

38.1

ISSN 2447-8709
VOLUME 38.1 NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2022

REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO
DO SUL DE MINAS

FUNDADA EM 1984



**EXPEDIENTE DA FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – V. 38, N. 1**

ISSN (impresso) 1516-4551
ISSN (eletrônico) n. 2447-8709

Editora-chefe: Prof. Pós-Dra. Ana Elisa Spaoloni Queiroz Assis.

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

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Fernanda Ribeiro Papandréa, Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza, Jéssica Yume Nagasaki, e Larissa Faria de Souza.

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 - Chile;
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. Rodrigo Andrés Perez Lisicic - Universidad 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;
Dr. Luiz Inácio Lucena Adams - Advogado Geral da União;
Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;
Prof. Dr. Jessé José Freire de Souza - UFJF;
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. 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:

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira;
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci;
Ana Keuly Luz Bezerra;
Arthur Ramos do Nascimento;
Aurélio Agostinho da Boaviagem;
Aurélio Joaquim da Silva;
Carlos Otávio Ferreira de Almeida;
Clarindo Epaminondas de Sá Neto;
Cleide Calgato;
Daniel Francisco Nagao Menezes;
Debora Gozzo;
Diogo de Almeida Viana dos Santos;
Edson Ricardo Saleme;
Eduardo de Carvalho Rego;
Eduardo Lima de Matos;
Etiene Bosco Breviglieri;
Fábio Periandro de Almeida Hirsch;
Felipe Kern Moreira;
Fernanda Nunes Barbosa;
Fernando Gonzaga Jayme;

Gabriela Reston Pinto Morais;
Germano André Doederlein Schwartz;
Guilherme César Pinheiro;
Harrison Ferreira Leite;
Hugo Schayer Sabino;
José Cláudio Pavão Santana;
José Luis Camara;
Lawrence Estivalet Mello;
Leonardo Gomes Penteado Rosa;
Lúcio Flávio Joichi Sunakozawa;
Luísa Giuliani Bernsts;
Marília Rulli Stefanini;
Marlene de Paula Pereira;
Maurício da Cunha Savino Filó;
Maurin Almeida Falcão;
Nikolay Henrique Bispo;
Rafael Lazzarotto Simioni;
Raimundo Marcio Ribeiro Lima;
Thami Covatti Piaia;
Thiago Penido Martins; e
Yuri Nathan Costa.

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; Blook Beta; Diadorim; Latindex; Portal de Periódicos CAPES; Sumários.org; Periódicos de Minas; LivRe.

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>, ou através do e-mail: revista@fdsu.edu.br, ou, ainda, através do endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000.

Normas para a submissão: 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. 38, n. 1 (jan./jun. 2022)

Semestral 2022

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

CONHECIMENTO E LIBERDADE: A PRODUÇÃO CIENTÍFICA COM VISTAS A UM ESPAÇO DEMOCRÁTICO

Disseminar o conhecimento científico se faz cada vez mais necessário. Uma sociedade ávida por compreender e entender aciona – com base nas noções que se tem naquele momento, acerca de determinado fenômeno, fato, produto – a conveniência ou não de adotar determinada conduta a partir de investigação, ensino e comunicação científica. Se o conceito atual de cidadania implica participação e capacitação, portanto é responsabilidade de toda sociedade, dos comunicadores, docentes, investigadores, assegurar que a informação e o conhecimento cheguem a maior quantidade possível de pessoas¹.

Como um de seus objetivos, a Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas dissemina conhecimento e nesta Edição, leva aos leitores reflexões importantes que orbitam sua linha editorial de Constitucionalismo e Democracia e a análise da tensão entre tais elementos, descaracterizando aparentes oposições.

Divulgar conhecimento científico é (re) afirmar a Democracia e em um período crítico como o que vivenciamos durante a Pandemia do Coronavírus nossa revista se propôs a manter a disseminação de conhecimento. Para além das dificuldades enfrentadas, mantivemos a credibilidade junto a pesquisadores, verdadeiros parceiros que contribuíram a manutenção do escopo da Revista.

Se como para Freire educação se faz prática da liberdade², a produção científica pode se traduzir em caminhos à libertação. Conhecimento é liberdade. Tal afirmação, ascende o axioma e se converte verdade a ser alcançada; conhecer amplia a interpretação da realidade, como no Mito da Caverna de Platão, aquele que se liberta passa a ter novas interpretações dos objetos que em sombras lhe pareciam verdades reais. Conhecer possibilitou aquele sujeito uma nova interpretação da realidade³.

Em um período de incertezas, medo e tristeza, a pesquisa se manteve assente, a ciência se mostrou fundamental e o conhecimento se fez dispositivo poderoso à criação de um espaço democrático. A sociedade do conhecimento aumenta possibilidades e uma sociedade democrática não é feita unicamente de decisões legítimas, mas de saber, pois os problemas do conhecimento são questões de natureza política, assim como problemas

¹ LAUFER, Miguel. A difusão do conhecimento. *Asociación Interciencia*. Caracas, v. 33, n. 11, nov. 2008. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0378-18442008001100004. Acesso em 29 mar. 2022.

² FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

³ PLATÃO. *O mito da caverna*. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2019.

políticos também são problemas cognitivos⁴.

No cenário de uma sociedade que sofreu com um momento pandêmico e vislumbra um futuro de melhoras, pesquisadores são esperança. Seja na grande área das ciências sociais, como em qualquer outra, as produções acadêmicas são caminho à liberdade, por esse motivo não deixamos de apostar em periódicos científicos que, como o nosso, disseminam o acesso ao conhecimento produzido nas universidades.

Neste contexto, apresentamos a Edição 38(1) da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, que conta com 20 artigos escritos por pesquisadores nacionais e internacionais, de áreas e temáticas diversas, cujos textos estabelecem intersecções críticas com a democracia e com o constitucionalismo.

Em **A mediação em Warat e o direito fraterno na situação sanitária do COVID-19**, os autores partem da premissa de que o direito fraterno possui como alicerce o entendimento que uns precisam dos outros. Desta forma, eles buscam trazer contribuições visando fomentar novas perspectivas em prol do coletivo, a partir de um estudo bibliográfico waratiano.

O artigo **Federalismo e efetivação dos direito individuais: a garantia do direito à saúde** tem o objetivo de trazer reflexões sobre a importância do modelo federativo, e a autonomia dos entes federados, para a concretização dos direitos fundamentais à saúde.

E qual o impacto da pandemia na vida e no cotidiano dos idosos que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI)? O distanciamento social necessário durante a pandemia da COVID-19 impactou o cumprimento do dever de cuidado dos filhos maiores para com seus pais idosos? Esses são os questionamentos que os autores de **O abandono afetivo inverso durante a pandemia e o dever de cuidado** tentam responder.

Já em **Responsabilidade civil parental: compreendendo o dano imaterial ocasionado pela falta de convivência familiar**, os autores examinam as relações parentais no que se refere à convivência familiar, nos casos envolvendo a alienação parental e o abandono afetivo do infantojuvenil.

Agravamento intencional do risco e função social dos seguros de responsabilidade civil, analisa, de forma crítica, o artigo 768 do Código Civil e o modo como foi invocada a função social do contrato para afastar a eficácia da cláusula de agravamento de risco perante terceiros nos contratos de seguro de responsabilidade civil nos votos do Recurso Especial nº. 1.738.247/SC.

A partir da teoria das normas de Robert Alexy para fins de solução de hard cases, os autores em **A teoria da norma e o Supremo Tribunal Federal: estudo de casos**, buscam abordar a racionalidade de solução de *hard cases*, bem como a forma como o

⁴ SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery. A democracia do conhecimento; a busca por uma sociedade inteligente para legitimar a atuação democrática das agências reguladoras. *Prisma jur.* [S.l.], v. 13, n. 1, p. 107-139, jan./jun. 2014.

Supremo Tribunal Federal a empregou em alguns casos famosos como, por exemplo, o da Gloria Trevi (Rcl. 2040/DF).

O enquadramento coletivo do habeas corpus: caracterização, fundamentos teóricos e legado jurídico investiga a fundamentação teórica do HC como instrumento processual dentro do novo Direito Processual Penal Coletivo, visando à tutela efetiva do direito fundamental de locomoção, e quais os efeitos imediatos da construção jurisprudencial.

Como é possível descrever a Constituição como fenômeno sociológico mundial? **O papel da Constituição nas teorias constitucionais de matriz sistêmica** aborda o papel da Constituição nas teorias da interconstitucionalidade, do constitucionalismo social e do constitucionalismo periférico. Os autores têm o objetivo de identificar as principais teorias da constituição na atualidade e, por conseguinte, descrever o papel de cada uma delas para o sistema jurídico.

Para começar a entender o iluminismo e o direito, os autores partem da indagação feita por Immanuel Kant (1724-1804), com o intuito de perceber quais os sentidos dados pelos iluministas ao direito e a repercussão sobre o pensamento jurídico, e como esse movimento contribuiu para a criação de uma ciência jurídica moderna.

Nesse sentido, os autores de **Pré-compromisso constitucional e democracia: uma análise conceitual** tentam identificar a relação entre o pré-compromisso constitucional e a democracia, a partir das obras de Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron, oferecendo um panorama sobre o debate constitucional contemporâneo a respeito da temática.

Uma análise evolutiva da CF/88 e seu arquétipo como anciã busca analisar a importância da construção histórica da Constituição Federal de 1988 para o resguardo dos direitos fundamentais conquistados. Utilizando a obra de Clarissa Estés, as autoras pretendem demonstrar como as Constituições modernas ocidentais e as Constituições brasileiras ancestrais ensinaram a atual Constituição a partir de seus erros e aprendizados.

No cenário internacional, qual a influência das manifestações do povo indígena chileno Mapuche sobre o atual processo constituinte, do ponto de vista de um constitucionalismo cidadão latino-americano? Em **Do estallido social ao constitucionalismo cidadão chileno: a experiência Mapuche**, os autores fazem uma reflexão sobre a participação do povo indígena originário mais antigo do Chile, remanescente em maior número, em protestos.

O artigo **Democracia liberal e(m) crise: a dupla face do problema na ascensão do liberalismo antidemocrático e da democracia iliberal** investiga a crise atualmente experimentada pelo sistema político da democracia liberal na estrutura política ocidental, a partir do seguinte questionamento: em que medida posturas antidemocráticas e/ou iliberais adotadas na política ocidental podem ser indicativos de uma crise na democracia liberal?

The proprietary dimension of social communication and the antitrust legal approach: contribution to pluralism in Brazilian media questiona a paradoxal dimensão proprietária dos meios de comunicação social que, embora constituída por empresas privadas, remonta a sua formação a privilégios públicos. Sendo uma contemporânea esfera pública comunicacional, os autores partem da premissa de que a estruturação da mídia brasileira não observa o que deveria ser sua base: o pluralismo.

O necessário ajuste da relação homem-natureza deu origem ao direito humano a um meio ambiente saudável, cuja implementação é hoje operacionalizada pela consecução dos objetivos do desenvolvimento sustentável dentro dos ideais econômicos. ***Le droit à l'environnement et à l'économie à la lumière de la théorie rawlsienne*** busca analisar as esferas econômicas de implementação do direito ambiental a partir da teoria da justiça liberal de John Rawls.

De acordo com a Constituição Federal, a todos é assegurado o direito fundamental e intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e de toda sociedade defendê-lo e preservá-lo. Entretanto, os autores tentam demonstrar o afrouxamento e flexibilização na política ambiental brasileira nos últimos dois anos, e o enfraquecimento dos órgãos de fiscalização, em absoluto desacordo com o princípio da vedação de retrocesso. Assim, questiona-se: **Vedação ao retrocesso socioambiental e sociedade de risco: coexistência possível?**

O artigo **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9: empresa cidadã e aspectos éticos da inovação** trata do debate referente aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ODS) e da relevante participação das empresas e indústrias com práticas de responsabilidade social, ética e inovação.

Em **Tributação indutora enquanto mecanismo de contenção das externalidades negativas da automação laboral** os autores evidenciam um problema jurídico atualíssimo. Por conta do fenômeno da automação laboral, diversos trabalhadores se deparam com o desemprego sendo substituídos por máquinas capazes de reproduzir as mesmas atividades que outrora estes realizavam com maior precisão e produtividade, e, mesmo havendo um direito fundamental que vise sua proteção, este ainda não possui uma devida regulação.

O artigo **Atos “evidentemente jurisdicionais” e controle de deveres funcionais pelo Conselho Nacional de Justiça: o caso Moro** apresenta uma análise sobre a caracterização de todo e qualquer ato do juiz como um ato jurisdicional e, portanto, não sujeito ao controle do Conselho Nacional de Justiça do Brasil, a partir de processos administrativos de análise de conduta do ex-juiz Sérgio Fernando Moro.

Por fim, apesar da expressa referência ao Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal não esclareceu quais critérios devem nortear sua aplicação. Consequentemente, alguns problemas podem surgir, e a finalidade do artigo ***The use of the Unconstitutional State of Affairs in Brazil: contributions to establish application criteria*** é apresentar a importância e dificuldades de estabelecer critérios objetivos do ECI.

Boa leitura e boas reflexões!

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

Larissa Faria de Souza
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)

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

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial	III
Agravamento intencional do risco e função social dos seguros de responsabilidade civil.....	1
<i>Intentional risk aggravation and social function in civil liability insurance contracts</i> Adriel Borges Simoni • João Pedro Gindro Braz • Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral	
Atos “evidentemente jurisdicionais” e controle de deveres funcionais pelo Conselho Nacional de Justiça: o caso Moro	17
<i>“Evidently jurisdictional” acts and control of functional duties by National Council of Justice: the Moro case</i> Cláudio Ladeira de Oliveira • Volnei Rosalen	
A mediação em Warat e o Direito fraterno na situação sanitária COVID-19	35
<i>Mediation in Warat and fraternal rights in the COVID-19 health situation</i> Francisco Ribeiro Lopes • João Martins Bertaso	
A Teoria da Norma e o Supremo Tribunal Federal: estudos de casos	51
<i>Standard Theory and the Federal Supreme Court: case study</i> Flávio Quinaud Pedron • Fábio Lopes Rodrigues	
Democracia liberal e(m) crise: a dupla face do problema na ascensão do liberalismo antidemocrático e da democracia liberal	68
<i>Liberal democracy and/in crisis: the double face of the problem in the rise of antidemocratic liberalism and illiberal democracy</i> Bruna Andrade Obaldia • Valéria Ribas do Nascimento	
Do estallido social ao constitucionalismo cidadão chileno: a experiência Mapuche	83
<i>From the stallido social to chilean citizen constitutionalism: the Mapuche experience</i> Fran Espinoza • Thyerrí José Crus Silva	
Le droit à l’environnement et à l’économie à la lumière de la théorie rawlsienne	101
<i>Direito ao meio ambiente e economia à luz da teoria rawlsiana</i> Fernanda Neves Ferreira • Lise Tupiassu • Jean-Raphaël Gros-Désormeaux	
Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9: empresa cidadã e aspectos éticos da inovação	120
<i>Sustainable Development Goal 9: socially responsible company and ethical aspects of innovation</i> Aline Graziela Bald Webers • Luciane Klein Vieira • Raquel Von Hohendorff	

O abandono afetivo inverso durante a pandemia e o dever de cuidado	140
<i>Reverse affective abandonment during the pandemic and duty of care</i>	
Dirceu Pereira Siqueira • Caroline Akemi Tatibana	
O enquadramento coletivo do habeas corpus: caracterização, fundamentos teóricos e legado jurídico	158
<i>The collective legal framework of habeas corpus: characterization, theoretical foundations and legal legacy</i>	
Carolina Trevisan de Azevedo • Camilo Zufelato • Daniele Rocha Chiuzuli	
O papel da Constituição nas teorias constitucionais de matriz sistêmica	177
<i>The role of Constitution in the constitutional theories of systemic matrix</i>	
Matheus Figueiredo Nunes de Souza • Fernando Tonet	
Para começar a entender o iluminismo e o direito: um breve olhar a partir do pensamento de Immanuel Kant (1724-1804)	196
<i>To begin to understand the enlightenment and the law: a brief look at the thinking of Immanuel Kant (1724-1804)</i>	
Silvana Beline Tavares • Sofia Alves Valle Ornelas	
Pré-compromisso constitucional e democracia: uma análise conceitual a partir das obras de Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron	214
<i>Constitutional pre-commitment and democracy: a conceptual analysis based on the works of Jon Elster, Stephen Holmes and Jeremy Waldron</i>	
Samuel Martins dos Santos • Cláudio Ladeira de Oliveira	
Responsabilidade civil parental: compreendendo o dano imaterial ocasionado pela falta de convivência familiar	233
<i>Parental civil responsibility: understanding immaterial damage from the lack of family coexistence</i>	
Carlos Alexandre Moraes • Dirceu Pereira Siqueira • Diego Fernandes Vieira	
The proprietary dimension of social communication and The antitrust legal approach: contribution to pluralism in Brazilian media?	254
<i>A dimensão proprietária da comunicação social e a abordagem jurídica antitruste: contribuição para o pluralismo na mídia brasileira?</i>	
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo • Sara Barbosa Fernandes	
The use of the Unconstitutional State of Affairs in Brazil: contributions to establish application criteria	273
<i>A utilização do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: contribuições para estabelecer critérios de aplicação</i>	
Matheus Casimiro • Isabelly Cysne Augusto Maia • Felipe Braga Albuquerque	

