais: aqueles que possuem porque são direitos humanos reconhecidos na legislação brasileira ou em documentos internacionais; 2. Direitos como migrantes: aqueles que são garantidos a todos os migrantes no Brasil, pelo direito doméstico ou internacional; e 3. Direitos como indígenas: aqueles que são garantidos a todos os indígenas no Brasil, pelo direito doméstico ou internacional”. Cf. YAMADA e TORELLY, *op. cit.*, p. 128.

³⁹ A menção ao Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) torna-se aqui irrelevante não apenas em razão de seu peso diminuto em face da Convenção 169 e da Constituição, como também do fato de que essas normas sobrevalentes superam-no e ao seu paradigma integracionista/assimilacionista, não formando com ele, portanto, um *Bill of rights* concertado. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Resolução da Assembleia Geral da ONU A/RES/61/295, de 2007), de sua parte, é omitida porque, embora confluyente com aquelas fontes, é, diferentemente delas, não-vinculante.

sulta prévia, tanto no caso específico de aproveitamento, exploração ou prospecção de recursos naturais em suas terras (§ 3º do art. 231 da Constituição e art. 15, 2, da Convenção 169) quanto nas situações gerais de medidas governamentais que possam afetá-las (art. 6º, 1, “a”, e 2, e outros, da Convenção 169 da OIT), e (e) o *direito à terra e seus recursos* (art. 231, *caput*, segunda parte, da Constituição, e arts. 13 a 19 da Convenção 169 da OIT).

É evidente que esse índice não é exaustivo, tampouco é o mais preciso. Há, por suposto, outras possibilidades de catalogação, que possam enfatizar outros direitos exclusivamente indígenas. Contudo, para os propósitos do presente artigo, seriam esses os que convém ressaltar, para em seguida se discutir se os índios Warao que se encontram no Brasil – e concentrados em Roraima – seriam deles titulares.

O direito indígena à proteção da identidade, da integridade cultural e de serviços diferenciados de saúde

Em sentido amplo, o direito à proteção da identidade e da integridade cultural, enquanto corolário do *princípio da não discriminação*, seria o direito que uma certa etnia ou comunidade indígena têm de que a sua organização comunitária, valores e práticas sociais, costumes, crenças, tradições, instituições e demais componentes identitários sejam reconhecidos, respeitados, protegidos, preservados e promovidos. Esses bens culturais, quer dizer, o idioma, o sistema jurídico, a religião e as instituições políticas não se realizam individualmente, mas apenas como parte de uma experiência coletiva⁴⁰.

Em certo sentido, o direito à proteção cultural poderia ser considerado o mais importante dentre os direitos indígenas, ao lado do direito ancestral à terra, devendo este, inclusive, ser interpretado como interconectado àquele. Para Oswaldo Ruiz Chiriboga, “A terra e os recursos naturais nela existentes são a própria essência da identidade cultural dos povos indígenas e seus membros”⁴¹.

Não por acaso, esses dois direitos aparecem conjugados na Constituição brasileira, uma vez que segue sendo suposto que a proteção do patrimônio cultural dos povos indígenas depende de que o Estado reconheça e destine a esses povos espaços territoriais e geográficos, onde, aldeados, possam reproduzir às gerações futuras os seus valores e práticas, e manter-se relativamente protegidos da ameaça de desintegração representada por influências exógenas.

⁴⁰ SALGADO, Juan Manuel; GOMIZ, María Micaela. Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: Su aplicación en el derecho interno argentino. 2ª ed. Neuquén, Argentina: Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas – ODHPI, 2010.

⁴¹ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. The right to cultural identity of indigenous peoples and national minorities: a look from the Inter-American System. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 3, n. 5, dez. 2006.

A propósito, o direito dos indígenas de não apenas terem uma identidade cultural, como também de manterem-na foi expressamente reconhecido pela Constituição de 1988, pondo fim, no Brasil, ao chamado assimilacionismo, que “consiste na primazia, no predomínio ou na imposição de uma cultura sobre as demais”⁴². Com a nova compreensão constitucional, que passou a considerar as terras dos índios como “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (§ 1º do art. 231), foi superada a visão presente no art. 1º do Estatuto do Índio, de 1973, segundo o qual os “silvícolas” deveriam ser progressiva e harmoniosamente integrados à “comunhão nacional”.

Do direito à proteção cultural dos povos indígenas em geral derivam ainda outros, como, nos termos da Convenção 169 da OIT, o direito de terem seus membros punidos por práticas consideradas pelas leis do Estado como criminosas, desde que levando em conta “os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros” (art. 9º), por isso evitando-se o encarceramento (item 2 do art. 10) e sempre se respeitando os costumes e as características culturais indígenas (item 2 do art. 9º e item 1 do art. 10).

Ainda a propósito disso, interessa aqui destacar, como consectário do direito à proteção cultural, o direito dos índios de serem atendidos e receberem atenção à saúde de forma compatível com suas crenças e tradições.

No Brasil, conforme a Lei 8.080/90, os serviços de saúde indígenas são tratados como um subsistema do Sistema Único de Saúde, a saber, o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS). Previsto no capítulo V daquela lei, o Subsistema foi nela incluído pela Lei n. 9.836, de 1999, também chamada de “Lei Arouca”, conforme explicam Luciana Benevides *et alli*:

Em junho de 1994, o deputado Sérgio Arouca, com base as propostas da II CNSPI, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei no 4681-D(9) que se tornou foco das discussões e lutas do movimento sanitário indígena. O Projeto propôs a criação do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, a fim de sanar a omissão do Estado com relação às questões que se referiam à saúde das populações indígenas, deixadas à parte pelas Leis no 8.080/90 e no 8.142/90. Esse Projeto tornou-se Lei em 1999 e foi denominada Lei Arouca (Lei n. 9.836/99)⁴³.

⁴² FERNÁNDEZ, Encarnación ¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural? *Revista Persona y Derecho*, n. 49, 2003, p. 410.

⁴³ BENEVIDES, Luciana; PORTILLO, Jorge Alberto Córdón; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. A atenção à saúde dos povos indígenas do Brasil: das missões ao subsistema. *Revista Tempus, actas de saúde coletiva*, Brasília, v. 8, n. 1, mar., 2014, p. 33.