Tributação indutora enquanto mecanismo de contenção das externalidades negativas da automação laboral	292
<i>Inductive taxation as a mechanism to contain negative externalities of labor automation</i>	
Antônio Lucas dos Santos da Mata • Saulo Nunes de Carvalho Almeida	
Uma análise evolutiva da CF/88 e seu arquétipo como anciã	309
<i>Analysis of CF/88 historical evolution and their archetype as an elder</i>	
Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira • Ana Carolina Cavalcante Ferreira Julio	
Vedação ao retrocesso socioambiental e sociedade de risco: coexistência possível?	327
<i>Prohibition of socio-environmental retrocession and society of risk: possible coexistence?</i>	
Claudia Karina Ladeia Batista • Magda Rocha Rodrigues de Oliveira	
Federalismo e efetivação dos direitos individuais: a garantia do direito à saúde	345
<i>Federalism and effectiveness of individual rights: the guarantee of the right to health</i>	
Eliana Franco Neme • Luiz Alberto David Araújo	

AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO RISCO E FUNÇÃO SOCIAL DOS SEGUROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

INTENTIONAL RISK AGGRAVATION AND SOCIAL FUNCTION IN CIVIL LIABILITY INSURANCE CONTRACTS

*Adriel Borges Simoni**

*João Pedro Gindro Braz***

*Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral****

RESUMO

Calcado na mais estrita boa-fé, o contrato de seguro impõe a perda do direito do segurado à indenização quando verificado por parte deste o agravamento intencional do risco objeto do contrato, nos termos do art. 768 do Código Civil. Este escrito realiza uma análise crítica dos votos que prevaleceram no Recurso Especial nº. 1.738.247/SC, especialmente no modo como foi invocada a função social do contrato para afastar a eficácia da cláusula de agravamento de risco perante terceiros nos contratos de seguro de responsabilidade civil. O artigo demonstra, embasado em pesquisa bibliográfica e por meio do método dedutivo, a eficácia do art. 768 do Código Civil em relação a terceiros, isentando-se de responsabilidade o segurador de arcar com indenizações perante estes terceiros quando comprovado que o segurado tenha agravado intencionalmente o risco objeto do contrato, conferindo-se outra interpretação ao princípio da função social do contrato daquele extraído do recurso sob análise.

Palavras-chave: Função social do contrato; Seguro; Agravamento do risco; Responsabilidade civil.

ABSTRACT

Based on the strictest good faith, the insurance contract impose the loss of the insured's rights to indemnity when verified intentional risk aggravation of the risk object of the contract, in terms of art. 768 of the civil code. This work analysis the votes that prevailed on the Special Appeal nº. 1.738/247/SC, especially in how it was invoked the social function of the contract to move away the aggravation of risk clause before third parties in civil liability insurance contracts. This article demonstrate, based on a bibliographic research and through a deductive method, the efficacy of the art. 768 before third parties,

* Mestrando do programa de direito negocial da Universidade Estadual de Londrina. Especialista em direito empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9249963209871683>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6937-1297>. E-mail: adrielsimoni@hotmail.com.

** Mestrando do programa de direito negocial da Universidade Estadual de Londrina. Especialista em direito civil e processo civil. Professor no Centro Universitário Eufrásio de Toledo d Presidente Prudente/SP. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3765971664901143>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9235-7263> E-mail: joaopedrogingindro@gmail.com.

*** Doutora em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora e pesquisadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2316621807060725>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8574-0347> E-mail: anaclaudiazuin@live.com.

exempting the insurer liability of paying damages before these third parties when proven that the insured has intentionally aggravated the risk, giving another interpretation to the social function of the contract principle from the one extracted from the winning votes of the Special Appeal under analysis.

Key-words: Social function of the contract; Insurance; Risk aggravation; Civil liability.

INTRODUÇÃO

O enfrentamento dos riscos que acometeram a humanidade desde os primórdios de sua existência certamente encontraram maior resistência coletivamente do que de maneira individual. A proteção dos bens, atividades ou rendimentos por meio de contribuições individuais módicas para um fundo comum remonta ao universo da mutualidade, fundamento do contrato de seguro tal qual o conhecemos atualmente.

O incremento dos riscos como consequência das sucessivas revoluções industriais importa em uma maior matéria prima para que seguros sejam comercializados. No campo da responsabilidade civil é inegável a utilidade dessa espécie de pacto na medida em que, além de proteger o patrimônio do segurado por eventuais danos por si perpetrados em face de terceiros, também protege os interesses das vítimas ao assegurá-las o ressarcimento de quantias que muitas vezes os agentes lesivos não poderiam arcar por si próprios.

Pactos securitários de responsabilidade civil garantem o pagamento de quantias às vítimas de eventos danosos desde que a conduta danosa do segurado não seja revestida de natureza dolosa ou que este não tenha agravado intencionalmente o risco objeto do contrato com sua conduta, hipótese última que se verificada importará na perda do direito da indenização, nos termos do art. 768 do Código Civil.

A negativa da cobertura de indenização do segurador ao segurado que agravou intencionalmente o risco objeto do contrato pode ser detectada com mera subsunção do dispositivo referido, contudo, indaga-se a sua oponibilidade em face de terceiros, vítimas do evento danoso, as quais não contribuíram para o *eventus damni*. Tal indagação ganha relevo sobretudo após a releitura que o contrato se submeteu após o advento do Estado de Bem Estar Social, o qual impõe o dever horizontal de solidarismo e instrumentaliza os efeitos contratuais para além das partes contratantes por intermédio do princípio da função social.

Este artigo analisa a eficácia perante terceiros, vítimas de eventos danosos, da cláusula de agravamento intencional de risco nos contratos de seguro de responsabilidade civil, bem como, a partir da eficácia ou ineficácia da cláusula, refletir sobre qual seria a adequada função social desta espécie de negócio jurídico. Para tanto, será realizada uma pesquisa bibliográfica, análise dos votos proferidos no Recurso

Especial n.º. 1.738.247/SC¹ que enfrentou a temática objeto do estudo deste escrito, para então, por meio do método dedutivo, buscar uma solução para a problemática que contrapõe os interesses das vítimas com os interesses dos segurados que compõe a mutualidade.

Do risco ao seu agravamento intencional do contrato de seguro

Desde a pré-história² a ideia de risco acompanha a humanidade. Atividades de coleta, caça e pesca certamente representavam um risco à vida dos seres humanos, dada a iminente ameaça de animais selvagens e das intempéries. As longas travessias nas inhóspitas rotas de comércio da antiguidade e as grandes navegações do século XV capitaneadas pelo povo lusitano certamente implicavam em risco para seus empreendedores. Não obstante o risco não ser um fato social que represente uma novidade na trajetória da humanidade, o avanço da tecnologia certamente o avoluma, como faz prova a sociedade industrial no século XIX e o advento, no início do século XX, da teoria do risco no âmbito da responsabilidade civil que torna possível o ressarcimento de danos sofridos por vítimas dissociado da necessidade de cotejo da conduta culposa do ofensor.

O desenvolvimento industrial e tecnológico próprios da contemporaneidade, como a biotecnologia, a nanotecnologia e o avanço nos sistemas de comunicações, geram uma série de riscos e perigos cujo cálculo se revela de imensa tribulação e denunciam o surgimento da chamada sociedade de risco³, cenário que implica no discernimento e reflexão a respeito dos avanços da ciência, eis que “o processo de modernização torna-se reflexivo, convertendo-se a si mesmo em tema e problema⁴”.

¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º. 1.738.247/SC, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85418542&num_registro=201801006071&data=20181210&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 5 jul. 2021.

² O termo pré-história, apesar de uso corriqueiro pelos historiadores, é objeto de críticas sagazes de Gilbert Keith Chesterton: “A história do homem pré-histórico é uma contradição em termos muito óbvia. Esse é o tipo de disparate que só aos racionalistas é permitido ceder. Se um pastor tivesse, displicente, comentado que o Dilúvio é pré-diluviano, é possível que ele tivesse lançando mão de alguma pilhéria em seu raciocínio. Se um bispo dissesse que Adão foi pré-adamita poderíamos achar isso meio esquisito. Mas não se espera que percebamos essas ninharias verbais quando historiadores céticos falam da parte da história que é a pré-história, A verdade é que eles estão usando o termo histórico e pré-histórico sem ter nenhum critério ou definição em mente. O que eles querem dizer é que existem pistas de vidas humanas antes do começo das histórias humanas; e nesse sentido pelo menos sabemos que a humanidade é mais antiga que a história”. CHESTERTON, Gilbert Keith. *O Homem Eterno*. Tradução de Ronald Robson, 1. ed. Campinas: Editora Ecclesiae, 2013, p. 48-49.

³ O termo “sociedade de risco” foi cunhado em 1986 pelo filósofo da Escola de Frankfurt, Ulrich Beck, que diferencia os riscos vividos pela humanidade até então dos riscos da contemporaneidade: “É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para a toda humanidade com a fissão nuclear e o acúmulo de lixo nuclear. A palavra risco tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na terra”. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento, 1ª Edição. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 24.

⁴*Ibidem*, p. 24.

De modo conjunto aos riscos presentes desde os tempos mais remotos da história humana, o mutualismo, gênese do contrato de seguro, também lá se encontrava, sobretudo no seio familiar, em uma espécie embrionária de seguro de vida, consistente na divisão dos custos do funeral e à atribuição de pequena soma de dinheiro aos órfãos do morto, denominados *collegia funeraticia*⁵. Apesar desta gênese, cumpre destacar que o seguro surge como um produto cultural vinculado ao comércio, cuja atividade ansiava pela criação de um mecanismo capaz de preservar os bens de eventuais fatalidades, como no caso dos comerciantes da babilônia que se utilizavam de camelos para atravessar os imensos desertos que cercam a mesopotâmia:

Contudo, para evitar que o efeito da perda daqueles animais de carga fosse suportada apenas por um integrante do grupo, os camaleiros passaram a firmar pactos de cooperação mútua para que, na hipótese de perda do camelo todo o grupo prestasse auxílio à vítima para reconstituí-la ao status quo ante⁶.

Por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, a ideia de risco merece reflexão, diferenciando-a de conceitos próximos, como perigo e a incerteza. Perigos são conhecidos e reais. Iminentes, concretos, não se tratam de ameaças hipotéticas. A incerteza, por sua vez, afigura-se como um evento que está para além dos cálculos probabilísticos, de impossível previsibilidade⁷. O contrato de seguro não contempla situações de perigo, eis que a iminência do dano de todos os segurados garantidos pelo contrato mutualístico inviabilizaria a própria existência do pacto. Igualmente, os pactos securitários não contemplam situações de incerteza, eis que no átimo que o cálculo probabilístico atinge seu limite, a noção de risco perde sua pertinência. Ao revés do perigo e da incerteza, o contrato de seguro trabalha com a ideia de risco, um evento previsível (diferentemente da incerteza) mas hipotético (diverso do perigo).

Em paralelo à evolução dos riscos no seio da sociedade houve também o desenvolvimento do próprio contrato de seguro, presente em grande parte dos ramos da atividade humana, desde a produção agrícola à complexos serviços bancários de concessão de crédito, construção civil ou prática de atividades médicas, remanescendo, contudo, a sua essência, cujo escopo é a pulverização dos riscos e a diluição das consequências econômicas danosas no cerne de um agrupamento formado por titulares de interesses submetidos aos mesmos riscos. O risco é, portanto, elemento objetivo que compõe o contrato de seguro.

Esta modalidade contratual ganhou especial atenção do Código Civil de 2002 que estabeleceu diretrizes gerais dessa espécie de pacto (art. 757 ao art. 777) e a dividiu em duas espécies: seguro de pessoas (art. 778 ao art. 788) e seguro de danos (art. 789 ao art. 802). A exegese do art. 757 do Código Civil permite concluir que o contrato de seguro consiste em uma convenção pela qual um ente específico (segurador) se obriga, mediante

⁵ DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contrato di assicurazione*. v. 1-3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. p. 560.

⁶ SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso do Direito do Seguro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

o recebimento de um prêmio⁸ do segurado, a garantir interesse legítimo deste, concentrado em pessoa ou coisa, contra riscos provenientes de situações adversas e alheias. O cálculo do prêmio a ser pago pelo segurado leva em conta, por meio da ciência atuarial, os riscos ordinários a que o interesse segurável está sujeito, fato que justifica a necessidade de o segurado realizar declarações exatas e impõe o dever ao mesmo segurado de não omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta no momento da contratação do seguro, sob pena de perda da garantia (Art. 766, *caput*, CC).

A garantia de riscos mais elevados pela seguradora, portanto, importa no pagamento de prêmio mais elevado pelo segurado. Destarte, o agravamento intencional do risco pelo segurado representa conduta que implica na perda da garantia, conforme determina o art. 768 do Código Civil ao enunciar que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. Portanto, a contratação de um seguro não autoriza que o segurado seja pródigo no exercício dos seus direitos sobre o bem segurado, sob pena de perda do direito da cobertura dos eventuais prejuízos que o sinistro vier a gerar. Exemplo clássico de agravamento intencional do risco no contrato de seguro pode ser extraído da realização de competições ilícitas de velocidade e manobras de veículos:

Não seria lógico, nem justo, que uma ação deliberadamente contrária às normas aplicáveis e conhecidas pelo infrator fosse, no caso de um acidente, premiada com uma indenização pela companhia de seguros. Esta não comercializa suas apólices para pagar prejuízos decorrentes de ações ou omissões deliberadas, mas apenas e tão somente de atos culposos, ou seja, em que há não intenção explícita de o segurado ou seu preposto infringir norma legal ou contratual que lhe vede aquele ato que é de seu conhecimento. Todas as vezes que um fato desse acontecer e gerar um prejuízo, seja no contrato de seguro que for, o segurado, ou os beneficiários do contrato de seguro, perdem o direito à indenização prevista na apólice⁹.

Além do dever de abstenção de agravamento do risco previsto no art. 768 do Código Civil, o mesmo diploma prevê no artigo subsequente o dever de o segurado comunicar ao segurador todo o incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perda da garantia contratada se restar provado que seu silêncio resultou de má-fé (art. 769, CC). O risco segurado deve permanecer na mesma intensidade

⁸ O prêmio consiste no valor vertido pelo segurado ao segurador para que este garanta seu interesse contra os riscos predeterminados no contrato de seguro. Apesar da clareza com que o Código Civil trata do conceito, o desconhecimento, inclusive no Poder Judiciário, é fato que causa perplexidade em muitos autores: “É comum ver advogados requerendo a condenação da seguradora no pagamento do prêmio devido aos segurados, e, também é comum ver sentenças condenando a seguradora a pagar o valor do prêmio. A sensação que se tem é que em função de a palavra prêmio integrar o vocabulário específico de seguros, alguns advogados e juízes imaginam que o pagamento da indenização é um prêmio para o segurado, quando, em verdade, esta é a obrigação contratual da seguradora, que paga ao seu segurado, de acordo com o Código Civil, a indenização decorrente do sinistro coberto pela apólice. Ainda que estando escrito no Código Civil que quem paga o prêmio é o segurado, essa confusão acontece rotineiramente, demonstrando que a matéria invariavelmente não é sequer alvo de um estudo simples da lei básica que regula este contrato”. MENDONÇA, Antonio Penteadado. *Temas de seguro*. 1. ed. São Paulo: Editora Roncarati, 2008. p. 68.

⁹ *Ibidem*, p. 117.

do momento em que se deu o cálculo do prêmio, ou seja, “o segurado deve zelar pelo interesse segurado com o propósito de não impor ao segurador riscos acima dos enunciados no momento da aceitação da proposta de seguro¹⁰”.