O chamado “Subsistema Arouca”, conforme a legislação, regula um conjunto de ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, obrigando a Administração Pública a “levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global” (art. 19-F da Lei 8.080/90).

Marcado pela descentralização, pela hierarquia e regionalização, próprias do SUS, o Subsistema tem como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI’s), encarregados de dotar as terras indígenas de postos de saúde, agentes indígenas de saúde (AIS’s) e Agentes Indígenas de Saneamento (AISAN’s). Os DSEI’s contam ainda como apoio de Equipes Multiprofissionais de Saúde Indígena (EMSI) e de Casas do Índio (Casai), que atuam em polos-base ou excepcionalmente nas próprias aldeias, em casos de média e alta complexidades referenciados na rede SUS⁴⁴. A coordenação, normatização e execução de ações do Subsistema fica a cargo da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), sendo possível a atuação complementar dos Estados, Municípios ou entidades não-governamentais⁴⁵. Há em todo o país 34 DSEI’s, que abrigam, no total, 361 polos-base. Estes pode ser de dois tipos, Polo Base Tipo II ou Polo Base Tipo I, conforme a complexidade das ações executadas.

O direito indígena a um ensino fundamental especial, na língua máter e com processos próprios de aprendizagem

O direito a um ensino fundamental especial, na língua materna e com processos próprios de aprendizagem, prescreve que, com vistas a manter vivo e peregrino o patrimônio imaterial dos povos indígenas, devem eles, quando assim desejem, ser providos pelo Estado com uma educação escolar diferenciada, específica, intercultural e bilíngue. Essa educação deve envolver métodos de ensino específicos e adaptáveis, que valorizem seus processos próprios de aprendizagem, sua língua, suas formas de expressão e comunicação, seus saberes e sua cognição, conquanto ela possa estar, em alguma medida, vinculada a uma matriz curricular padronizada de alfabetização e numeração (base nacional comum).

Embora esse direito coletivo também esteja diretamente relacionado com o respeito à identidade cultural, ele se encontra aqui tratado de modo específico, em razão da forma expressa com que é abordada constitucionalmente a educação indígena (§ 2º do art. 210).

⁴⁴ LANGDON, Esther Jean; DIEHL, Participação e Autonomia nos Espaços Interculturais de Saúde Indígena: reflexões a partir do sul do Brasil. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, 2007.

⁴⁵ LANGDON e DIEHL, op. cit.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação brasileira (Lei 9.394/96) reforça que será assegurada às comunidades indígenas a utilização, a par da língua portuguesa, de suas línguas maternas e seus processos próprios de aprendizagem, no ensino fundamental (art. 32, § 3º) e no ensino médio (art. 35-A, § 3º). No título VIII da Lei, é dito que o sistema de ensino federal, em parceria com agentes de fomento e ouvindo as comunidades indígenas, desenvolverá programas de ensino e pesquisa voltados à oferta de educação escolar “bilíngue e intercultural”, buscando-se assegurar aos índios o acesso aos conhecimentos técnico-científicos dos não-índios, bem como proporcionar a eles a recuperação de sua memória histórica e a afirmação de sua identidade étnico-linguística (art. 78, I e II). Há na LDB, atrelados a esse segundo objetivo, alguns dispositivos (art. 26, § 4º, art. 26-A, *caput*, §§ 1º e 2º) nos quais se exige que a historiografia e os estudos culturais levem em conta a contribuição dos povos indígenas para a formação da sociedade nacional.

A Funai figura entre os mais relevantes atores na promoção da educação indígena, atuando em quatro áreas prioritárias (no âmbito da Coordenação de Processos Educativos – COPE), a saber, (a) a de apoio à discussão e elaboração de Projetos Políticos-Pedagógicos; (b) a de monitoramento das políticas de Educação Escolar Indígena; (c) a de apoio a processos de discussão e implementação de projetos de Educação Profissional; e (d) a de iniciativas de garantia do acesso e permanência dos povos indígenas ao ensino superior⁴⁶.

O direito indígena à assistência ou defesa técnica especial, em juízo e/ou administrativamente

O direito à assistência ou defesa técnica especial, em juízo e/ou administrativamente, concebe que os índios, em razão de dificuldades ordinárias de acesso à Justiça e à Administração Pública, deveriam ser representados por órgãos competentes para defendê-los coletivamente perante o Poder Judiciário ou em instâncias administrativas. Inserido na Constituição por sugestão do jurista Dalmo Dallari⁴⁷, o art. 232 dispõe que “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Essa norma é reafirmada pelo art. 12 da Convenção 169 da OIT, que, por seu turno, diz: “Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos”.

⁴⁶ FUNAI. Educação Escolar Indígena. s/d. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atualizacao/povos-indigenas/cidadania/educacao-escolar-indigena>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. *Novos estudos*, CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 3, set.-dez. 2018.

Aquele artigo da Constituição ainda geraria controvérsias em relação à capacidade dos indígenas de postularem em juízo diretamente, e também sobre se teria sido revogado o instituto da tutela⁴⁸. Para Julio José Araújo Junior, a despeito dessa garantia que os indígenas e suas comunidades têm de eles próprios, serem partes legítimas para ingressar em juízo (art. 232 da Constituição), predominam as intervenções feitas principalmente pela Fundação Nacional do Índio (Funai), como também pelo Ministério Público Federal e pelas Defensorias Públicas⁴⁹. Conforme o Estatuto do Índio, os indígenas “ainda não integrados à comunhão nacional” deveriam ficar submetidos a um regime tutelar semelhante à tutela civil, sob o patrocínio da União Federal (através do órgão federal competente).

Conforme Juliana Batista, o regime tutelar indígena estaria superado após a entrada em vigor da Constituição de 1988⁵⁰, ainda que persista a necessidade de assistência de órgão estatais, tais como a Funai e o Ministério Público Federal, à vista da real condição de muitos indígenas e comunidades⁵¹. A propósito, Homero da Silva diz que o direito à representação judicial já estaria assegurado aos índios pelo inciso XXI do art. 5º da Constituição⁵², tendo o art. 232 assegurado especificamente a substituição processual, desta forma possibilitando aos órgãos de assistência o exercício do direito de ação em favor de direitos subjetivos dos indígenas⁵³.

Sobre os órgãos estatais de assistência, Guillermo F. Margadant S. pondera acertos e erros de cada um deles, pelo menos até o final da década de 1990:

A autoridade que deve ajudar os índios, a Funai, tem feito muitas coisas positivas, mas também sofre corrupção e nem sempre é confiável; o Ministério Público Federal frequentemente ajuda, inclusive corrigindo os atos da Funai, e o judiciário às vezes aplica as regras objetivamente, e às vezes sofre de preconceito racial [...]⁵⁴.

⁴⁸ BATISTA, Juliana de Paula. A natureza jurídica dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 4, n. 1, 2011; e MOURA, Márcio Ricardo Gonçalves de. Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 45, abr./jun. 2009.

⁴⁹ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

⁵⁰ BATISTA, op. cit.

⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun., 2004.

⁵² Art. 5º XXI: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

⁵³ SILVA, Homero B. M. Impactos do Artigo 8º, III, da Constituição Federal de 1988, sobre a Substituição Processual na Justiça do Trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, v. 20, 2008.

⁵⁴ MARGADANT S.; Guillermo F. El nuevo indigenismo iberoamericano ejemplificado por la

À ista do contexto, pode-se ainda alegar que as dificuldades de acesso à Justiça são um dos principais problemas que enfrentam as comunidades indígenas, haja vista que o Poder Judiciário e o ambiente forense se mostrariam pouco dispostos a aceitar e entender os costumes não-usuais dos povos indígenas⁵⁵.

O direito indígena à consulta prévia

O direito à consulta prévia pode ser definido, de forma geral, como a garantia de livre expressão da autodeterminação dos povos indígenas⁵⁶, por meio da da perquirição antecipada de uma comunidade indígena concernida sobre a sua vontade em relação a uma ação que está em vias de afetá-la em alguma medida.

Na prática, ele representa uma garantia de amplitude variável, podendo significar tanto o direito de as comunidades indígenas serem ouvidas em relação a programas e empreendimentos que visem ao aproveitamento dos recursos hídricos (incluindo os potenciais energéticos) ou à pesquisa e à lavra das riquezas minerais em suas terras, quanto, nos termos da Convenção 169 da OIT, o direito dos povos indígenas e/ou de suas instituições representativas, de serem consultados, através de procedimentos apropriados, em casos de medidas governamentais que possam afetá-los.

Conforme se deduz, o direito à consulta prévia prevista na Convenção, que deve ser realizado de boa-fé, de forma cooperativa e apropriada às circunstâncias de cada caso, com vistas a revestir de legitimidade o eventual consentimento dos concernidos, é mais ampliado que aquele previsto na Constituição, incluindo não apenas o direito de oitiva dos indígenas em casos de aproveitamento e alienação das suas terras, como também nos casos de organização e funcionamento de programas especiais de formação profissional (art. 22, 3) dos quais possam voluntariamente vir a participar, nos casos de definição e regulamentação de normas mínimas a serem observadas para o reconhecimento de suas instituições educativas e meios de educação (art. 27, 3) e também nos casos de busca de opções e soluções para viabilizar a educação das crianças indígenas na língua materna (art. 28, 1).

Pode-se considerar esse direito como derivado dos direitos de participação democrática e igualdade de tratamento. Ainda que seja um tema difícil e controvertido para alguns⁵⁷, a consulta é tomada como um princípio conformador básico

experiencia brasileña. In: CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordóñez. *Pueblos indígenas y derechos étnicos: VII Jornadas Lascasianas*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, México, D. F., 1999, p. 222-223.

⁵⁵ ARAÚJO JUNIOR, op. cit.

⁵⁶ CLAVERO, Bartolomé. The indigenous rights of participation and international development policies. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Tucson, AZ, v. 22, n. 1, 2005.

⁵⁷ SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Hu-

dos direitos dos povos indígenas nos instrumentos internacionais, devendo se realizar em caráter prévio – o qual não se esgota com a mera anotação da vontade –, e se operacionalizar por meio de um procedimento considerado mutuamente confiável, como também sistemático, transparente e de amplo alcance⁵⁸.

Esse direito encontra fundamentos também na jurisprudência internacional, como aquela da Corte Interamericana de Direitos Humanos, v.g., nos casos *Povo indígena Yakye Axa v. Paraguai*, *Povo indígena Sawhoyamaya v. Paraguai*, *Povo indígena Xákmok Kásek v. Paraguai*, *Povo indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*. Este último caso, sentenciado em 2012, aborda de maneira detalhada o direito à consulta prévia no caso específico de aproveitamento da terra, que seria o seu âmbito mais conflituoso⁵⁹:

A obrigação de consultar as Comunidades e Povos Indígenas e Tribais sobre qualquer medida administrativa ou legislativa que afete seus direitos reconhecidos na normatividade interna e internacionais, assim como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas a participar nas decisões dos assuntos que digam respeito aos seus interesses [...] implica o dever de organizar adequadamente todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira a assegurar legalmente o livre e pleno exercício dos direitos [...] Desse modo, os Estados devem incorporar esses padrões nos processos de consulta prévia, a fim de gerar canais de diálogo embaixados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas⁶⁰.

A despeito da amplitude que ganhou na Convenção, diz Juan Manuel Salgado que o texto dela poderia ser considerado inadequado pelos povos indígenas que atuaram na sua formulação inicial, em especial porque a Convenção não teria evidenciado “a necessidade de fazer os Estados levarem em conta a opinião dos povos indígenas na execução de projetos em seus territórios”⁶¹.

A propósito disso, persistem as dúvidas em relação aos efeitos do exercício da consulta prévia (convencional e constitucional), principalmente se ela se encerraria

manos. Sur, Revista internacional de direitos humanos, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012. Disponível em: <http://sur.conectas.org/por-um-novo-paradigma-de-protacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas/>; e RODRÍGUEZ GARAVITO, César; MORRIS, Meghan (dir.). La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional. Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

⁵⁸ SALGADO e GOMIZ, op. cit.

⁵⁹ SALGADO e GOMIZ, op. cit.