Nota-se, portanto, que o agravamento intencional do risco importa na quebra da boa-fé contratual, eis que expõe o segurado a um risco mais intenso que aquele inicialmente exposto para o segurador quando da aceitação da proposta, viola a moralidade do contrato de seguro e cria um empecilho para que o mesmo cumpra com a sua finalidade, eis que dificulta a adequada administração da mutualidade.

Função social do contrato de seguro de responsabilidade civil

O seguro de responsabilidade civil é uma espécie de seguro de danos cujo conceito legal segue previsto pelo art. 787 do Código Civil, o qual dispõe que: “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Por meio dessa espécie contratual específica, portanto, o segurador assume o risco, mediante o recebimento de um prêmio do segurado, de indenizar terceiros em face dos quais eventualmente o segurado vier a causar danos por sua conduta culposa¹¹, ou como bem elucida Caio Mário da Silva Pereira¹² quando pontua que “seguro de responsabilidade civil tem por objeto transferir para o segurador as consequências de danos causados a terceiros, pelos quais possa o segurado responder civilmente”.

Embora bastante difundido no ramo de automóveis, o seguro de responsabilidade civil tem área de abrangência bem mais ampla, como os seguros de riscos de engenharia, transportes de carga terrestre, marítima e fluvial¹³, danos ocasionados pela atividade profissional médica, odontológica ou mesmo jurídica e, atualmente, até mesmo danos gerados pelo vazamento de dados, conhecidos por seguros contra riscos cibernéticos¹⁴.

¹⁰ SILVA, Ivan de Oliveira, *Op. cit.*, p. 110.

¹¹ Importante apontamento faz Melisa Cunha Pimenta sobre as razões pelas quais os únicos atos sujeitos a garantia pelo segurador nos seguros de responsabilidade civil são aqueles culposos, jamais os dolosos: “Há de ser ressaltado que não se pode segurar os atos dolosos do segurado, pois, nessa hipótese houve a intenção deste de causar um dano a alguém, diferenciando-se da culpa, que consiste na inobservância de um preceito legal ou de um dever de cautela, isto é, na imprevisão de um resultado previsível. Na verdade, a inexistência de cobertura de atos dolosos dá-se, até mesmo, em virtude de uma limitação moral, pois não se pode admitir que o segurado pretenda se precaver das consequências pecuniárias resultantes de atos praticados com a intenção de prejudicar terceiros. Nessa situação, sim, haveria um atentado à ordem pública e aos bons costumes.” PIMENTA, Melisa Cunha. *Seguro de responsabilidade civil*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 105.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 470.

¹³ Estes de contratação compulsória pelo transportador, nos termos do art. 20, m, do DL 73/1966.

¹⁴ Segundos dados da FENSEG (Federação Nacional dos Seguros Gerais), o ano de 2021 aponta um crescimento de mais de 63% na contratação nesta modalidade de seguro em relação ao mesmo período do ano anterior. Disponível em: <https://www.revistaapolice.com.br/2021/05/com-vazamentos-de-dados-em-alta-seguro-cyber-pode-ser-um-aliado/#:~:text=Para%20minimizar%20os%20efeitos%20de,preju%C3%ADzos%20financeiros%20de%20ataques%20cibern%C3%A9ticos>. Acesso em 5 jul. 2021.

No tocante à função do seguro de responsabilidade civil surgem dois entendimentos doutrinários diversos, sendo o primeiro calcado na ideia de que sua finalidade única seria a de proteger o patrimônio do segurado, sem qualquer correlação com a vítima, e um segundo entendimento que compreende que esta modalidade contratual protegeria dois interesses de forma simultânea, o do próprio segurado e também da vítima que através desse instrumento pode ter acesso a um ressarcimento dos danos por si suportados.

Foi ganhando, com isso, maior importância o direito das vítimas a serem indenizadas, considerando-se que a sociedade contemporânea está sujeita a todo o tempo a inúmeros riscos advindos da prática da atividade humana. Nesse contexto, viu-se a necessidade de se adaptar o seguro de responsabilidade civil aos novos tempos, de uma sociedade industrial e tecnológica, sujeitas a muitos infortúnios. Essas foram as razões que, com o tempo, propiciaram o nascimento de um movimento no sentido de que o seguro de responsabilidade civil assumisse uma função dúplice: evitar que a pessoa responsável torne-se ela própria outra vítima e efetivamente garantir que o terceiro fosse indenizado. Perfilhamos do entendimento predominante na atualidade de que o seguro de responsabilidade civil tutela dois interesses simultaneamente: o do segurado e da vítima. O do segurado, ao proteger o seu patrimônio. O da vítima, ao garantir a sua efetiva reparação, nos limites contratados¹⁵.

Sabe-se que com o advento do Estado Social de Direito, o contrato, como instrumento destinado à satisfação das necessidades por bens ou serviços, passou por uma releitura sob o viés social com o fim de não se limitar à satisfação dos interesses única e exclusivamente das partes contratantes e, ao mesmo tempo, promover a justiça substancial e não só formal, em uma missão que implicaria na correção de eventuais desequilíbrios contratuais decorrentes do *pacta sunt servanda*.

Nesta perspectiva, o contrato estaria sujeito a uma revitalização por força do “solidarismo adotado pela Constituição Federal de 1988, o qual se desdobraria na visão funcionalista dos institutos jurídicos. A função social dos institutos jurídicos, portanto, seria a maneira pela qual se concretizaria o solidarismo social¹⁶”. Não obstante o advento do Código Civil em 2002, é possível intuir a previsão da função social do contrato desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que no art. 3.º, I, definiu como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O art. 421 do Código Civil ao expressamente vincular a função social aos contratos (determinando que a liberdade negocial deverá ser realizada nos seus limites), tem, justamente, o objetivo de permitir efeitos externos ao pactuado entre os contratantes, repercutindo, assim, na esfera de terceiros e traçando limites à liberdade de contratação. Por essa razão, ofender-se-ia a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo

¹⁵ PIMENTA, Melisa Cunha, *Op. cit.*, p. 108.

¹⁶ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. *Revista dos Tribunais*. [S.l.], v. 940, 2014. p. 6.

negocial. No contexto contratual, portanto, a função social tem como missão harmonizar a liberdade negocial dos indivíduos com o dever de solidariedade social imposto pela Carta Magna.

Pode-se elencar possíveis deveres e/ou limitações decorrentes da função social do contrato, como avalia Eduardo Filho Tomasevicius¹⁷, é possível elencar possíveis deveres e/ou limitações decorrentes da função social do contrato, que podem ser combinados, quais sejam: (a) respeitar finalidade do contrato, como meio de satisfação das necessidades das partes; (b) não prejudicar terceiros com os efeitos produzidos pelo contrato; (c) produzir vantagens à sociedade; (d) terceiros respeitarem o contrato como instituição, abstendo-se de interferir em seus efeitos ou de concorrer para o seu inadimplemento.

Acontece que, em virtude da ausência de padronização do conceito de função social o instituto tem sido empregado, sobretudo pela jurisprudência, como justificativa ética ou apoio principiológico para institutos jurídicos já consolidados no direito brasileiro:

Nossa jurisprudência, por sua vez, refere-se nominalmente ao princípio da função social com frequência, mas tem encontrado dificuldade em empregá-la sem o caráter um tanto demagógico que, muitas vezes, se lhe imprime na prática advocatícia, onde a função social tem sido invocada ora como argumento para a defesa dos interesses patrimoniais e individuais dos próprios contratantes ou de seus concorrentes – utilização que, note-se, contraria o caráter social da função que o legislador pretendeu expressamente atribuir ao contrato –, ora como fundamento para a absoluta desconsideração do próprio contrato, resultado que representa uma aplicação principiológica intensíssima, mas que se afasta da própria essência de um princípio setorial do Direito dos Contratos¹⁸.

Outrossim, não se pode olvidar que há risco de veiculação de ideologias pela função social do contrato, em razão do termo ser vago e cada grupo de interesse defini-lo em seu favor, além do que, pode ocorrer a aplicação do art. 421 do CC/2002 no sentido de produzir o efeito reverso do que se pretende, uma vez que a imposição de novos deveres a empresários pode tornar a função social um mal para a sociedade, porque atribuiria o “repasse dos custos na observância daqueles deveres aos próprios beneficiários, ou seja, aos consumidores, prejudicando novamente os mais fracos e com menor poder aquisitivo, posto que é ilusório acreditar que empresas têm recursos ilimitados¹⁹”.

Sabe-se que a evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorro à vítima, fato que fez ruir a culpa como filtro tradicional desse instituto após a primeira revolução industrial com o surgimento da teoria do risco e também, posteriormente, em outras hipóteses legais que prescindem da análise da conduta culposa do ofensor para se impor o dever ressarcitório ao ofensor.

Assim, o teor tipicamente individualista do contrato vem paulatinamente sendo mitigado pela sua função social. No que concerne especificamente a estrutura do contrato de seguro há que se observar a aplicação de diversas normas cogentes que tem o condão

¹⁷ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. *Op. cit.*, p. 5.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2020. p. 36.

¹⁹ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho, *Op. cit.*, p. 9.

de preservar o interesse das partes envolvidas e da própria sociedade, como por exemplo quando o DL 73/66²⁰ que estabelece vedação às Sociedades Seguradoras para retenção de responsabilidades cujo valor exceda o limite técnico estabelecido pela SUSEP (art. 79). O escopo da norma referida é evitar que eventuais sinistros suportados pelos segurados ou por terceiros vitimados por suas condutas deixem de ser garantidos por falta de liquidez da seguradora.

Todavia, em se tratando de contrato de seguro de responsabilidade civil, existem limites claros para o ressarcimento da vítima (terceiro na relação contratual) impostos pela própria lei, como o fato de que a indenização a ser paga pela seguradora não pode ultrapassar o limite máximo do interesse segurado ou mesmo o limite máximo da garantia fixado na apólice contratada, nos exatos termos do art. 781 do Código Civil, hipóteses legais que não podem ser superadas pela simples invocação da função social do contrato, sob risco de desvirtuar este princípio.

Entre a solidariedade social e o mutualismo: função social para quem?

Uma visão sistemática do contrato de seguro implica em reconhecer a existência da reunião de uma série de pessoas desconhecidas entre si entorno de um interesse comum que consiste na proteção dos efeitos danosos de um risco homogêneo de natureza previsível e hipotético. Por meio de contribuições mensais vertidas pelos segurados à seguradora, que é a administradora deste fundo mútuo, os primeiros se protegem economicamente contra riscos predeterminados de eventos futuros. O valor do prêmio a ser vertido para a seguradora é proporcional ao risco a ser protegido, ou seja, quanto maior o risco, maior o custo para se contratar o seguro.

Em outras palavras, quem adquire uma apólice de seguro passa a fazer parte de um grupo de pessoas desconhecidas. Essas pessoas dificilmente irão se conhecer e sua reunião em um grupo não se deu por força de uma ordem de um escritório central. Não obstante todos estes fatos, o que reuniu cada uma dessas pessoas em um grupo único é a confiança de que por meio de sua pequena contribuição individual, vertida para a companhia seguradora, estarão protegidas contra riscos predeterminados. O que reúne cada um dos segurados em um grupo é a expectativa de que eventuais perdas por si individualmente suportadas serão repostas pelo fundo mútuo no prazo de vigência do seguro: mutualismo, característica intrínseca a essa espécie de pacto.

Cumprido observar, contudo, que a concepção contemporânea a respeito do contrato nutre a ideia de que este instrumento pode ter sua eficácia estendida ou mesmo limitada para além das partes contratantes, de modo que a funcionalização social do contrato significaria a concretude do solidarismo social desejado pela Carta Magna.

Emblemático caso levado à apreciação do Poder Judiciário pode ilustrar o embate

²⁰ Popularmente conhecido como Lei do seguro.

que se está aqui a desenhar. Trata-se do Recurso Especial nº. 1.738.247/SC²¹ apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça que remonta à análise da eficácia (ou ineficácia) perante terceiros da cláusula de exclusão de cobertura securitária na hipótese de o sinistro ter sido comprovadamente causado por embriaguez do segurado. No caso em análise o segurado havia consumido bebida alcoólica e conduzia seu caminhão na mão contrária de direção quando colidiu com o veículo de um terceiro, causando-lhe danos de natureza material consistentes em danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da impossibilidade de uso do bem após a colisão que veio a sofrer.

Tendo reconhecido o agravamento intencional do risco (pelas circunstâncias narradas) deveria se impor a aplicação do art. 768 do Código Civil, o qual implicaria na perda do direito à garantia contratada. A controvérsia reside na eficácia desse artigo em relação ao terceiro (vítima), ou seja, se restaria mantida a garantia de responsabilidade civil da seguradora perante o terceiro mesmo ante ao reconhecimento do agravamento intencional do risco pelo segurado. O julgamento do recurso foi de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva²², cujo voto expressou o seguinte entendimento:

Nesse contexto, deve ser dotada de ineficácia para terceiros (garantia de responsabilidade civil) a cláusula de exclusão da cobertura securitária na hipótese de o acidente de trânsito advir da embriaguez do segurado ou de a quem este confiou a direção do veículo, visto que solução contrária puniria não quem concorreu para ocorrência do dano, mas as vítimas do sinistro, as quais não contribuíram para o agravamento do risco [...] Logo, não sendo idônea a exclusão da cobertura de responsabilidade de automóvel quando o motorista dirige em estado de embriaguez, visto que somente prejudicaria a vítima já penalizada, o que esvaziaria a finalidade e a função social dessa garantia, de proteção dos interesses prejudicados à indenização, ao lado da proteção patrimonial do segurado [...]

O voto proferido pela relatoria ratifica o entendimento de Sergio Cavaliere Filho²³, para quem a exclusão da cobertura de responsabilidade civil em casos tais implicaria em punição à vítima em detrimento do efetivo causador dos danos, assim como na analogia proposta por Humberto Theodoro Junior²⁴ de que o segurador poderia se enquadrar como uma espécie de fiador, como em qualquer espécie de contrato. O voto do relator foi acompanhado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino²⁵, que asseverou que o escopo do contrato de seguro de responsabilidade civil não poderia ficar adstrito ao interesse

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.738.247/SC. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85418542&num_registro=201801006071&data=20181210&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 5 jul. 2021.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.738.247/SC. *Op. cit.*

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 489.

²⁴ THEODORO J., Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 4. ed., Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. p. 309.

²⁵ Conforme asseverou o Ministro em seu voto: "Induvidoso, portanto, eu a função social do contrato de seguro facultativo de responsabilidade civil vai muito além do simples reembolso do segurado, apresentando-se como verdadeiro instrumento de garantia aos terceiros prejudicados, vítimas inocentes do sinistro provocado pelo segurado. Sua finalidade é voltada ao interesse coletivo, beneficiando os terceiros inocentes, não se restringindo ao interesse individual do segurado."

individual do segurado ou do segurador, mas ser estendido aos terceiros inocentes, ou seja, um interesse coletivo abstratamente considerado.

Ante a tal entendimento, pode-se notar que a função social do contrato de seguro de responsabilidade foi invocada apenas para proteção da vítima do evento danoso, terceiro na relação jurídica securitária, mas não protegeu os interesses da coletividade de segurados que compõe o fundo mutual. Ou seja, com o escopo de proteger a vítima do evento danoso, invocou-se a função social do contrato e desprotegeu-se a coletividade de segurados que compõe o fundo mutual.

Proteger o mutualismo, o conjunto de segurados que contribuiu para a formação do fundo comum e que confia que ele só será utilizado para os casos expressamente previstos nos contratos e, em particular, para os casos em que não tenha havido a agravação do risco ou prática de ato contrário aos deveres fundamentais da vida em sociedade, é obrigação que partilham segurados e seguradores, assim como todos aqueles que estão por conexão afetos a esses contratos, como prestadores de serviços. A proteção dos direitos do segurado em cada caso concreto será avaliada e definida à luz dos direitos da coletividade de segurados que formaram o fundo mutual. Sem isso, a fragilidade não será apenas do próprio fundo e da solvência das seguradoras, mas das bases morais que alicerçam os contratos de seguro²⁶.

Para além de uma dimensão tipicamente externa, Claudio Luiz Bueno de Godoy²⁷ salienta que o princípio da função social dos contratos desempenha também uma função interna nos mesmos, correspondente a manutenção do equilíbrio contratual por meio da confluência do solidarismo e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o afastamento da cláusula de agravamento intencional do risco em relação à vítima importa em um desequilíbrio para a coletividade de segurados que compõe o fundo mutual, eis que o preço dos prêmios certamente seria reajustado quando das renovações dos seguros contratados por estes.

Acolher o entendimento de que a cláusula de agravamento intencional do risco nos contratos de seguro de responsabilidade civil seria dotada de ineficácia perante terceiros, sobre o fundamento de que tal instrumento possui uma função social e que não se pode punir a vítima pela conduta do segurado, parece implicar em um perigoso precedente: se resta relativizada esta cláusula em nome dessa interpretação dada a função social dessa espécie de contrato, por quais razões dever-se-ia respeitar os limites máximos de garantia fixados na apólice quando da fixação do quantum indenizatório de responsabilidade do segurador? Na hipótese de mora do segurado, restaria relativizada também perante terceiros a responsabilidade do segurador em face dessa leitura da função social?

A pertinência dos questionamentos se justifica na medida que a mesma leitura que foi dada a função social no caso sob análise do STJ, a qual afastou a eficácia da cláusula de

²⁶ CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Glória. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade, In: CARLINI, Angélica, MIRAGEM, Bruno. *Direitos dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 82.

²⁷ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

agravamento intencional de risco para terceiros, também seria capaz de relativizar os limites máximos de garantia da apólice ou mesmo o adimplemento da obrigação principal do segurado (pagamento do prêmio): em nome do ressarcimento dos danos suportados por uma vítima estranha ao contrato de seguro seriam criados danos a toda coletividade de segurados que compõe o fundo mutual.

A aplicação irrefletida do art. 421 do Código Civil pelo Poder Judiciário e as consequências danosas às partes ao funcionamento da economia pode ser preocupante, já que os resultados podem ser o enfraquecimento da força obrigatória do contrato e a insegurança jurídica, pois o contrato se tornaria "mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível a terceiros, mais ou menos aleatório e mais ou menos suscetível de ser revisto, podendo ser mais ou menos extensa a eventual nulidade de suas cláusulas²⁸".

A precificação de uma apólice de seguro leva em conta a soma dos sinistros a serem indenizados, as despesas administrativas, comerciais e tributárias da seguradora, somado a um percentual de lucro da Companhia, dividindo-se o total encontrado de forma proporcional a cada risco entre os segurados²⁹. Há que se anotar que a imensa maioria de segurados que compõe o mútuo são consumidores, cuja vulnerabilidade é reconhecida perante o mercado de consumo (Art. 4º, I, CDC) e que certamente serão prejudicados com o pagamento de indenizações cuja cobertura não se encontra prevista nas apólices adquiridas, eis que "ao terminar o exercício e constatar o aumento da sinistralidade da carteira, a companhia de seguros simplesmente reajusta o preço médio do seguro, repassando o aumento para os integrantes do mútuo³⁰".

Idêntica preocupação foi demonstrada pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto vencido, que para além de ter frisado que o afastamento dos efeitos da cláusula de agravamento intencional do risco perante o terceiro geraria um desequilíbrio econômico prejudicial à administração do mutualismo, reforçou o aspecto deletério da possibilidade de assunção de riscos dessa natureza pela via do pacto securitário:

Os contratos de seguro têm impactos amplos na sociedade, uma vez que influenciam o comportamento das pessoas. Por isso mesmo, o objeto de um seguro não pode ser incompatível com a lei. Não é possível que uma seguradora avalize uma prática socialmente nociva, pois este fato pode servir de estímulo para a assunção de riscos imoderados, como a direção sob o efeito de álcool ou entorpecentes. E, nesta esteira de entendimento, inviável também que seja condenada a arcar com os prejuízos daí decorrentes. [...] Há de se concluir, portanto, que uma cláusula que excluir a cobertura securitária nessa hipótese está conforme a lei e, dessa forma, deve influenciar positivamente a abstenção e comportamentos nocivos por parte do segurado (art. 762 c/c 768 do CC). Não há que se falar em abusividade da cláusula de exclusão de cobertura, visto que não se exige do segurado nada que não possa ser exigido da coletividade. Pedindo todas as vênias ao Ministro Relator, essa é a minha visão da função social dos contratos de seguro.

²⁸ TOMASEVICIUS, Eduardo Filho, *Op. cit.*, p. 9.

²⁹ Levando-se em conta o que dispõe a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) em seu sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgpro/coseb/duvidas-dos-segurados-sobre-seguro-de-automoveis/como-e-calculado-o-premio-de-seguro>. Acesso em 7 jul. 2021.

³⁰ MENDONÇA, Antonio Penteado, *Op. cit.*, p. 73.

Afastar a cláusula de agravamento intencional do risco perante terceiros importaria, portanto, em estímulo para condutas imprudentes a uma coletividade de segurados, que mesmo infringindo o pacto securitário através de uma conduta socialmente nociva permaneceriam com seu patrimônio inatacável, ao menos em um primeiro momento³¹, perante a vítima do evento danoso. Nesse aspecto, uma majoração de condutas imprudentes pelos segurados significaria um crescimento de sinistros e, por consequência, de vítimas. Ou seja, com o fomento da conduta inadequada dos segurados, não há como concluir que o afastamento da cláusula de agravamento intencional do risco perante terceiros encontraria fundamento na função social do contrato, eis que em última análise o número de vítimas estaria majorado justamente pela má conduta avalizada.

Tem-se que o escopo da responsabilidade civil consiste no restabelecimento do equilíbrio das relações interprivadas envolvidas em um evento danoso por meio do socorro às vítimas, bem como que o próprio contrato de seguro de responsabilidade civil possua dupla função, a primeira em relação ao patrimônio do segurado e a segunda em relação à vítima, como instrumento de ressarcimento dos danos suportados, desde que respeitados os limites máximos contratados.

O incremento de seguros facultativos representa uma tendência³² contemporânea da responsabilidade civil, todavia, compreende-se que a função social dessa espécie de contrato se perfaz na medida em que se mantém o equilíbrio econômico da coletividade de segurados que compõe o mútuo por meio do respeito das cláusulas pactuadas, o que inclui não agravar o risco previamente garantido. A manutenção do equilíbrio econômico do contrato, nessa perspectiva de respeito a condutas que não agravem o risco contratado, pode ser caracterizada como um aspecto da dimensão interna, endógena, da função social, do contrato seguro de responsabilidade civil.

De modo semelhante, ao não avalizar condutas dos segurados que possam agravar o risco contratado, potencializando eventos danosos, o contrato de seguro de responsabilidade civil impõe um dever de abstenção aos segurados que se torna benéfico para a toda a sociedade, ou seja, o contrato cumpre com a dimensão externa da sua função social.

Interpretação contrária, ou seja, a invocação da função social do contrato de seguro de responsabilidade civil para determinar o afastamento da eficácia da cláusula de agravamento intencional do risco perante terceiros, vítimas de um evento danoso, parece alcançar o sentido oposto ao princípio invocado, eis que implicaria em desequilíbrio econômico para a coletividade de segurados que compõe o fundo mutual e importaria em uma ausência de cuidados de segurados com condutas que possam agravar o risco

³¹ Diz-se em um primeiro momento pois se sabe que a seguradora, ao menos em tese, possuiria direito de regresso em face do segurado em casos tais.

³² Nesse sentido anota Anderson Schreiber: "Tal instrumento torna-se imprescindível na medida em que se verifica que os danos perderam, na sociedade contemporânea, o seu caráter acidental e fatalístico, convertendo-se em prejuízos que acompanham, necessariamente, desenvolvimento de certas atividades, socialmente úteis, como a circulação automobilística. Nesse contexto, já se reconhece que na época contemporânea, a responsabilidade civil não pode mais ser pensada fora da noção de seguro." SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 232.

segurado e, em última medida, uma majoração de sinistros aptos vitimar terceiros estranhos ao contrato.

CONCLUSÃO

Avocar o princípio da função social do contrato para afastar a eficácia, perante um terceiro, da cláusula de agravamento intencional do risco em um contrato de seguro de responsabilidade civil, importa em abrir um perigoso precedente sobre a relatividade das cláusulas (muitas delas decorrentes da própria lei, portanto cogentes) dessa espécie de pacto. Igualmente, afastar a eficácia da cláusula referida, com base no princípio da função social, viola frontalmente a natureza dessa espécie de contrato, calcada no mutualismo.

A imposição de dever indenizatório ao segurador, em casos tais, permite a reflexão sobre o real sentido da função social do contrato de seguro de responsabilidade civil, eis que dotar de ineficácia a cláusula de agravamento intencional de risco em favor de um terceiro sob o fundamento da aplicação do princípio em análise implicaria em não instrumentalizá-lo em favor da coletividade de segurados que compõe o mútuo, penalizados com a utilização do fundo comum para o pagamento de uma indenização não prevista em contrato.

De igual modo, o afastamento da cláusula de agravamento intencional do risco em relação ao terceiro, vítima da conduta imoderada do segurado, certamente ofereceria um estímulo à adoção de condutas imprudentes pelos próprios segurados, que mesmo sem demonstrar qualquer espécie de zelo com o bem segurado, teriam seu patrimônio protegido (ao menos em um primeiro momento) ante ao dever indenizatório imposto ao segurador. Tal situação violaria a função social do contrato de responsabilidade civil em uma segunda dimensão, a qual diz respeito a moralização das condutas na condução do contrato, eis que ao ignorar a abstenção de condutas que poderiam implicar na perda do direito perante o segurador, não se comprometeria apenas o fundo mutual, mas a própria segurança da sociedade.

É certo que o contrato perdeu seu caráter eminentemente individualista com o advento do Estado de Bem Estar Social na medida em que os interesses a serem satisfeitos não consistem apenas naqueles das partes contratantes, mas de toda a sociedade. Nesse aspecto, o solidarismo social almejado pela Constituição Federal se vê instrumentalizado por meio de da aplicação do princípio da função social do contrato.

Todavia, a função social dos contratos prescinde de uma delimitação prática em cada negócio jurídico entabulado e a sua utilização apenas como reforço argumentativo para a interpretação que se entende mais adequada pode revelar uma perversão do instituto, como na hipótese sob análise em que a interpretação dada ao princípio da função social do contrato de seguro de responsabilidade civil violou o dever de mutualidade e criou, ainda que em abstrato, um estímulo à condutas moralmente reprováveis, as quais, em última análise, certamente são indesejadas pela sociedade.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. *Superintendência de Seguros Privados*. Como é calculado o prêmio do seguro. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgpro/coseb/duvidas-dos-segurados-sobre-seguro-de-automoveis/como-e-calculado-o-premio-de-seguro>. Acesso em 7 jul. 2021.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº. 1.738.247/SC. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85418542&num_registro=201801006071&data=20181210&tipo=51&form_ato=PDF. Acesso em 5 jul. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CARLINI, Angélica; FARIA, Maria da Glória. Fundamentos jurídicos e técnicos dos contratos de seguro: o dever de proteção da mutualidade. In: CARLINI, Angélica, MIRAGEM, Bruno. *Direitos dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CHESTERTON, Gilbert Keith. *O Homem Eterno*. Tradução de Ronald Robson. 1. ed. Campinas: Editora Ecclesiae, 2013.
- DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione*. v. 1-3. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MENDONÇA, Antonio Penteado. *Temas de seguro*. 1. ed. São Paulo: Editora Roncarati, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PIMENTA, Melisa Cunha. *Seguro de responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso do Direito do Seguro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

THEODORO J., Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014.

THEODORO J, Humberto. O seguro de responsabilidade civil: disciplina material e processual. *In: Revista de direito privado*. São Paulo, v. 12, n. 46, abr./jun. 2011.

TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Uma década de aplicação da função social do contrato. Análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. *Revista dos Tribunais*. [S.l.], v. 940, 2014.

Data de Recebimento: 16/09/2021.

Data de Aprovação: 14/12/2021.

ATOS “EVIDENTEMENTE JURISDICIONAIS” E CONTROLE DE DEVERES FUNCIONAIS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: O CASO MORO

“EVIDENTLY JURISDICTIONAL” ACTS AND CONTROL OF FUNCTIONAL DUTY BY THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: THE MORO CASE

Cláudio Ladeira de Oliveira
Volnei Rosalen*

RESUMO

O artigo apresenta uma análise sobre a caracterização de todo e qualquer ato do juiz como um ato jurisdicional e, portanto, não sujeito ao controle do Conselho Nacional de Justiça do Brasil. O estudo leva em conta decisões proferidas pelo Conselho em processos administrativos abertos para investigar a conduta e decisões do ex-juiz Sérgio Fernando Moro, e demonstra a existência no CNJ e STF, de uma visão completamente formalista que sustenta a ideia de que todo ato do juiz é um ato jurisdicional e, como tal, não sujeito a qualquer tipo de controle.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça; Atos jurisdicionais; Controle; Juiz Moro.

ABSTRACT

The article presents an analysis about the description of any and all act of judge as a jurisdictional act and, therefore, not subject to the control of Nacional Council of Justice from Brazil. The study take into account decisions rendered for Council in administrative procedures open to investigate the conduct and decisions of the former judge Sérgio Fernando Moro, e argue the existence in CNJ and STF, of a vision completely formalist that hold the idea that any act of judge is a jurisdictional act and, as such, not subject to any kind of control.

Key-words: National Council of Justice; Jurisdictional acts; Control; Judge Moro.

INTRODUÇÃO

O artigo 103-B § 4º da Constituição prevê a competência do CNJ para “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”. Tanto o Conselho como o STF, em seus julgamentos, fixaram uma interpretação bastante restritiva para o alcance da competência do CNJ de modo que

* Doutor em Direito. Professor Associado da UFSC. Leciona Teoria Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Coordenador do GConst -Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político/UFSC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5940471044848639>. E-mail: claudioladeiradeoliveira@gmail.com.

** Mestre em Direito Político e Econômico (MACKENZIE/SP). Doutorando em Direito (UFSC). Professor de Direito Constitucional na Faculdade Anhanguera de São José (SC). Membro do Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político/UFSC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9436190278083455>. E-mail: volneirosalen77@gmail.com.

tornaram extremamente limitada a margem de ação daquele órgão institucional em relação às condutas dos juízes.

Na primeira parte do artigo vamos analisar os fundamentos dessa interpretação restritiva, a partir de dois vetores: a) julgados do STF em que essa interpretação foi fixada, delimitando a atuação do CNJ, especialmente a partir das ADIs 3.367 e 4.638, e da ADC 12; b) decisões do CNJ em pedidos de providência e reclamações disciplinares em face do então juiz federal Sérgio Fernando Moro em que aparece de modo recorrente uma genérica recusa de competência pelo CNJ para a análise dos atos do juiz, sob o argumento de que se trataria de atos jurisdicionais, e que não caberia ao CNJ realizar controle de atividade jurisdicional.

A partir daí o artigo se desdobra sobre duas perguntas, que são os problemas-referência estabelecidos para o texto: 1º.) Todo e qualquer ato do juiz deve ser considerado um ato jurisdicional para efeitos de estabelecimento da competência constitucional do CNJ? 2º. O controle dos deveres funcionais estaria limitado pela natureza jurisdicional do ato praticado quando da verificação dos desvios de conduta do juiz?

A seção 1 do artigo apresenta de modo descritivo decisões do Conselho e do STF que apontam na direção da interpretação restritiva mencionada. As seções 2 e 3 são as respostas que apresentamos às questões acima enunciadas.

Atos “evidentemente” jurisdicionais na jurisprudência do CNJ e do STF

Das decisões do Conselho envolvendo o então juiz Sérgio Fernando Moro, foram separadas aquelas que exemplificam de forma mais direta a temática e problema aqui propostos. Da busca na página eletrônica do CNJ retornam 31 processos com o nome do juiz, todos arquivados. Desses, uma grande parte não chegou a ter julgamento de mérito, ou foi determinado apensamento a outro processo, de modo que os processos aqui analisados são aqueles em que houve decisão de mérito e em que foi posta a questão da competência do CNJ definida pelo artigo 103-B § 4º.

A primeira representação registrada no site do CNJ com o nome do juiz Sérgio F. Moro foi o PP 0002515-47.2014.2.00.2.00.0000 e foi determinada no HC- 95.518/STF pelo relator Ministro Gilmar Mendes. O paciente do HC era Rubens Catenacci, doleiro envolvido no que ficou conhecido como “Caso Banestado”. Dos cinco pontos que fundamentaram a representação dois foram desconsiderados. Três acusações subsistiram:

(1) impropriedades que teriam sido verificadas na condução da ação cautelar de sequestro de bens; (3) nova segregação do paciente, em julho de 2007 - indevidos, na ótica dos impetrantes, uma vez que decretadas pelos mesmos fundamentos das prisões anteriores; (4) simulação de distribuição por dependência com a finalidade de avocar competências.