⁶⁰ CORTE IDH. *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e Reparações), par. 166, tradução livre. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁶¹ *Apud* SCHETTINI, op. cit., p. 77.

na simples manifestação protocolar das comunidades e seus representantes no procedimento de consulta/oitiva, ou se estaria acompanhada do poder de vetar os projetos e iniciativas considerados contrários aos seus interesses⁶². Bartolomé Clavero corretamente assinala que “consultar é uma coisa, e consentir é outra”⁶³.

Andrea Schettini defende, com fundamento na jurisprudência da Corte Interamericana, que, pelo menos no caso de projetos de grande impacto socio-ambiental nas terras indígenas, o consentimento da comunidade interessada, e não a mera consulta, seria juridicamente obrigatório⁶⁴.

Talvez por conta das recorrentes preocupações dos indígenas que acompanharam o processo de redação da Convenção 169, com os conceitos e terminologias que ela deveria empregar⁶⁵, o seu texto relacione expressamente consulta e consentimento no item 2 do art. 6º: “As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”.

Mesmo sem isso, ainda se poderia alegar que a Convenção, como um tratado de direitos humanos, seria um “instrumento vivo”⁶⁶, e que, portanto, seus termos poderiam ser interpretados de maneira evolutiva, de acordo com as circunstâncias novas e atuais. Isso explicaria, inclusive, porque é amplamente aceito que a consulta deve ser prévia, livre e informada, embora esses aspectos não apareçam expressamente dispostos da Convenção.

O direito coletivo à terra e seus recursos

O direito originário e comunal à terra e seus recursos naturais figura com destaque entre os mais consagrados direitos indígenas, tanto na legislação interna quanto nos instrumentos internacionais. Pode ser considerado, em termos

⁶² SCHETTINI, op. cit.; e ANAYA, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁶³ CLAVERO, op. cit., p. 50.

⁶⁴ SCHETTINI, op. cit.

⁶⁵ SALGADO e GOMIZ, op. cit.

⁶⁶ SALGADO e GOMIZ, op. cit., p. 36; MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, n. 4, ano 3, 2006, p. 32; e no caso *Awas Tingni*, par. 146: “Os termos de um tratado internacional de direitos humanos têm sentido autônomo, de modo que não podem ser equiparados ao sentido que lhes é atribuído no direito interno. Ademais, *estes tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições de vida atuais*” (destaquei), cf. CORTE IDH. *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*. Sentença de 31 de agosto de 2001 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f0f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>.

gerais, como o conjunto de direitos que os povos indígenas têm sobre um determinado território, o qual venha a representar um patrimônio natural intimamente ligado com suas vivências, culturas e ancestralidades. A terra – ou, mais propriamente, o território – seria um “lugar espiritual” da comunidade tradicional, com uma ineludível dimensão cultural⁶⁷.

Ele é um direito originário porque se considera que a habitação da terra pelos indígenas remontaria a tempos imemoriais, anteriores ao surgimento do pacto social, competindo ao Estado reconhecê-lo como um direito natural (pré-estatal). Por isso mesmo, o valor da terra e de seus recursos é ancestral e, mais ainda, transcendente, ou seja, imaterial, simbólico, moral, extrapatrimonial. É também comunal porque não se trataria de um direito de titularidade individual, mas sim atribuível a toda uma comunidade ou etnia indígena, somente podendo ser exercido de forma coletiva.

No caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, ainda em 2001, a Corte já havia consignado que o direito à terra indígena é consectária do direito à propriedade:

Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção [Americana de Direitos Humanos, de 1969] – que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal [...]⁶⁸.

Em seu voto fundamentado concordante, o Juiz Hernán S. Pesantes registrou que: “A posse da terra por parte dos povos e comunidades indígenas, seja a título de *propriedade comunal* ou de *possessão ancestral*, foi reconhecida em nosso continente como um direito e muitos países latinoamericanos o consagraram em nível constitucional”⁶⁹.

No Brasil, a partir de 1934, as Constituições que se sucederam reconheceram o direito dos indígenas sobre a posse das terras que tradicionalmente ocupam⁷⁰. No entanto, mesmo no sistema constitucional atualmente vigente, esse direito permanece adstrito à posse territorial, a qual deve ser permanente, e permite o

⁶⁷ CORTE IDH, 2001, par. 6, voto apartado.

⁶⁸ CORTE IDH, 2001, par. 148.

⁶⁹ CORTE IDH, 2001, par. 1, voto apartado, destaquei.

⁷⁰ Cf. Constituição de 1934, art. 129; Constituição de 1937, art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Emenda Constitucional 1/69, art. 198; e Constituição de 1988, art. 231.

usufruto exclusivo das riquezas naturais abrangidas pelo território. É, com efeito, um direito possessório que implica uma relação peculiar entre os sujeitos e o bem, completamente distinta daquela relação patrimonialista regulada pelo direito civil⁷¹. Isso não significa que o direito à terra indígena, conforme positivado em diferentes ordenamentos, não abranja eventualmente garantias de tipo econômico. A Constituição de 1988, por exemplo, assegura às comunidades participação nos dividendos decorrentes da lavrFBRa minerária autorizada em suas terras (§ 3º do art. 231).

De outro lado, conforme previsão constitucional, esse direito implica ainda que os indígenas não serão removidos das terras que habitam, salvo em casos de catástrofes ou epidemias, e poderão a elas retornar tão logo os riscos tenham cessado (§ 4º do art. 231). Além disso, podem ser beneficiados por áreas reservadas quando se mostre inviável tornar a habitar as terras que ocupavam tradicionalmente.

Como a terra é fonte de recursos imprescindíveis à sobrevivência humana, dela também depende, e com mais força, o direito à subsistência da comunidade indígena, habituada ao plantio e à coleta dos alimentos, bem como ao acesso direto aos recursos hídricos. Por isso mesmo, atividades deletérias como a garimpagem e a grilagem de terras destinada ao desmatamento, seriam especialmente violadoras do direito à terra.

Por fim, esse direito compreende também o direito de opor ou exigir do Estado a consequente e devida delimitação, demarcação e/ou homologação. Compromissados com isso, os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – reiterando norma prevista no art. 65 do Estatuto do Índio, de 1973 –, fixaram para a União Federal o prazo de cinco anos, a contar da promulgação da Constituição, em 1988, para que se concluísse a demarcação das terras indígenas no Brasil, o que não foi respeitado até hoje⁷².

OS ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO: GRUPO “CIVILIZATÓRIO” OU GRUPO “VULNERÁVEL”?

Saber se os direitos indígenas anteriormente listados se aplicam em favor dos Warao exige não apenas que se perceba que, no sistema constitucional brasileiro, existem duas concepções implícitas – e concorrentes – de “índio”, mas também que se deve eleger uma delas como aquela que deve orientar a mais justa interpretação.

A primeira concepção de índio parece representá-lo como o membro de um grupo *civilizatório* nacional. De acordo com ela, os índios e povos indígenas que

⁷¹ SALGADO e GOMIZ, op. cit.

⁷² CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *História*, São Paulo, 35, 2016.

mereceriam a guarida constitucional seriam aqueles que contribuíram para a formação da civilização ou nação brasileira – e isso corresponderia, em termos históricos, às dezenas ou centenas de etnias associadas aos troncos linguísticos Tupi e Macro-Jê, originárias de áreas abrangidas pelo território nacional.

Essa concepção privilegiaria o papel histórico de certos povos indígenas na formação da cultura e das fronteiras nacionais. Graças a eles, o Brasil teria podido fixar os limites soberanos de seu território, e também teria herdado costumes, técnicas, gostos e hábitos culinários, além de um amplo conjunto de expressões linguísticas e artísticas, cujo estabelecimento remontaria às interações entre os antepassados deles e outros grupos fundantes da civilização brasileira, como os brancos europeus e negros africanos.

A segunda concepção representaria os índios como um grupo social *vulnerável*, isto, é como uma minoria excluída. Nesses termos, os índios, assim como outros vários grupos, estariam alijados, em termos de acesso a recursos e representatividade, da economia e da política. Eles poderiam ser colocados ao lado dos negros, das mulheres, das pessoas com deficiência, das crianças e adolescentes, dos idosos, dos operários, das pessoas LGBTQI+, dos estrangeiros etc.⁷³ como pertencentes à base da pirâmide social. Para eles, seria especialmente difícil ascender; e mesmo quando conseguissem vencer as barreiras da mobilidade social, o indisfarçável pertencimento a uma categoria social vulnerável não permitiria que se desvencilhassem de situações discriminatórias.

Pela primeira concepção, os direitos indígenas estariam estabelecidos sob a lógica de uma compensação histórica, em reconhecimento da contribuição cultural e civilizacional que determinados povos indígenas prestaram à formação da nação brasileira, independente do lugar na sociedade que os seus descendentes possam estar ocupando em tempos presentes. Nessa lógica da compensação, os indígenas detentores dos direitos seriam aqueles descendentes dos povos nativos que formaram o Brasil, e que poderiam ser assim reconhecidos antropológicamente por critérios étnicos e genealógicos.

À vista da segunda concepção, os direitos indígenas seriam nada mais que provisões voltadas à proteção social de um determinado grupo excluído, sendo que o dever provisional, neste caso, partiria da constatação de que indivíduos socialmente reconhecidos como indígenas estariam aprisionados em uma espiral de falta de oportunidades. Sob a lógica da proteção social, própria de um modelo constitucional welfarista, os sujeitos que fariam jus a direitos indígenas seriam todos aqueles vitimados pela discriminação dirigida aos índios enquanto pessoas com um modo de vida predominantemente tradicional; necessitados

⁷³ A propósito disso, as condições de índios e de estrangeiros dos Warao se cruzariam os colocaria em uma posição de dupla vulnerabilidade social no Brasil.

de políticas de promoção e inclusão, eles poderiam ser reconhecidos por critérios socioeconômicos.

Há normas na Constituição que apontam para a presença das duas concepções. Em relação à primeira, o § 1º do art. 215 diz expressamente que “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros *grupos participantes do processo civilizatório nacional*” (destaquei). A segunda concepção estaria menos evidenciada, mas poderia ser notada no fato de que o Ministério Público, cujas atribuições de proteção de grupos vulneráveis são notórias, tem como uma de suas funções “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (art. 129, V).

Entretanto, sem dúvidas, as duas concepções ficam melhor salientadas quando se escrutinam alguns dos principais pronunciamentos sobre os direitos indígenas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte no início do ano de 1988. Os discursos e apartes àquela ocasião, de deputados constituintes e representantes de etnias nacionais, revelam fundamentos ambíguos e oscilantes, que pareciam compreender o índio ora como o habitante primordial da nação brasileira, ora como um sujeito relegado ao abandono da sociedade brasileira ao lado de outros sujeitos desfavorecidos. É evidente que ele poderia ser visto, de forma não contraditória, sob esses dois prismas. Entretanto, para os fins de se discutir a condição jurídica dos Warao, importa saber qual dos prismas seria sobressalente.

Em primeiro lugar, vale lembrar que, nos trabalhos antecedentes à Constituinte, os interesses indígenas foram debatidos, em 1987, tanto na Comissão da Ordem Social, quanto na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. A despeito da associação com outras minorias, nos debates constituintes em 1988, a condição indígena não foi dissociada do aspecto histórico. Por exemplo, Admilson Valentim, da bancada do Partido Comunista do Brasil, ao tempo em que falava da “luta dos índios, aqui dentro da Assembleia Nacional Constituinte, [que] se assemelha às lutas dos operários, dos camponeses, dos oprimidos neste País”, acrescentava que eles eram o “povo que foi o nascedouro da Nação brasileira”⁷⁴.

Ante essas ambiguidades, é válido enfocar partes de dois pronunciamentos, que parecem inclinados para os aspectos da vulnerabilidade social e da reparação histórica em perspectiva transnacional (pan-indigenismo). O primeiro seria o do indígena Ailton Krenak, em sua célebre intervenção:

Os Srs. sabem, V. Exas. sabem que o povo indígena está muito distante de poder influenciar a maneira que estão sugerindo os destinos do

⁷⁴ BRASIL. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*: Suplemento “B”. Jan. 1988, p. 573. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/COMSist23ext27011988.pdf Acesso em: 10 nov. 2021.