Com relação à acusação de *simulação de distribuição por dependência para avocar competências* a ministra corregedora anotou que a Corregedoria Regional (do TRF-4) considerou que o juiz “não ultrapassou os limites normais da prestação jurisdicional”. Em relação aos outros dois fatos, anotou que a Corregedoria Regional informou que os fatos representavam questões “evidentemente jurisdicionais” (aspas no original). Na decisão da Corregedora os três fatos foram considerados “matérias eminentemente jurisdicionais”, razão pela qual concluiu pela “falta competência” ao CNJ “para o pedido em questão [...]... segundo o que está disposto no § 4º do art. 103-B da CF”. Consideramos oportuno lembrar que a palavra *eminente* é um advérbio cujo significado é: “em grau elevado; predominantemente”; e a palavra *evidentemente*, também advérbio, tem como significado: “1 obviamente; visivelmente [...] 2 de modo claro; comprovadamente”¹. Além do uso de tais advérbios, não há nenhuma outra explicação do porquê tais atitudes foram consideradas atos jurisdicionais, ou por quê, ainda que atos jurisdicionais, não poderiam ser apurados eventuais descumprimentos de deveres funcionais do juiz. Sobre a simulação de distribuição, por exemplo, a questão, não estaria em saber se era ou não um ato judicial, mas sim de apurar se houve ou não a simulação, o que poderia indicar desvio funcional, ou até mesmo o crime previsto no artigo 319 do Código Penal.

A Reclamação Disciplinar 0002564-88.2014.2.00.0000 foi encabeçada por Raul Domingos Vicente, e diz respeito a decisões no processo judicial 5015446-72.2011.404.7000 em que era juiz Sérgio F. Moro. O petionante alegou sequelas de saúde e que apesar da cardiopatia grave teve vários pedidos de liberdade provisória negados pelo juiz. Neste caso a Ministra Corregedora se limitou a repetir os fundamentos da decisão da Corregedoria do TRF-4, e considerou que a questão foi adequadamente apreciada por aquele órgão. Na decisão da Corregedoria Regional, que consta do voto da ministra corregedora, o fundamento foi: “a matéria tem cunho eminentemente jurisdicional, não disciplinar”. A questão crucial, no entanto, a nosso ver, era apurar se houve descumprimento de dever funcional ou prática de atos que estejam na competência do CNJ (ou mesmo da corregedoria regional). O fato de tratar-se de atuação jurisdicional, por si, ilidiria a apreciação da existência de atos/fatos irregulares por parte do Conselho e/ou Corregedoria?

No Pedido de Providências 000546762.2015.2.00.0000, encabeçado por Gilmar Pires Júnior, o requerente alegou “parcialidade do juiz nas decisões de quebra do sigilo telefônico e do sigilo bancário requeridos pela polícia federal na ‘Operação Lava Jato’”. A decisão foi pelo arquivamento sumário, sob o argumento de que o objeto teria “natureza jurisdicional”, e de que a competência do CNJ “é restrita ao âmbito administrativo”. Por ora basta recordar que a imparcialidade do juiz é tratada explicitamente no Código de Ética da Magistratura em seu artigo 8º e, portanto, matéria de atuação do CNJ.

O Pedido de Providências 0007888-54.2017.2.00.0000 foi encabeçado por Eduardo Cosentino da Cunha (ex. presidente da Câmara dos Deputados). Ele alegou que o juiz teria “interferido em assunto que não estaria mais sob sua alçada: a possibilidade ou

¹ BORBA, Francisco (Org.). *Dicionário Unesp do Português Contemporâneo*. São Paulo: Unesp, 2004.

não de transferência para outro complexo prisional”. O requerente solicitou transferência para uma unidade prisional no Distrito Federal, onde respondia a outro processo. Não havia objeção do juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (Ação Penal n. 60203-83.2016.4.01.3400), para a referida transferência. Alegou também que a competência do juiz Sérgio F. Moro teria se esgotado com a prolação de sentença condenatória, e que por isso ele não poderia impedir a transferência. Ao arquivar o pedido, o ministro corregedor afirmou que o objeto do pedido era discutir “conteúdo flagrantemente jurisdicional”. Não houve análise do aspecto apontado pelo requerente, qual seja, de que o juiz exercera interferência indevida em processo, visto que sua competência estaria esgotada.

Um dos casos publicamente mais conhecidos é o que consta no PP 0005020.69.2018.2.00.0000, instaurado pela Corregedoria Nacional de Justiça para analisar as condutas de quatro juízes: Rogério Favreto, João Pedro Gebran Neto, Carlos Eduardo Thompson Flores (desembargadores federais do TRF-4) e Sérgio Fernando Moro. De acordo com o relatório o pedido de providências foi instaurado para apurar eventuais infrações disciplinares “no episódio relacionado à liminar no Habeas Corpus n. 5025614-40.2018.4.04.0000/PR, na qual foi determinada a soltura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva”. O resumo dos fatos pode ser apresentado assim: 1º. Os advogados de Luiz Inácio Lula da Silva impetraram *habeas corpus*; 2º. O desembargador de plantão (Rogério Favreto) deferiu a liminar, determinando a soltura do paciente; 3º. O juiz Sérgio Fernando Moro encontrava-se de férias; 4º. Tomando conhecimento da decisão, e não concordando com seus termos, liga ao presidente do TRF-4 (Thompson Flores) que o orienta a dirigir consulta a outro desembargador do Tribunal - Gebran Neto; 5º. O juiz Sérgio F. Moro profere “despacho-consulta” ao juiz Gebran Neto; 6º. O desembargador Gebran Neto avoca os autos e profere decisão cassando a liminar; 7º. O desembargador plantonista (Rogério Favreto) reitera sua decisão, determinando o cumprimento; 8º. O presidente do TRF-4, decide então o “conflito” entre as decisões dos dois desembargadores, cassando a decisão de soltura expedida no HC.

Este caso foi decidido monocraticamente pelo Corregedor Nacional. A decisão foi de não instaurar processo disciplinar, nem mesmo sindicância ou reclamação. A decisão foi individualizada, analisando a conduta de cada um dos magistrados. A conclusão geral foi a mesma para todos: “inexistência de indícios de desvios de conduta”. Essa é a expressão utilizada no dispositivo da decisão. Mas ao longo do relatório se vê que essa disposição decorre do entendimento de que os atos praticados pelos juízes eram atos “judiciais” ou “jurisdicionais”, não cabendo apreciação do Conselho. Vejamos.

Em relação a Rogério Favreto, decidiu o Corregedor que “Não integra o rol de competências do Conselho Nacional de Justiça [...] exercer atividade revisional das decisões de **cuñho jurisdicional** dos magistrados”. (grifo nosso). Apesar dessa afirmação, toda a fundamentação é voltada à análise da decisão em si – citada integralmente no acórdão do Corregedor – e à análise da legitimidade da atuação durante o plantão judicial. A tal ponto que a conclusão foi de que “o magistrado investigado fundamentou, segundo o seu livre convencimento motivado, a questão alusiva à sua competência, por entender,

na sua perspectiva jurídica de que se tratava de ato coator emanado do JUÍZO FEDERAL DA 13ª VF DE CURITIBA [...]”. (grifo nosso)

Na sequência são verificadas as condutas do juiz Sérgio Fernando Moro. A questão central para o corregedor era, segundo seu relatório, apreciar se ao agir para impedir o cumprimento da determinação emanada do plantão de segunda instância, “o então magistrado Sérgio Moro encontrava-se no exercício da jurisdição”, visto que havia a notícia de que o mesmo se encontrava “em gozo de férias”. A decisão se apoia em jurisprudência *jurisdicional* para sustentar que o juiz Sérgio Moro poderia ter atuado durante as férias. A questão é no mínimo controvertida. A jurisprudência citada se refere a uma decisão de juiz que se encontrava vinculado ao feito. Não era este o caso de Sérgio F. Moro no HC em questão, visto que ele não era juiz do feito e sim indicado como autoridade coatora no *writ*.

Na decisão o Corregedor afirma não haver evidências de “um atuar motivado por razões escusas por parte do magistrado”. E adentra à análise da decisão ao considerar que a “motivação” do juiz “embora sujeita a eventual crítica e a controvérsias acerca da juridicidade, encontra-se amparada no intuito de bem prestar a jurisdição”. Considera, sobre o juiz Moro, que, “embora estivesse ele em gozo de férias”, este teria atuado por “ter sido apontado como autoridade judiciária coatora no Habeas Corpus” e porque a decisão do desembargador plantonista reconheceu essa sua então condição, “com a qual não concordou, no âmbito jurídico”. A ênfase está, como se vê, em reconhecer/caracterizar os atos do juiz como atos de jurisdição.

Em relação a João Pedro Gebran Neto, o ministro corregedor interpretou que sua atuação foi “norteadada pela boa-fé”. Considerou não haver competência do CNJ pois sua atuação do juiz se fundara em “razoáveis fundamentos jurídicos” e que estariam inseridos no “âmbito da atuação jurisdicional, a qual não se sujeita ao crivo do CNJ”. Quanto ao desembargador Carlos Thompson Flores, o Corregedor repete o mesmo argumento, ao dizer que a decisão pode “questionável”, mas que estava amparada em “entendimento jurídico expressado no âmbito jurisdicional”.

As decisões da Corregedoria Nacional se estabeleceram, ao nosso ver, sobre duas premissas: a) hora afirmando a validade do *entendimento jurídico* firmado pelos envolvidos, o que significou uma análise qualitativa das próprias decisões proferidas, e construindo uma muito questionável confusão entre o que é *jurídico* e o que é *jurisdicional*; b) hora afirmando o cunho *jurisdicional* dos atos praticados, o que estaria a impedir a atuação do CNJ.

A afirmação da competência *exclusivamente* administrativa do CNJ é também sustentada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. Esse caminho está sedimentado sobre uma série de opiniões doutrinárias que perfilam as mesmas ideias: a) que o CNJ não é órgão de controle externo do Judiciário, e sim órgão interno; b) que ao CNJ cabe exclusivamente o controle da atividade administrativa do judiciário².

² Cf. GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do Poder Judiciário – natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. TALAMINI, Eduardo. Conselho Nacional de Justiça, jurisdição e administração. *Revista de Direito*

Nos debates de julgamento da ADI 3367 a competência do CNJ para o controle administrativo do Judiciário foi realçada e enfatizada. Foi nessa Ação que se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional 45. Ao reconhecer a constitucionalidade da criação do Conselho o STF também estabeleceu os limites dentro dos quais essa atuação seria tida por constitucional³.

No tocante à posição do Conselho como órgão interno e com natureza administrativa, as fronteiras foram depois borradas pelo próprio STF. Na discussão da PET 4.656 o Supremo deu interpretação mais elástica ao previsto no art. 102, I, r da CF para afastar da competência da Justiça Federal para julgar ações dirigidas contra o CNJ, ao argumento de que isto representaria subverter a “relação hierárquica constitucionalmente estabelecida”. Aqui caberia perguntar: se a natureza do Conselho é administrativa e sua função é controle de atos administrativos, há hierarquia entre o Conselho e a Justiça Federal em relação ao exercício de uma competência que é jurisdicional? A confusão só aumenta se lembrarmos que naquela mesma PET 4656 o STF autorizou o CNJ a deixar de aplicar lei que considere inconstitucional, criando a figura da “inconstitucionalidade assentada administrativamente”⁴.

Quando do julgamento da ADC 12⁵ os ministros do STF voltaram a ressaltar o fato de que o CNJ é órgão integrante do Poder Judiciário: “o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF)”.

Debate semelhante foi travado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4638, movida para questionar a constitucionalidade da Resolução 135/2011 do Conselho. Aquela resolução regulamentou as competências de natureza disciplinar do CNJ previstas no art. 104-B, § 4º e seus incisos. O debate dos ministros do STF voltou a enfatizar que o CNJ é órgão do Judiciário sem funções jurisdicionais, mas apenas administrativas.

O conteúdo completo do julgamento da ADI 4638 pode ser sintetizado em ideias já presentes na decisão da ADI 3367 e na ADC 12: 1) que o CNJ é órgão interno ao Judiciário; 2) o Conselho tem natureza e função administrativas e não jurisdicionais; 3) a competência do CNJ é para o controle de atos administrativos e, portanto, não jurisdicionais, dos órgãos do Poder Judiciário; 4) por fim que o Conselho tem competência

Administrativo Contemporâneo (REDAC). São Paulo, ano 2, n. 8, mai. 2014. THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Conselho Nacional de Justiça – enfoque de direito comparado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 56, set./out. 2013. p. 57-74.

³ TALAMINI, *Op. cit.*, p. 124.

⁴ ROSALEN, Volnei. Controle administrativo de constitucionalidade? A PET 4.656 e o tortuoso julgamento que permitiu ao CNJ deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais. In: LADEIRA, Claudio Ladeira de; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e. *Ensaio sobre constitucionalismo político*. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2019.

Para uma análise mais completa desta questão conferir o artigo a este respeito citado na bibliografia.

⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências”. Procedência do pedido. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator Ministro Carlos Ayres Brito, 20 de agosto de 2008.

para o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Propomos algumas reflexões e provocações em desdobramento a essas conclusões que poderiam ser assim sintetizadas: 1) nem tudo o que os membros do Poder Judiciário realizam é jurisdição; 2) da própria existência do Conselho e sua função constitucionalmente estabelecida se deduz que há atos, e inclusive decisões tomadas por membros do Poder Judiciário que não são atos de jurisdição. 3) o Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, atua “modelando” as funções e competências do CNJ. 4) a despeito dos (longos) debates travados pelo STF quanto às funções administrativas e não jurisdicionais do Conselho e de sua função de controle não atingir atos jurisdicionais, não há qualquer indício de onde o STF coloca a fronteira entre atos jurisdicionais e atos administrativos praticados por membros do Judiciário. 5) no controle do cumprimento de deveres funcionais dos juízes o CNJ, inevitavelmente deve analisar atos jurisdicionais, posto que, é especialmente no exercício da jurisdição que o juiz pode deixar de cumprir seus deveres funcionais.

É sobre esses desdobramentos que nossa análise se debruça a partir de agora.

Tudo o que o juiz faz é jurisdição?

A questão colocada para análise neste ponto será enfocada a partir de uma ideia Carl Schmitt, presente em seu conhecido texto *O guardião da Constituição*. Embora a preocupação central de Schmitt esteja ligada a combater a possibilidade de ser o Judiciário o responsável por guardar a Constituição, as ideias por ele expostas são mais abrangentes, e suscitam a questão dos limites do judiciário no exercício do poder político.

A primeira grande distinção estabelecida por Schmitt está em considerar que “uma lei não é uma sentença judicial, e uma sentença judicial não é uma lei”. Embora essa seja uma afirmação aparentemente óbvia, ela contém no fundo uma perspectiva sobre o que seja o exercício da jurisdição, considerando que o juiz decide “ ‘um caso’, ‘com base em uma lei’ ”. Ou seja, a posição do juiz no Estado de Direito é dada pelo fato de que o conteúdo do que ele decide deriva de uma decisão anterior, contida na lei.⁶

Essa visão remete à Montesquieu. Como lembra Christoph Moellers, Montesquieu foi o primeiro pensador moderno a incluir sistematicamente os tribunais em suas reflexões sobre o poder no Estado. Mas ele considerava que “o poder de julgar é, de alguma forma, nulo”. Essa consideração, que levou Alexander Hamilton a afirmar o judiciário como o “o ramo menos perigoso”, se funda na reivindicação de independência do Judiciário, estabelecida pelo próprio Montesquieu.⁷

O que Schmitt faz é avançar esse ponto, procurando dar sentido de realidade a uma ideia que é bastante difundida como princípio – o judiciário independente – mas pouco tratada do ponto de vista de sua concretização. Diz ele:

⁶ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 56.

⁷ MOELLERS, Christoph. *The three branches*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Para responder à pergunta fundamental da teoria constitucional deve-se repetir, aqui, mais uma vez que não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial⁸. (grifo nosso)

Essa distinção está (sub)entendida na teoria e na aplicação da doutrina da separação dos poderes da qual decorre que a *função jurisdicional* seja exercida pelo Poder Judiciário⁹. Na doutrina da separação de poderes as eventuais distinções ficam mais evidentes nos pontos limite (ou fronteiras) – aqueles pontos em que os exercentes de um dos poderes invocam a existência de uma invasão por parte dos exercentes de outro. Fora desses pontos a distinção, e o que, na ação de cada poder, representa o exercício específico de sua função, parece repousar como uma obviedade. A questão fica mais evidente se invertermos a afirmação de Schmitt, colocando-a como uma pergunta: afinal, o que distingue uma lei de uma sentença judicial?