Brasil. Pelo contrário. Somos talvez a parcela mais frágil nesse processo de luta de interesse que se tem manifestado extremamente brutal [...]

[...] Ainda existe dignidade, ainda é possível construir uma sociedade que saiba respeitar os mais fracos, que saiba respeitar, aqueles que não têm dinheiro, mas mesmo assim, mantêm uma campanha incessante de difamação. Um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas, um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser de forma nenhuma contra os interesses do Brasil ou que coloca em risco qualquer desenvolvimento⁷⁵.

O segundo seria o discurso eloquente de Júlio Marcos Germany Gaiger, representando o Conselho Indigenista Missionário, a Associação Nacional de Apoio ao Índio, e o Movimento de Justiça e Direitos Humanos. Ao defender a Emenda Popular n. 39 (subscrita por 40 mil cidadãos eleitores brasileiros), sobre as nações indígenas, ele fez uma longa exposição introdutória recordando a batalha de Bartolomé de Las Casas junto à Coroa espanhola, atacando o regime de *encomiendas* e apoiando os direitos naturais dos índios do Peru. Na visão pan-indigenista de Germany Gaiger, a exploração dos índios do Peru no período quinhentista se situava no mesmo contexto daquela vivida pelos índios do Brasil no final do século XX:

Por incrível que nos pareça, 500 anos depois de Las Casas, nesta Assembléia Nacional Constituinte, debatemo-nos com problemas idênticos aos que ele enfrentou, em sua defesa comprometida dos direitos dos índios do Peru.

Neste ano de 1987 as mineradoras privadas, latifundiários e toda uma coorte de interesses econômicos fazem à Assembléia Constituinte proposta igual à que fizeram os “*encomenderos*” do Peru, em 1554⁷⁶.

Esses pronunciamentos, se lidos com atenção, mostram que o traço distintivo que caracterizou os índios no processo constituinte, mais que qualquer outro, foi o da sua condição de desfavorecidos, de minoria, de grupo vulnerável; e isso seria um traço comum pós-colonialista dos grupos indígenas de toda a América. Eles devem servir como substrato para se interpretar os direitos indígenas plasmados da Constituição, porquanto expressem a essência da vontade do legislador constituinte.

Isso, por certo, não desconsidera que a Constituição, como carta de direitos e garantias, é um “instrumento vivo”, que deve ser interpretada evolutivamente. Por isso mesmo, o debate proposto deve atrair a incidência de um influente princípio nos dias de hoje, a da norma (e da interpretação) mais favorável à pes-

⁷⁵ BRASIL, op. cit., p. 573.

⁷⁶ BRASIL, op. cit., p. 575.

soa. A interpretação da expressão “índios” deve orientar-se pela compreensão que seja mais inclusiva. Essa compreensão, é claro, é a que os concebe como um grupo vulnerável, e que, portanto, não discrimina entre índios nacionais e índios estrangeiros. Ela estende o âmbito de proteção dos sujeitos para englobar os Warao ou quaisquer outras etnias que tenham migrado de fora para o Brasil.

Em todo caso, o efetivo reconhecimento de cada um dos direitos indígenas a eles ainda demanda um exame mais acurado, o que é feito a seguir.

OS DIREITOS INDÍGENAS CONSTITUCIONAIS DOS WARAO NO BRASIL

O direito à proteção cultural tem como postulado a necessidade de se resguardar a integridade das formas de expressão e representação que identificam um povo indígena. Os Warao têm uma cultura que os singulariza, incluindo-se nela a língua, as vestimentas, o costume da coletagem, a organização social-familiar matriarcal, o artesanato morichalesco, as crenças próprias etc. Analisando-se a primeira parte do *caput* do art. 231 da Constituição, não parece haver qualquer outra exigência para o exercício desse direito que não a existência de índios com uma cultura própria e que necessita ser protegida do risco de desintegração. No caso dos Warao, inclusive, esse risco é elevado, vez que eles ocupam até hoje ambientes urbanos; mesmo nos abrigos a eles destinados, o estilo de vida circundante é completamente diferente do seu modo de vida tradicional. Assim, para eles, o reconhecimento do direito à proteção cultural é, ademais, uma demanda urgente para desacelerar o processo de assimilação involuntária a que continuam submetidos.

Ainda nesse ponto, também se pode imaginar que não haveria qualquer dificuldade para se reconhecer a eles o direito a serviços de saúde próprios para indígenas, conforme o art. 19-F da Lei 8.080/90. Considera-se correta a hipótese levantada por João Luiz Pereira Araújo de que os Warao deveriam ser inseridos formalmente no Subsistema Arouca⁷⁷, a despeito de eles não se encontrarem aldeados. Em termos práticos, eles poderiam ser integrados a um dos Distritos Sanitários já existentes, de preferência algum que abrigue diferentes etnias e atenda comunidades próximas aos núcleos urbanos onde vivem os Warao.

O direito a um ensino fundamental regular na língua materna e com processos próprios de aprendizagem, nos termos do art. 210, § 2º, da Constituição, é também facilmente concebível para os Warao. Eles têm uma língua própria, que precisa ser preservada (inclusive no âmbito educacional), e seus processos de aprendizagem não são considerados extravagantes. O sistema escolar indígena

⁷⁷ ARAÚJO, João Luiz Pereira. Direito de inclusão do imigrante indígena ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena: O caso Warao. 2019. 113f. Dissertação de Mestrado (Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania) – Universidade Estadual de Roraima, Boa Vista.

já regulamentado no Brasil poderia, nas regiões onde se encontram os Warao, criar vagas para as crianças da etnia e assegurar a contratação de adultos também da etnia, desde que com formação adequada, para atuarem como professores.

O direito à assistência ou defesa técnica especial, a que se referem os arts. 129, V, e 232, da Constituição, lhes é realizável. Para tanto, basta que haja direitos e interesses legítimos que os Warao pretendam postular em juízo ou em qualquer via administrativa. Sendo certo que há, tanto a FUNAI quanto o Ministério Público devem, portanto, assumir a representação judicial deles, viabilizando para eles, quando necessário, a expedição de documentos pessoais.

Esses mesmos órgãos, aliás, podem atuar na fiscalização dos procedimentos de consulta prévia, de vez que este é também um direito que possuem os Warao – pelo menos em relação a políticas governamentais que tangenciam os seus interesses diretos. Uma dessas políticas é, sem dúvidas, a interiorização dos migrantes venezuelanos, que deve ser decidida coletivamente pela comunidade e somente autorizada após o consentimento livre e informado dos interessados.

Por fim, quanto o direito à terra, este, diferentemente dos outros todos, parece ser uma garantia que não os alcança. Isso porque há uma condicionante para o seu exercício, de acordo com a segunda parte do *caput* do art. 231 da Constituição: é preciso que uma comunidade indígena tenha ocupado tradicionalmente uma determinada terra para que ela seja reconhecida como pertencentes a essa comunidade. O território ancestral dos Warao, como visto, está circunscrito no delta no rio Orinoco, isto é, bem distante do território brasileiro e de suas áreas fronteiriças.

O fato de serem uma minoria discriminada torna-se irrelevante neste caso, porque a homologação de terras indígenas é uma medida administrativa que depende de critérios objetivos. E sem que consigam comprovar administrativamente que habitaram ao longo dos tempos, permanentemente, uma certa área no território do Estado brasileiro, o direito à terra nos termos da Constituição lhes é frustrado de antemão. A tese do marco temporal, ainda influente no Supremo Tribunal Federal, dificulta ainda mais a possibilidade de posse de terras por eles. O correto então seria concluir que os Warao têm assegurado o direito à terra, mas apenas em seu país de origem⁷⁸.

A impossibilidade de se lhes reconhecer o direito à terra tem implicações, como se pode supor, para o exercício tanto do direito proteção cultural quanto do direito à consulta prévia. Sem que tenham a posse legítima de terras com o usufruto de suas riquezas naturais, a patrimônio cultural fica desguarnecido de

⁷⁸ A Constituição da República Bolivariana da Venezuela reconhece, em seu art. 119, os direitos dos indígenas às “tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida”.

um espaço físico de proteção. Tentativas de “recriar” o ambiente originário dos Warao, como aquele feito no abrigo Janokoida, em Pacaraima⁷⁹, apenas protelou o desafio de respeitar a integridade cultural deles indígenas em face dos influxos da vida urbana circundante.

De outro lado, como as hipóteses mais frequentes de consulta prévia estão relacionadas com a gestão territorial e dos recursos, sem que tenham terras que possam ser demarcadas e homologadas em seu favor, as chances dos Warao de reivindicarem o direito à consulta prévia e à manifestação prévia do consentimento passam a ser bastante restritas.

CONCLUSÃO

Os Warao são uma etnia originária do delta do rio Orinoco, na Venezuela, que, há décadas, têm migrado para longe de seu território ancestral. No contexto da emigração que se impôs à população venezuelana na última década, eles se somaram ao fluxo migratório em direção ao Brasil, em um êxodo sem precedentes.

Mesmo após quase oito anos desde a chegada dos Warao no estado de Roraima, permanecem em aberto dúvidas sobre os direitos e garantias que eles possuiriam à luz do direito brasileiro. Neste artigo, foi pressuposto que, embora sejam *também* imigrantes, eles têm como traço distintivo a sua condição indígena, a qual deveria ser realçada para fins de sujeição de direitos.

No Brasil, há um conjunto de normas jurídicas (principalmente constitucionais) que definem direitos específicos para indígenas. Esses direitos seriam, basicamente, o direito à proteção cultural e a serviços de saúde indígena, o direito a um ensino fundamental especial assentado na língua materna, o direito à assistência jurídica especial, o direito à consulta prévia e o direito coletivo à terra.

Discutir se esses direitos são aplicáveis aos Warao exige, primeiramente, que se defina se a concepção de “índio” no direito constitucional brasileiro indicaria mais propriamente um grupo *civilizatório* ou um grupo *vulnerável*. Havendo fortes razões para se acreditar que os índios em geral seriam, sobretudo, um grupo socialmente vulnerável, não existiria motivos para se afastar os Warao do âmbito da proteção constitucional conferida aos indígenas.

No entanto, seria ainda necessário analisar um a um os direitos indígenas para se concluir se seriam todos de fato cabíveis a eles. E, nesse ponto, ter-se-ia que admitir que o direito à terra, excepcionalmente, não lhes poderia ser reconhecido, uma vez que este exige como critério de concessão a ocupação tradicional ou posse permanente da terra pleiteada no território brasileiro.

⁷⁹ BRITO, Débora. CAMARGO, Marcelo. Ambiente é recriado para imigrantes da etnia Warao da Venezuela. *Agência Brasil*. 24 ago. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/ambiente-e-recriado-para-imigrantes-da-etnia-warao-da-venezuela>. Acesso em: 05 nov. 2021.

A impossibilidade de gozarem do direito a uma terra indígena própria provavelmente traz consequências ao direito à proteção cultural e ao direito à consulta prévia que eles possuem. Assim, a condição jurídica de indígenas imigrantes dos Warao não lhes pode assegurar a titularidade plena de direitos, reforçando-se a visão de que eles seriam o contingente mais vulnerável do fluxo migratório.

De todo modo, nas várias situações em que alguns direitos indígenas estão sendo assegurados em favor deles no Brasil, não se deve considerar que isso seria uma mera generosidade oferecida pelas autoridades, mas sim que elas estão cumprindo com obrigações constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANAYA, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ARAÚJO, João Luiz Pereira. *Direito de inclusão do imigrante indígena ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena: O caso Warao*. 2019. 113f. Dissertação de Mestrado (Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania) – Universidade Estadual de Roraima, Boa Vista.

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista?* In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

BATISTA, Juliana de Paula. *A natureza jurídica dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988*. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 4, n. 1, 2011.

BENEVIDES, Luciana; PORTILLO, Jorge Alberto Cordón; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. *A atenção à saúde dos povos indígenas do Brasil: das missões ao subsistema*. *Revista Tempus, actas de saúde coletiva*, Brasília, v. 8, n. 1, mar., 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte: Suplemento “B”*. Janeiro de 1988. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissao-de-sistematizacao/COMSist23ext27011988.pdf.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei do SUS). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

BRASIL, Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da educação). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm.