Se tomamos a doutrina do direito processual, veremos que a jurisdição é apresentada como exercício da função típica do Judiciário. Para Cássio Scarpinela Bueno: “A jurisdição, primeiro instituto fundamental do direito processual civil, deve ser compreendida como a parcela de poder exercitada pelo Estado-juiz, o Poder Judiciário, a sua função típica”.¹⁰ (grifo nosso). Desta definição a conclusão é apenas uma: jurisdição é o que o juiz, ou o Poder Judiciário, realiza. É comum também encontrar desdobramentos para a explicação da ideia de jurisdição a partir de um conjunto de características entre as quais estão substitutividade e inafastabilidade.¹¹⁻¹² A *substitutividade* representa uma tentativa de distinção entre função administrativa e função jurisdicional, originada na teoria de Giuseppe Chiovenda, segundo o qual o que é característico da função jurisdicional é o fato de que o Judiciário age substituindo as partes em conflito e tomando uma decisão. Ele considera que tanto o Executivo como o Judiciário estão incumbidos de aplicar a lei, mas o que distingue as funções é que o primeiro age em conformidade com a lei, e o segundo fazendo atuar a lei.¹³

Já a *inafastabilidade* seria uma decorrência do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como se vê, o ponto de partida e o ponto de chegada parecem, de alguma forma coincidir, já que toda lesão ou ameaça a direito pode ser submetida ao Judiciário, e jurisdição é tudo o que é realizado pelo Judiciário. Se somarmos a isso a festejada conclusão de que o juiz não pode mais se limitar a ser a “boca da lei”, fica

⁸ SCHMITT, *Op. cit.*, p. 55

⁹ Basta lembrar que o Art. 16 do Código de Processo Civil se limita a afirmar que “A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código”.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinela. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2020.

¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹² BUENO, Cássio Scarpinela. *Op. cit.*

¹³ MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ano VI, n. 12, jul./dez. 2014. ISSN 2175-7119.

mais evidente a lógica que atua por trás da *supremacia judicial* contemporânea.

No que aqui nos interessa, fica evidente como no tratamento do que seja jurisdição, prevalece a *forma*, exatamente o formalismo que é objeto da crítica de Carl Schmitt:

Porém, isso ainda não permite as inversões de um formalismo inócuo que simplesmente inverte as coisas e que classifique de jurídica aquilo que o legislativo realize na forma de legislação, tudo como justiça o que um tribunal faz.¹⁴

Jeremy Waldron propõe, numa perspectiva democrática, uma visão da separação de poderes a partir do ordenamento das funções do Estado, de modo a distinguir o momento de ação de cada poder, e, por consequência, distinguir o que seja a ação correspondente a cada um:

“[...] algo que nós devemos fazer a X ou sobre X deve ser precedido de um exercício de poder legislativo que estabelece uma regra geral aplicada para todos e não apenas para X, um processo judicial que determina que a conduta de X em particular se enquadra no âmbito daquela regra, e assim por diante. Assim como a integridade de cada uma dessas fases, há um sentido em que o poder é melhor exercido, ou exercido mais respeitosamente tanto quanto seus súditos estão preocupados, quando ele segue esta sequência ordenadamente”.¹⁵

O ponto em comum entre as ideias de Waldron e as de Schmitt está no fato de que, em ambos, a lei precede a jurisdição, e a jurisdição não é um ato de independência por si só, mas sim um ato com base na lei.

As definições contemporâneas de jurisdição não só não a distinguem precisamente de outras funções do Estado – particularmente a administrativa, mas também a legislativa – como tendem inclusive a ampliá-la (como função) de forma quase ilimitada ao incorporar os valores e princípios constitucionais, e sua interpretação, como base para o exercício da jurisdição.¹⁶

É na forma que reside o aspecto ao mesmo tempo forte e frágil dessa visão ampliada de jurisdição. Forte porque se retroalimenta na medida em que afirma que jurisdição (ou ato jurisdicional) é tudo aquilo que o juiz (ou tribunal) realiza. Frágil porque se baseia inteiramente sobre a *forma*, numa espécie sutil de petição de princípio: o que o juiz faz é jurisdição, então jurisdição é tudo o que um juiz faz.

Sobre isso, a crítica apresentada por Schmitt permanece atual e válida:

Esse tipo de lógica se processa, em contínuas trocas, da seguinte maneira: justiça é o que um juiz faz, ou seja, tudo o que um juiz faz é justiça, o juiz é independente,

¹⁴ SCHMITT, 2007, *Op. cit.*, p. 57

¹⁵ WALDRON, Jeremy. *Political political theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. 416 p.; p. 46. Tradução nossa. No original: “anything we do to X or about X must be preceded by an exercise of legislative power that lays down a general rule applying to everyone and not just X, a judicial proceeding that makes a determination that X’s conduct in particular falls within the ambit of that rule, and so on. As well as the integrity of each of these phases, there is a sense that power is better exercised, or exercised more respectfully so far as its subjects are concerned, when it proceeds in this orderly sequence”.

¹⁶ LAMY e RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 165

ou seja, toda pessoa que é independente é um juiz, assim tudo o que um órgão independente faz sob a proteção da sua independência é justiça[...].¹⁷

A crítica schmittiana se desenvolve sobretudo em relação à eventual posição do Judiciário na guarda da Constituição. Mas as referências ao juiz, e à sua independência aparecem frequentemente na obra de Carl Schmitt, sendo possível inclusive tratá-los – juiz e sua independência – como uma questão autônoma em sua obra.¹⁸ O ponto a reter aqui é que a lógica formal segundo a qual o que o juiz faz é jurisdição e jurisdição é o que o juiz faz é não só insuficiente mas também uma definição que mais oculta do que explica sobre qual a adequada posição do juiz e do judiciário na estrutura estatal de poderes repartidos.

Vamos tomar uma amostra para a questão, apresentando um ato que, embora praticado por juiz não é considerado, nem mesmo pela doutrina processualista, um ato jurisdicional: o despacho. De acordo com Eduardo Lamy e Horácio W. Rodrigues¹⁹:

Despachos são os atos por meio dos quais o órgão jurisdicional impulsiona o processo, sem impor gravames ou vantagens às partes. As decisões são os atos jurisdicionais propriamente ditos. Os despachos são atos de mera administração do processo, sem exercício de atividade jurisdicional, motivo pelo qual são irrecorríveis. (grifo nosso)

Sob esta ótica há atos que, embora praticados pelo juiz e integrantes do processo, não são, ainda assim, considerados atos jurisdicionais. Apenas para recordar, no caso do Pedido de Providências 0005020-69.2018, o “despacho-consulta” formulado pelo juiz Sérgio Moro se enquadraria exatamente nessa condição, não se tratando de ato jurisdicional, e, ainda que sob o funil estreito estabelecido pelo STF (e pelo próprio CNJ) às competências do Conselho, seria um ato apreciável pelo CNJ como ato administrativo. Poderíamos também acrescentar, como Tocqueville, que uma das características fundamentais do poder Judiciário é que ele só age “quando chamado”, ou “quando provocado”²⁰, de tal modo que um agir sem esse chamamento, como ocorreu no ato do juiz Moro, descaracteriza a atuação jurisdicional. Então, se admitimos que o despacho seja um ato *não jurisdicional*, ainda que este pareça um ato menor ou menos relevante no âmbito do processo, admitimos também que nem tudo o que o juiz faz, nem tudo o que ele faz no processo deve ser considerado exercício de jurisdição.

Poder-se-ia objetar que nosso argumento cessa neste ponto. Mas consideramos que ele pode avançar consideravelmente, tomando ainda como referência a formulação anteriormente citada de Schmitt segundo a qual “não há Estado de Direito sem uma justiça

¹⁷ SCHMITT, 2007, *Op. cit.*, p. 57.

¹⁸ FONSECA, Rui Guerra da. A independência do juiz em Carl Schmitt. In: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pereira. *Carl Schmitt revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico – Políticas, 2014. p. 174-189.

¹⁹ LAMY; RODRIGUES. *Op. cit.*, p. 171

²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América – Leis e Costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei, e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial”²¹.

Então podemos afirmar que só é possível considerar jurisdicional o ato do juiz que esteja vinculado materialmente a uma lei, ou seja, que se realize *com base em uma lei*. Isso implica que ao juiz não é dado tomar uma decisão política, porque esta não lhe cabe, e este é o sentido pelo qual Montesquieu reivindicou a independência do Judiciário. O juiz atua subsumindo fato à norma e não produzindo a norma. Ora, se o juiz, a qualquer pretexto toma uma decisão política que equivale a produzir uma norma onde ela não existia, então não está mais praticando um ato de jurisdição.

Poderíamos utilizar um exemplo para demonstrar a questão: um indivíduo pode ter contra si decretada uma ordem de prisão preventiva, e o juiz poderá tomar essa decisão se estiverem presentes as condições previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Disso decorre, por exemplo, que o juiz não pode determinar a prisão preventiva baseado na gravidade do crime, em sua repercussão social ou no clamor público. A razão é simples, gravidade do delito e sua repercussão social não estão entre as condições previstas na lei para a decretação da prisão preventiva, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal. Esse tipo de situação é facilmente encontrável na jurisprudência do STF, e também de outros tribunais do país. Apenas como exemplos: no Habeas Corpus 110.132 o STF decidiu que a gravidade do crime ou a comoção social por ele provocada não é motivo para a decretação de prisão preventiva; no HC 80.719/SP o STF decidiu que o clamor público não legitima a privação cautelar da liberdade. Na jurisprudência de vários tribunais a questão é tratada sob a categoria de *fundamentação inidônea* da prisão, motivo constante de concessão de ordens de habeas corpus.

Então, se o juiz decreta uma prisão sob esses fundamentos, poderemos ainda afirmar que está realizando um ato jurisdicional? Ou estaríamos diante de um ato político, pelo qual o juiz decidiu como se legislador fosse? Se chamamos de jurisdicional qualquer ato do juiz, seja ele um ato administrativo ou um ato político, isso não o torna um ato de jurisdição. E em sentido inverso, sob uma ótica formal, qualquer ato político ou administrativo de um juiz ou tribunal poderá ser considerado como exercício de jurisdição, basta que se lhe dê (ou aceite) esta *forma*.

Essa a razão pela qual Carl Schmitt afirma que “a independência do juiz não pode ser outra coisa que a dependência da lei”²². A independência do juiz, assim entendida por Schmitt, é a independência em relação ao governo, e às autoridades políticas, significando distanciamento da política, pois tudo o que o juiz faz está determinado normativamente. Sob esta ótica, não só a independência do juiz é a outra face de sua dependência da lei – porque ele é independente exatamente para decidir com base na lei e não ficar submetido ao mando do governo ou da autoridade política – mas também o exercício de sua função, o exercício da jurisdição só pode ser compreendido como uma atividade subordinada à

²¹ SCHMITT, 2007, *Op. cit.*, p. 55

²² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. Tradução nossa. No original: “La independencia del juez no puede nunca ser cosa distinta que el otro aspecto de la dependencia respecto de la ley”.

lei. De modo que “o juiz está vinculado à lei, sua atividade está essencialmente determinada em normas”²³.

Ingeborg Maus, por sua vez, aponta sua crítica na direção da introdução de pontos de vista morais e de valores na jurisprudência, que por um lado ampliam a legitimação das decisões, mas por outro “conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular”²⁴. Então aquele que parece ser o ponto mais alto da independência do Judiciário contemporâneo, torna-se expressão de sua dependência e politização:

Uma justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se em mero instrumento dos aparelhos administrativos.²⁵

Apresentamos dois exemplos que demonstram que não há uma relação necessária entre o que o juiz realiza e a ideia de jurisdição. Poderíamos apresentar outros mais elementares, como decisão sobre férias de funcionários hierarquicamente sob sua autoridade, ou a participação de um presidente de Tribunal na assinatura do contrato administrativo para a reforma do prédio do tribunal. No entanto, os exemplos que utilizamos remetem a atuações do juiz no processo, e por isso são importantes, na medida que demonstram que a ideia de que jurisdição é tudo o que o juiz faz é, se não equivocada, no mínimo incompleta.

Nos casos que estamos utilizando como referência, ao menos em três surge uma dúvida consistente sobre a configuração de atuação jurisdicional. (1) No primeiro deles (PP 0002515-47.2014.2.00.2.00.0000), a acusação é de “simulação de distribuição por dependência para avocar competências”, um ato apenas de aparência jurisdicional pelo qual se busca burlar o sistema de distribuição processual, a fim de impor sua atuação como juiz do processo. (2) No segundo (Pedido de Providências 0007888-54.2017.2.00.0000) a acusação é de atuação do juiz (Sérgio Fernando Moro) mesmo após esgotada sua competência jurisdicional. (3) E no terceiro (PP 0005020.69.2018.2.00.0000) o questionamento submetido ao CNJ envolve a atuação do magistrado durante as férias, na forma de um “despacho-consulta”, dirigido ao Tribunal por iniciativa própria, e para questionar uma decisão “com a qual não concordou”. Em todos os casos, a atuação do juiz foi considerada pelo CNJ como – eminentemente, ou evidentemente - jurisdicional.

A ampliação do que seja ato jurisdicional de juiz ou tribunal aparece nitidamente nesses julgamentos e, também nas decisões do STF que procuraram moldar as competências do Conselho, especialmente na ADI 3367, na ADC 12 e na ADI 4638. Sob a

²³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. Tradução nossa. p. 265-266. No original: “El juez está vinculado a la ley; su actividad está esencialmente determinada en normas”.

²⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos*. [S.l.], n. 58, nov. 2000. p. 189.

²⁵ *Id, ibid.*, p. 197

ótica das decisões do CNJ e STF tem prevalecido um escopo largamente ampliado do que seja ato jurisdicional, baseado em um nível tal de formalismo em que praticamente tudo o que um juiz ou tribunal faz é jurisdição. Com esse tipo de interpretação, as competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça foram drasticamente reduzidas.

Nosso próximo ponto é verificar como fica a competência do Conselho quando se do controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Para controlar descumprimento de deveres funcionais é preciso verificar atos jurisdicionais

Como dito antes, o artigo 103-B § 4º da CF prevê dois vértices de atribuições ao Conselho Nacional de Justiça. O primeiro, é o controle administrativo (e financeiro). O segundo, é o controle do *cumprimento dos deveres funcionais* dos juízes.

Há um certo consenso em apontar os 35 e 56, II da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura) como sendo parte essencial da definição dos deveres dos juízes, bem como o Código de Ética da Magistratura Nacional, estabelecido pela Resolução 60 (de 19 de setembro de 2008) do CNJ.

Há também, pode-se dizer, um certo consenso em apontar que juízes estão submetidos a um regime jurídico disciplinar próprio, estando, em caso de desvios funcionais, sujeitos às sanções previstas em lei (na LOMAN) e cujo processo se dá com base na Resolução 135 do Conselho Nacional de Justiça. Mas os consensos, nos parece, param por aí. De um lado há considerável divergência na doutrina do Direito Administrativo sobre a posição administrativa dos juízes, havendo quem os considere *agentes políticos* e quem os considere como *servidores públicos*.²⁶ Por outro lado, a expressão “deveres funcionais” contida no art. 103-B § 4º foi reduzida, pela Resolução 60 do CNJ, ao que está dito no art. 35 da LOMAN.

Essas duas constatações, por si, já respondem por uma limitação significativa ao papel do Conselho. Mas, além disso, a conclusão a que rapidamente se chegou – tanto no Conselho, como no STF – sobre a natureza exclusivamente administrativa do CNJ, interpretada como impedimento ao Conselho para analisar atos jurisdicionais, serviu para obnubilar a discussão, limitando propositalmente o seu alcance.

Vamos construir nosso argumento do seguinte modo neste ponto: Concordamos que o CNJ tenha natureza administrativa. Concordamos também que uma de suas atribuições seja o *controle administrativo* do Judiciário. Concordamos que, qualquer que seja a posição dos magistrados (se agentes políticos ou servidores públicos) subsiste um regime jurídico disciplinar ao qual eles estão submetidos, e que tem como um de seus fundamentos o art. 35 da LOMAN.

Com o que não concordamos então? Em primeiro lugar não concordamos que os deveres funcionais dos magistrados sejam apenas aqueles descritos nos arts. 35 e 56 da LOMAN. Em segundo lugar, não concordamos que, no controle dos deveres funcionais dos

²⁶ NOHARA, Ione Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

juízes, o CNJ esteja impedido de verificar atos jurisdicionais dos juízes, especificamente quando estes atos sejam praticados com descumprimento dos deveres funcionais por parte dos magistrados.