BRITO, Débora. CAMARGO, Marcelo. *Ambiente é recriado para imigrantes da etnia Warao da Venezuela*. Agência Brasil. 24 ago. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-08/ambiente-e-recriado-para-imigrantes-da-etnia-warao-da-venezuela>.

- CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *História*, São Paulo, 35, 2016.
- CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. The right to cultural identity of indigenous peoples and national minorities: a look from the Inter-American System. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 3, n. 5, dez. 2006.
- CLAVERO, Bartolomé. The indigenous rights of participation and international development policies. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Tucson, AZ, v. 22, n.º. 1, 2005.
- CORTE IDH. *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*. Sentença de 31 de agosto de 2001 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>.
- CORTE IDH. *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e Reparações), par. 166, tradução livre. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. *Novos estudos, CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 3, set.-dez. 2018.
- D'AUBETERRE, Luis. La construcción discursiva de la otredad del “índio” en Ciudad Guayana: estudio de creencias y sentido común sobre los Warao indigentes urbanos. *Athenea Digital, Revista de Pensamiento e Investigación Social*, n. 12, 2007.
- FERNÁNDEZ, Encarnación ¿Cómo conjugar universalidad de los derechos y diversidad cultural? *Revista Persona y Derecho*, n. 49, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun., 2004.
- FUNAI. Educação Escolar Indígena. s/d. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/cidadania/educacao-escolar-indigena>.
- GARCIA-CASTRO, Alvaro A. Mendicância indígena: Los Warao Urbanos. *Boletín Antropológico*, n. 48, Universidad de Los Andes, Mérida, jan.-abr., 2000.
- HEINEN, Hans Dieter; GARCÍA-CASTRO, Alvaro. Arquitectura indígena venezolana y heterogeneidade Warao: una aclaración necesaria. *Boletín Antropológico*, ano 31, n.º 85, Universidad de Los Andes, Mérida, jan./jun. 2013.
- JUIZ federal barra deportação de 55 indígenas Warao venezuelanos. Agência Brasil, Política, 08 jan. 2021. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2021/01/08/juiz-federal-barra-deportacao-de-55-indigenas-warao-venezuelanos.html>.
- LANGDON, Esther Jean; DIEHL, Participação e Autonomia nos Espaços Interculturais de Saúde Indígena: reflexões a partir do sul do Brasil. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 2, 2007.
- LOS INDIOS WARAO, los más vulnerables en el éxodo de venezolanos a Brasil. *El Nacional*, Caracas. Disponível em: https://www.elnacional.com/sociedad/los-indios-warao-los-mas-vulnerables-exodo-venezolanos-brasil_242015/.

MARGADANT S.; Guillermo F. El nuevo indigenismo iberoamericano ejemplificado por la experiencia brasileña. In: CIFUENTES, José Emilio Rolando Ordóñez. *Pueblos indígenas y derechos étnicos: VII Jornadas Lascasianas*. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, México, D. F., 1999.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, n. 4, ano 3, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Parecer Técnico/SEAP/6ª CCR/PFDC N. 208/2017, p. 23. Disponível em: <http://csbbrasil.org.br/downloads/parecer-tecnico-n208-2017.pdf>.

MOREIRA, Elaine; CAMARGO, Júlia. Pesquisa qualitativa. In: SIMÕES, Gustavo (org.). *Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil*. Curitiba: CRV, 2017.

MOURA, Márzio Ricardo Gonçalves de. Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 45, abr./jun. 2009.

NAVARRO, Carmen; HERNÁNDEZ, Clodovaldo. *Pueblos indígenas de Venezuela: Warao*. Caracas: Santillana, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20169.pdf>

RAMOS, Luciana; BOTELHO, Emília; TARRAGÓ, Eduardo. Sobre a situação dos indígenas da etnia Warao, da região do delta do Orinoco, nas cidades de Boa Vista e Pacaraima. Parecer Técnico n. 208/2017/Seap/6aCCR/PFDC. Brasília: Procuradoria-Geral da República, 2017.

RIVERA-SALGADO, Gaspar. Equal in dignity and rights: The struggle of indigenous peoples of the Americas in an age of migration. Prince Claus Inaugural Address, Utrecht University, 2005.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; MORRIS, Meghan (dir.). *La consulta previa a los pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Colombia: Universidad de los Andes, 2010.

ROJO, Antonio E. Vaquero. *Los warao y la cultura del moriche: identificación etnohistórica y elementos culturales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

SALGADO, Juan Manuel; GOMIZ, María Micaela. *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas: Su aplicación en el derecho interno argentino*. 2ª ed. Neuquén, Argentina: Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas – ODHPI, 2010.

SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sur, Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, v. 9, n. 17, dez. 2012.

SILVA, Homero B. M. Impactos do Artigo 8º, III, da Constituição Federal de 1988, sobre a Substituição Processual na Justiça do Trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, v. 20, 2008.

SILVA, Sidney; TORELLY, Marcelo (orgs.). Diagnóstico e avaliação da migração indígena da Venezuela para Manaus organizadores. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2018.

VENEZUELA. XIV Censo de Población y Vivienda 2011. Instituto Nacional de Estadística de Venezuela – INE, 2011. Disponível em: <http://www.ine.gov.ve/documentos/SEN/menuSEN/pdf/subcomitedemografica/Indigena/BoletinPoblacionIndigena.pdf>.

XAVIER, Fernando César Costa. A encruzilhada dos Warao. *Empório do Direito*, 2017a. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/direitos-constitucionais-para-indios-imigrantes-a-encruzilhada-dos-warao>.

XAVIER, Fernando César Costa. Crise Migratória na fronteira Brasil-Venezuela. *Mundorama – Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais*. 2017b. Disponível em: <https://www.mundorama.net/?p=23804>.

YAMADA, Erika; TORELLY, Marcelo (orgs.). Aspectos jurídicos da atenção aos indígenas migrantes da Venezuela para o Brasil. Brasília: Organização Internacional para as Migrações (OIM), Agência das Nações Unidas para as Migrações, 2018.