Para estabelecer um ponto de partida para a questão, vamos tomar como exemplo o modo como Nancy Andrichi, ao comentar o art. 103-B da CF, refere-se à questão: “As matérias de cunho jurisdicional não se inserem entre aquelas passíveis de ingerência pelo CNJ, de modo que lhe é defeso realizar intervenção em conteúdo de decisão judicial, seja por eventual vício de ilegalidade ou nulidade”²⁷.

Se o que se entende da afirmação é que o CNJ não intervém nas decisões jurisdicionais porque ele não é órgão jurisdicional e não lhe cabe receber recursos, é possível, a princípio, colocar-se de acordo com o afirmado. No entanto, se o que se quer extrair da afirmação – e é isso que nitidamente transparece das ideias de “ingerência” ou “intervenção” – é que o CNJ não pode, em hipótese alguma, analisar decisões judiciais como parte da realização de sua competência constitucional, então não é possível estar de acordo com ela²⁸.

Se um juiz age com parcialidade, ou seja, se o magistrado **não** evita “todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”, ou se, “no desempenho de sua atividade” ele não dá as partes “igualdade de tratamento” – e esses são apenas exemplos – e o faz no exercício de funções jurisdicionais, então, não há como analisar o descumprimento de um dever funcional sem tomar em conta os atos judiciais praticados, onde se revela a parcialidade. Ao CNJ não está confiado analisar todo e qualquer ato jurisdicional, é verdade. Sua competência, no entanto, o obriga a analisar todo e qualquer ato de descumprimento dos deveres funcionais, os quais, na maior parte do tempo só ocorrem através de atos jurisdicionais.

Tanto a LOMAN como a Resolução 60 parecem tratar o problema dos deveres funcionais dos juízes de uma ótica altamente subjetiva, e que aparece sistematicamente deslocada dos processos judiciais. É como se as condutas que representam faltas éticas ou descumprimento dos deveres funcionais estejam subjetivamente ligadas à figura do juiz, mas não objetivamente ligadas aos atos jurisdicionais praticados com desvio.

Ademais, a Resolução 60, ao se remeter à LOMAN em seu preâmbulo, sinaliza que os deveres funcionais dos juízes se esgotam naqueles previstos na Lei Orgânica da Magistratura. Esta é, sem dúvida, uma visão restritiva, mas também bastante incompleta da questão. A própria Resolução 60, em seu artigo Art. 2º afirma que “Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”.

O respeito às leis, está claro, é também um dever funcional dos juízes. O art. 3º. – A

²⁷ ANDRIGHI, Nancy. Art. 103-B. In: MORAES, Alexandre de. *et al. Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 962

²⁸ A questão pode ser tratada como uma coincidência, mas algumas das decisões que analisamos acima (no ponto 1) são exatamente de Nancy Andrichi, ministra do STJ, e na ocasião das decisões, Ministra Corregedora do CNJ. É preciso estar atento ao fato que muito da doutrina jurídica de autores que exercem também funções de magistratura funcionam se retroalimentando, de tal sorte que a construção doutrinária sustente as decisões já tomadas em processos.

do Código de Processo Penal veda iniciativa ao juiz na fase de investigação; o Art. 40 do mesmo Código determina que juízes e tribunais enviem ao Ministério Público papéis e documentos que conhecerem e que indiquem a prática de crime (de ação penal pública); o Art. 197 daquele Código determina que o juiz *deverá* confrontar a confissão com as demais provas do processo; o art. 252 do CPP veda ao juiz exercer suas funções jurisdicionais em determinados processos – quando for diretamente interessado no feito. Em todos esses exemplos – e poderíamos buscar outros no Código de Processo Civil, como as previsões do art. 139 e todos os seus incisos – há uma indicação clara de deveres que a lei atribui ao juiz, não sobre o conteúdo do litígio que lhe está submetido, mas deveres que a lei estabelece para sua atuação no processo²⁹.

Como vimos antes, a lógica formal que sacramenta como jurisdicional tudo o que o juiz faz impacta até mesmo sobre o controle dos deveres funcionais, cujo escopo é reduzido a questões de ordem moral ou comportamental.

De outra parte, a atuação jurisdicional cada vez mais descolada da lei e fundada em valores morais ou princípios acaba por eliminar espaços de controle pela ausência de uma referência normativa para a conduta do juiz. Ingeborg Maus faz um importante alerta sobre isso:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.³⁰

Então consideramos que a abrangência do que sejam deveres funcionais dos juízes é mais ampla do que aquela pretendida nas regulamentações do CNJ, de um lado, e, do outro, que o exercício das competências constitucionais pelo CNJ implica que ele possa analisar a atuação jurisdicional do juiz como parte fundamental da verificação do descumprimento dos deveres funcionais por parte desse mesmo juiz. E estas são questões democráticas fundamentais.

Considerações finais

A partir da análise traçada é possível afirmar a existência de uma visão profundamente formalista no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, e também do Supremo Tribunal Federal, acerca dos atos dos juízes, sistematicamente caracterizados como atos jurisdicionais. Tal visão retroalimenta a ideia permanente de que todo ato do juiz é um ato jurisdicional e que ato jurisdicional é todo ato praticado por juiz.

A consequência de tal visão, que representa um alargamento ilimitado do conceito de ato jurisdicional, é, em contrapartida, uma redução e limitação significativa das competências constitucionais do CNJ, esvaziando o papel do Conselho no controle dos

²⁹ O Código de Processo Civil reserva um capítulo à questão: Título IV – Do juiz e dos auxiliares da justiça. Capítulo I – Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz.

³⁰ MAUS, 2000. *Op. cit.*, p. 187

atos dos juízes e tribunais. Em sentido oposto, no que toca ao controle dos deveres funcionais dos juízes, ocorre movimento inverso, restringindo sobremaneira aqueles que seriam considerados deveres funcionais, limitando-os ao que se encontra na Lei Orgânica da Magistratura.

Esse duplo movimento, de alargamento do alcance do que sejam atos jurisdicionais e de restrição do alcance de quais sejam os deveres funcionais da magistratura tem como consequência a limitação e esvaziamento das competências do CNJ, e mais, tem levado a que o Conselho deixe de cumprir a função para ele determinada pela Constituição.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. Art. 103-B. In: MORAES, Alexandre de. *et al. Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BADIN, Luiz Armando. O Conselho Nacional de Justiça: pedra angular da Reforma Constitucional do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar., 2009.

BORBA, Francisco (Org.). *Dicionário Unesp do Português Contemporâneo*. São Paulo: Unesp, 2004.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução 60 de 19 de setembro de 2008. Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 16 ago. 2020.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Resolução 135 de 13 de julho de 2011. Dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 16 ago. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 16 ago. 2020.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 16 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 16 ago. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências”. Procedência do pedido. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator Ministro Carlos Ayres Brito, 20 de agosto de 2008.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus. Pedido de extensão da ordem concedida a corrêu. art. 580 do Código de Processo Penal. Prisão em flagrante por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Indeferimento de liberdade provisória. Ausência de fundamentação idônea. Pedido de extensão deferido. Habeas Corpus 110.132. Requerente Cilenio Marques dos Santos. Relator Ministro Ricardo Lewandowsky, 16 de outubro de 2012.

BUENO, Cássio Scarpinela. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva-Jur, 2020.

FONSECA, Rui Guerra da. A independência do juiz em Carl Schmitt. In: MORAIS, Carlos Blanco de; COUTINHO, Luís Pereira. *Carl Schmitt revisitado*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico – Políticas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do Poder Judiciário – natureza e limites da independência judicial no Estado Democrático de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MACEDO, Elaine Harzheim; BRAUN, Paola Roos. Jurisdição Segundo Giuseppe Chiovenda versus Jurisdição no Paradigma do Processo Democrático de Direito: Algumas Reflexões. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba, ano VI, n. 12, jul./dez. 2014. ISSN 2175-7119.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos*. [S.l.], n. 58, nov. 2000.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOELLERS, Christoph. *The three branches*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. v. I-II. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

MORAES, Alexandre de. Controle externo do Poder Judiciário – inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativ*. Brasília, ano 35, n. 140, out./dez. 1998.

MORAES, Alexandre. Jurisdição constitucional e Conselho Nacional de Justiça – vedação ao controle de constitucionalidade na via administrativa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 951, jan. 2015.

NOHARA, Ione Patrícia. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUNES JR., Vidal Serrano. *et el* (Coords.). *Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo II: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), 2017.

ROSALEN, Volnei. Controle administrativo de constitucionalidade? A PET 4.656 e o tortuoso julgamento que permitiu ao CNJ deixar de aplicar leis que considere inconstitucionais. *In*: LADEIRA, Claudio Ladeira de; DUTRA, Delamar Volpato; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e. *Ensaios sobre constitucionalismo político*. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2019.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SEREJO, Lourival. *Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. Brasília, DF: ENFAM, 2011.

TALAMINI, Eduardo. Conselho Nacional de Justiça, jurisdição e administração. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (REDAC)*. São Paulo, ano 2, n. 8, mai. 2014.

TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Conselho Nacional de Justiça – enfoque de direito comparado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 56, set./out. 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América – Leis e Costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Data de Recebimento: 16/10/2020.

Data de Aprovação: 07/12/2020.

A MEDIAÇÃO EM WARAT E O DIREITO FRATERO NA SITUAÇÃO SANITÁRIA COVID-19

MEDIATION IN WARAT AND FRATERNAL RIGHTS IN THE COVID-19 HEALTH SITUATION

Francisco Ribeiro Lopes*

João Martins Bertaso**

RESUMO

O trabalho tem por objetivo abordar o direito fraterno e a mediação em Luis Alberto Warat como mecanismos de transformação social na (re)construção cidadã em face da pandemia COVID-19. O direito fraterno possui como alicerce o entendimento que uns precisam dos outros e a mediação Waratiana fomenta a reflexão para o tratamento dos conflitos enaltecendo uma visão humanizada sobre a situação conflituosa dos atores sociais. Assim, o trabalho tem por questionamento como o direito fraterno e/ou a mediação em Luis Alberto Warat podem contribuir no contexto da pandemia COVID-19? Para tanto, a pesquisa se utilizou no estudo bibliográfico, o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. Dessa forma, visa fomentar novas perspectivas diante de uma situação que carece de atitudes e conscientizações humanizadas em prol do coletivo.

Palavras-chave: Direito fraterno; Mediação; Pandemia; Warat.

ABSTRACT

The work aims to approach fraternal law and mediation in Luis Alberto Warat as mechanisms of social transformation in citizen (re)construction in the face of the COVID-19 pandemic. Fraternal law has as a foundation the understanding that some need from the other and Waratian mediation encourages reflection for the treatment of conflicts, extolling a humanized view of the conflicting situation of social actors. Thus, the work asks how fraternal law and/or mediation in Luis Alberto Warat can contribute in the context of the COVID-19 pandemic? For that, the research was used in the

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Santo Ângelo; Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade Dom Alberto; Pós-graduando em Conciliação e Mediação de Conflitos pelo Centro de Mediadores e Instituto Superior de Educação; Especialista em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal e Universidade de Caxias do Sul; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria; Membro da Academia de Letras e Artes Sepeense (ALAS) cadeira de número 15 - Carlos Drummond Andrade; Pesquisador no Grupo de Estudos sobre Conflito, Cidadania e Direitos Humanos da URI Santo Ângelo; Pesquisador no Grupo de Estudos em Direitos Humanos e Transformação Social (GPDHTS) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Mediador Extrajudicial; Mediador de Conflitos na Prefeitura Municipal de São Sepé - RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1182010403083586>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7368-0551>. E-mail: franciscorlopes@icloud.com.

** Pesquisador registrado no CNPq. Pós-doutorado pela UNISINOS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em direito pela UFSM. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo; Graduado em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Santo Ângelo. Professor Pesquisador vinculado a URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo-RS. Coordenador executivo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado - URI - Ângelo-RS. Líder do grupo de pesquisa intitulado "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", vinculado ao CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5939164234639660>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5533-2027>. E-mail: joaomartinsbertaso@gmail.com.

bibliographic study, the deductive approach method and the monographic procedure method. In this way, it aims to foster new perspectives in the face of a situation that lacks humanized attitudes and awareness in favor of the collective.

Key-words: Fraternal law; Mediation; Pandemic; Warat.

INTRODUÇÃO

O trabalho salienta o direito fraterno e a mediação em Luis Alberto Warat no contexto da pandemia COVID-19 e a intenção de novas perspectivas frente ao desafio sanitário que assola o Brasil. Nesse passo, o direito fraterno tem um papel fundamental nas relações ocasionando transformações positivas e fomentando condutas não violentas e propositivas.

Na mediação em Warat os atores sociais são protagonistas e os mesmos podem alcançar suas decisões sem a necessidade do Estado interferir nas relações, ou seja, empodera os sujeitos a construírem (possíveis) decisões. Com essas perspectivas a situação sanitária pode alcançar resultados mais harmônicos de conscientização para o enfrentamento dessa crise mundial.

Assim, o trabalho pretende responder o seguinte questionamento: como o direito fraterno e/ou mediação em Luis Alberto Warat podem contribuir no contexto da pandemia COVID-19?

Para tanto, a pesquisa assenta-se no estudo bibliográfico, o método de abordagem dedutivo de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular e o método de procedimento monográfico onde parte do princípio de que o estudo de um caso em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros ou mesmo de todos os casos semelhantes.

A pesquisa justifica-se em uma reflexão humanizada e propositiva para evolução social. Logo, o trabalho pretende enaltecer as condutas positivas bem como trazer o direito fraterno e a mediação em Luis Alberto Warat como possibilidades de alcançar e amenizar os impactos negativos dessa grande crise mundial, bem como fomentar a necessidade do pensar coletivo para conquistar resultados satisfatórios frente a crise sanitária, ocasiona pela Covid-19.

O Direito fraterno e a necessidade de um olhar humano nas relações em sociedade

Na contemporaneidade, as relações em comunidade possuem diversos desafios, sendo a segurança e a liberdade direitos almejados, mas nem sempre exercidos com aspecto equilibrado, pois a disponibilidade de um surge em detrimento do outro¹.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2003. p. 10.

Entende-se por comunidade como sendo uma associação em que todos são responsáveis por todos². A comunidade é “[...] um lugar “cálido”, um lugar confortável e acolhedor. É como um teto sob o qual nos abrigamos da chuva pesada, como uma lareira diante da qual esquentamos as mãos num dia gelado.”³ e um lugar em que a fraternidade é considerada como um princípio de organização e que define as relações sociais.

Nesse aspecto, de tamanha importância que possui na comunidade e nas relações em sociedade, a fraternidade veio como um dos valores codificados no preâmbulo⁴ da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

O autor Barzotto sustenta que a fraternidade vai além de um princípio do direito, sendo uma diretriz ética que fortalece os deveres recíprocos de “predisposição de ânimo que permite que o ser humano seja capaz de olhar qualquer pessoa com simpatia”.⁵

Para Gorla⁶ a fraternidade é um valor que inspira normas.

O “Direito Fraternal”, embora tenha aparecido timidamente na época das grandes revoluções, retorna hoje, anacronicamente, a repropor aquelas condições que já haviam se apresentado no seu tempo. O hoje indica uma época em que se vê desgastar a forma estatal dos pertencimentos fechados, governados por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros⁷.

A fraternidade, ao longo da história, “foi adquirindo um significado universal, chegando a identificar o sujeito ao qual ela pode referir-se plenamente: o sujeito “humanidade” – comunidade de comunidades -, o único que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade”⁸.

O código fraternal conecta uma obediência em troca da cidadania sendo essa possibilidade viável sem ver o outro como um “inimigo”.⁹ Dito isso, a igualdade fraterna é o pressuposto da forma jurídica da democracia e fim político último a ser alcançado através dos princípios normativos sendo que proíbe aquilo que se prescreve e prescreve

² BARZOTTO, Luis Fernando. *Sociedade Fraternal*. In: Barzotto. et al. *Direito e Fraternidade: Outras Questões*. Porto Alegre: Sapiens, 2018. p. 43.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 7.

⁴ (...) ordenamento jurídico fundamental do Estado e sociedade, constituição como processo público, como orientação para a contínua renovação dos pactos de tolerância entre os cidadãos, como legitimação, limitação e racionalização do poder tanto político quanto social e como expressão do estado de desenvolvimento cultural de um povo. HÄBERLE, Peter. *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*. p. 93.

⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *Sociedade Fraternal*. In: Barzotto. *Op. cit.*, p. 161.

⁶ GORLA, Fausto. Fraternidade e Direito. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008. p. 25.

⁷ RESTA, Eligio. *O Direito fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. p. 13.

⁸ BAGGIO, Antonio Maria. A ideia de fraternidade em duas revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido – A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Vargem Grande Paulista: CidadeNova, 2008. p. 21.

⁹ RESTA, Eligio. *O direito fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 35.

aquilo que se profibe¹⁰.

[...] o reconhecimento do outro não é somente uma atitude, mas impõe formas de organização social, opostas em seu conjunto às que tinham sido criadas pela liberdade dos antigos. A filiação à coletividade, o espírito cívico, portanto a participação em ações e símbolos coletivos, devem ceder lugar ao encontro tão direto quanto possível com o outro. Em vez da mobilização para um objetivo comum, a escuta e o debate.¹¹

Importante mencionar que o amigo da humanidade é o ator social moralmente e racionalmente consciente de seu pertencer e entende a necessidade do bem comum, sendo capaz de analisar o contexto amplo para o bem de todos proporcionando um verdadeiro ato de cidadania frente a sua importância na construção de um mundo melhor¹².

Na concepção de Freud a composição dos conflitos entre homens é fruto de quem possui as melhores armas com finalidade de aniquilar o seu inimigo/oponente, ou seja, nas questões conflituosas os atores sociais se comportam de forma violenta e se utilizam de qualquer situação para se beneficiar sendo uma conduta adversarial¹³.

Contudo, a força do homem está na sua conduta não-violenta que evidencia o coletivo sendo que o Direito Fraternal ultrapassa os limites do Estado-nação onde não deve ser imposto, mas sim, através da cooperação buscar pela harmonia de (entre) todos.

Ressalta-se que a diferença entre “ser homem” e “ter humanidade” é que “ser homem não garante que se possua aquele sentimento singular de humanidade. A linguagem, com as muitas sedimentações de sentido que encerra, é um infinito observatório dos paradoxos com os quais convivemos.”¹⁴

Nesse contexto, há necessidade de novas oportunidades (situações/posições) sobre como melhor atender aqueles que mais são afetados, dando prioridade a suas necessidades e interesses.

Salienta-se que há várias formas de uma pessoa sofrer penalidades severas da parte dos outros, por faltas que concernem diretamente só a ela, mas as sofre apenas como consequências naturais e, por assim dizer, espontâneas.¹⁵ Dessa forma, as diferenças não podem ser vistas como algo negativo, mas sim como oportunidades.

O conflito é algo inerente às relações humanas e dele não podemos fugir, representa a diferença que habita a individualidade humana. Cada indivíduo tem propósitos, desejos e vontades pessoas que muitas vezes conflitam com os de outros. Devemos, assim, aproveitar a energia do atrito causado pela

¹⁰ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 36.

¹¹ TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996. p. 263.

¹² Ibid, p. 50.

¹³ Ibid., p. 61.

¹⁴ RESTA, Eligio, 2004. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁵ STUART, MILL. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.

divergência de interesses, ideias e visões de mundo para construir novas realidades, novos relacionamentos, em patamares mais produtivos para todos os envolvidos no conflito. Pela Teoria Moderna do Conflito uma opção válida para solução dos conflitos é afastar as abordagens dominadora, comumente adotada, e excessivamente concessiva para adotar uma terceira forma, a integradora de interesses de forma construtiva.¹⁶

Para Follet deve-se usar esta situação conflituosa com um fim construtivo, pois a partir das diferenças de cada um pode-se criar uma realidade e, para isso, é preciso estar acessível ao diálogo.

É com esse viés, em uma realidade de insatisfação, onde buscam-se mecanismos eficientes para amenizar esta situação preocupante, que ao longo dos anos foi se agravando muito pelo incentivo à cultura da sentença fortemente aceita pela sociedade que precisa novas e viáveis possibilidades.¹⁷

A cultura da sentença¹⁸ é marcada pela busca incessante do judiciário para atender necessidades sociais que poderiam ser resolvidas de outra forma, ou seja, a máquina estatal é movida por questões sérias e necessárias, mas também por demandas banais, sendo o litígio parte do pensamento moderno.

Essa situação é decorrente, em grande parte, das transformações por que vem passando a sociedade brasileira, de intensa conflituosidade decorrente de inúmeros fatores, um dos quais é a economia de massa. Alguns desses conflitos são levados ao Judiciário em sua configuração molecular, por meio de ações coletivas, mas a grande maioria é judicializada individualmente, com geração, em relação a certos tipos de conflitos, do fenômeno de processos repetitivos, que vem provocando a sobrecarga de serviços no Judiciário. É decorrente a crise mencionada, também, da falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade [...].¹⁹

Menciona-se que o judiciário, em sua forma tradicional, não tem a capacidade para concretizar essa revolução no tratamento dos conflitos, pois seu ambiente estressante coloca as partes em combatividade.²⁰

Em razão destas demandas excessivas e também desta cultura da sentença buscou-se uma alternativa de modo a tentar suprir a demanda social, de modo efetivo. Logo, se faz necessário promover a mudança de percepção dos atores sociais em relação aos conflitos, havendo a necessidade de mudança de paradigmas através do diálogo, respeito e humanidade.

¹⁶ FOLLETT, Mary Parker. *Mary Parker Follett: profeta do gerenciamento*. Tradução de Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997. p. 298.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ A cultura jurídica europeia, herdada pelo Brasil em decorrência da sua colonização, pode explicar, de certa forma, a cultura da sentença predominante no sistema pátrio. A separação dos poderes e a ideia de independência do julgador em seu ato de julgar em relação à política. (JACOB apud SERBENA, 2004, p. 108-109)

¹⁹ WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*, 2018. p. 2.

²⁰ MARTINS, Janete Rosa. *Diálogos e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos*. Tomo 9. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018.

Nesse passo, a sociedade fraterna é a responsabilidade de todos para com o coletivo, fortalecendo as relações.

A sociedade fraterna é o ideal próprio das sociedades modernas, nas quais a abolição das hierarquias, a liberdade de pensamento e a liberdade de iniciativa econômica levaram a uma grande diferenciação entre as pessoas, que, contudo, se reconhecem como um todo não está mais relacionada no mundo contemporâneo, à manutenção de uma comunidade tradicional na qual os membros reproduzem comportamentos passados, mas em uma comunidade dinâmica, fundada na igual liberdade de todos.²¹

Não há como tratar o conflito sem saber a sua verdadeira causa e o autor Eligio Resta menciona exemplo do cotidiano para especificar a complexidades dos conflitos.

[...] os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficiência decorrente da falta de recursos; pedem-se, assim, aumentos consistentes de recursos, pensando que assim os conflitos podem ser diminuídos. Não somente a interferência causal resulta gratuita, mas nos coloca em uma lógica *remedial* que contribui, por si só, não somente a não resolver, mas inclusive a inflacionar o saldo de procura e oferta. Sem referir-se ao caráter culturalmente induzido da demanda por parte da oferta, que é um discurso possível e corroborado pelos dados quantitativos, o problema de *policy* que emerge é aquele de um sistema que investe no remédio sem incidir nas causas; assim, aumentam os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de que isto faça diminuir os conflitos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma direta incidência sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos.²²

Os conflitos são normais e acontecem nas mais diferentes formas, sendo comum em uma sociedade contemporânea, com suas dificuldades e angústias, ocasionadas pelas diversas formas de ver e conviver com as situações.

Nessa perspectiva a proposta fraterna fortalece as relações e ressalta a necessidade de respeitar o outro, ultrapassando o campo do egoísmo e adequando um viés modificativo. Dito isso, a fraternidade se fortalece com o diálogo propositivo, a escuta ativa e o respeito para alcançar uma nova possibilidade frente as situações conflituosas.

Na matriz jurídica, a fraternidade se faz preenchida pelo diálogo decorrente do estabelecimento das relações horizontais entre os pares, na verticalidade da comunhão a ser experienciada entre os homens, e, no entrecruzar dessas relacionalidades, dá permissão à tolerância de onde decorreriam as relações jurídicas.²³

²¹ BARZOTTO, Luis Fernando. Sociedade Fraterna. In: *Barzotto et al Direito e Fraternidade: Outras Questões*. Porto Alegre: Sapiens, 2018. p.43.

²² RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 104.

²³ ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. Apontamentos sobre a fraternidade: por uma racionalidade teórico prática de sua sistematização jurídica. *AmicusCuriae*. Criciúma, Universidade do Extremo Sul Catarinense, v. 8, n. 8, 2011. p. 7.

Os anseios sociais, as dificuldades dos atores sociais e os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos estão alinhados com a sociedade para fomentar o acesso à Justiça e, a mediação em Luis Alberto Warat possui caráter propositivo de evolução social e fomento ao direito fraterno, onde “a fraternidade se faz necessária no processo deliberativo intersubjetivo de tomada de decisão, elemento de estudo essencial quanto ao tema proposto para debate: a mediação como alternativa de conflitos.”²⁴

Assim, o direito fraterno possui a essência de se colocar e contribuir com outro havendo uma sinergia humana, ou seja, o ser humano sendo humano.

A Mediação em Luis Alberto Warat: Fomentando relações humanizadas e construtivas

O autor Luis Alberto Warat trouxe reflexões de extrema relevância para a sociedade como um todo. Sua inquietude e sua incansável forma de acreditar em uma sociedade melhor, bem como trazer novas perspectivas para os atores sociais, foi marca de seu magistério.

Na construção de seu magistério, Luis Alberto Warat foi um grande pensador que, a partir de um vasto conhecimento do Direito, percorria pela filosofia, psicanálise, literatura e a teoria do Direito, de modo que, influenciou e continua influenciando pesquisadores destas áreas de investigações. Assim, o autor, com suas ideias contestadoras e radicais, vindas de lugares inesperados marcou profundamente o universo jurídico e social.²⁵

A mediação em Luis Alberto Warat, também chamada de Mediação Waratiana, versa em uma técnica de tratamento de conflitos capaz de elucidar e sanar as possíveis controvérsias com base no diálogo, respeito e na transformação dos envolvidos, incentivando o protagonismo dos sujeitos como uma forma pedagógica na construção de cidadania²⁶.

Para Warat há uma sensibilidade, respeito e uma promoção à cidadania, através da mediação.

A mediação é:
A inscrição do amor no conflito
Uma forma de realização da autonomia
Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos
Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades
Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade

²⁴ MARTINS, Veridiana Tavares. Mediação: Uma alternativa fraterna para o tratamento de conflitos. *In: Barzotto. et al. Direito e Fraternidade: Outras Questões*. Porto Alegre: Sapiens, 2018. p. 275.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. *In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora/São Leopoldo: Unisinos, 2012.

²⁶ Importante mencionar que a palavra “partes” não será utilizada, pois, remete a situação adversarial. Nesse sentido, mesmo a legislação brasileira utilizando a presente terminologia, na pesquisa será abordada uma linguagem transformativa e evolutiva conforme estudos do Professor Luis Alberto Warat.

Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito
Um modo particular de terapia
Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia²⁷.

Dessa maneira, sua forma de ver a mediação é empoderar os sujeitos fomentando a mudança ampliando e estimulando novas condutas para almejar mudanças. A mediação Waratiana é além de procedimentos, pois visa o resgate do ser na sua essência proporcionando uma evolução pessoal, social e coletiva havendo uma amplitude nas relações humanas.

Nesse sentido, uma das críticas de Warat é acerca da mediação institucionalizada, caso da mediação brasileira incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ²⁸ que possui o intuito, tão somente, de estimular o acordo.

A mediação, nesse modelo processual, incentiva os acordos judiciais e tem como meta o desaforamento do Judiciário, realizando um importante papel processual nas inúmeras demandas geradas pela sociedade contemporânea, a qual, cada vez mais complexa vem trazendo demandas excessivas que carecem de uma análise, sendo que o “Poder Judiciário Nacional está enfrentando uma intensa conflituosidade, com sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando a crise de desempenho e a consequente perda de credibilidade.”²⁹

Importante mencionar que o mediador conforme a lei n.º 13.140/2015 e a Resolução n.º 125/2010 deixa claro que o mediador tem um papel fundamental nesta mediação institucionalizada. Dito isso, se faz necessário trazer o papel do mediador nas questões de conflito e a necessidade de mostrar resultados, haja vista entrar em estatísticas do CNJ.

A mediação para Warat é uma terapia do amor que proporciona a (re)construção da autonomia, emancipação dos atores sociais, sendo o autoconhecimento a forma transformativa das relações e não apenas o foco no acordo como uma solução das relações.

O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a

²⁷ ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Op. cit.*, p. 67.

²⁸ A Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ fomenta a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos Conflitos de interesses e o Código de Processo Civil 2015 codificou a mediação no ordenamento jurídico brasileiro para colaborar consensualmente para resolução dos conflitos, ou seja, o Estado promovera a solução consensual das questões conflituosas. Com esse intuito, os meios consensuais são diretrizes do Código de Processo Civil/2015 onde o legislador normatizou o instituto da mediação (com demais métodos de solução de conflitos) sendo estimula por quem incorpora a Justiça (Advogados, Juízes, membros do Ministério Público e Defensoria Pública).

²⁹ WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em 27 jul. 2021.

não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação.³⁰

Nesse contexto, para Warat a “[...] mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido”.³¹ Nessa perspectiva, para tratar os conflitos se faz necessário entender que eles podem ser vistos com uma oportunidade de dirimir e entender o outro, ou seja, o conflito pode ser visto de forma positiva proporcionando uma verdadeira transformação pessoal, coletiva e social, conforme esclarece Warat.

Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolvidá (se todas as partes fizerem a mesma coisa)³²

A mediação pode ultrapassar a barreira e exercer um importante papel social, exaltando a cidadania responsável sendo um importante estímulo social bem como originar a cultura da paz e a cooperação em prol da coletividade.

Logo, “a mediação surge com uma alternativa importantíssima ao acesso à justiça, sendo que na sua aplicação supera-se muito mais do que o conflito trazido à tona, mas se restabelece uma convivência harmônica e saudável entre as partes conflitantes”.³³

Warat explana que a mediação seria a diferença do conflito sendo que verdadeira construção da autonomia dos atores sociais, realizando uma ampla mudança nas relações e proporcionando a cidadania emancipativa.³⁴

Nessa perspectiva “ressalta-se que a mediação vem com intuito de desmistificar o procedimento tradicional realizando um papel educacional e social de extrema relevância proporcionando que os conflitantes consigam restabelecer o diálogo e decidir a melhor decisão (os envolvidos)”.³⁵

Essa liberdade dos conflitantes chegarem a um possível acordo/entendimento demonstra a necessidade de entender que a mediação em Luis Alberto Warat possui, como fundamento, a modificação dos atores sociais e os ruídos de comunicação podem ser dirimidos a partir da escuta ativa que a mediação do autor incentiva.

É com a mediação livre que se empodera os sujeitos e promove o desenvolvimento dos conflitantes sem a necessidade de institucionalização criada pelo

³⁰ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador II: a escuta dos marginalizados*. Surfando na pororoca. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 424.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Argentina: Angra Impresiones, 1998. p. 5.

³² WARAT, Luis Alberto, 2004. *Op. cit.*, p. 26.

³³ LOPES, Francisco Ribeiro; COITINHO, Viviane T. Dotto. (re)estruturando as relações de consumo através do instituto da mediação. In: MONTEIRO, Maria Darlene Braga Araújo; BARROS (Orgs.). *Mediação, conciliação e arbitragem: teoria e prática*. v. 2. Ceará: Inesp, 2018. p.170.

³⁴ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁵ LOPES, Francisco Ribeiro; BERTASO, João Martins. *Reconstruindo Pontes para uma Nova Justiça*. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2019. p. 218.

ordenamento jurídico, ou seja, o mediador e os atores conflitantes devem e necessitam estar livres para um diálogo propositivo, evolutivo e transformador.

Assim, a mediação em Luis Alberto Warat trata, elucida e esclarece que “os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. É com essa sensatez que a mediação para Warat tem um papel de socialização e estabelecem o bem-estar entre as relações afetuosas e os conflitos não podem ser vistos como algo negativo, mas sim, como uma oportunidade de resgatar o que foi perdido e as diferenças devem ser tratadas com naturalidade.

Nessa perspectiva, a mediação em Warat possui possibilidades humanizadas de compreender a si e o outro havendo uma ampla mudança de paradigmas, onde a partir do reconhecimento do outro posso vislumbrar o entendimento de transformar e evoluir.

É forçoso mencionar que Warat é um autor complexo e o trabalho tenta trazer as inúmeras possibilidades desse grande professor que marcou e continua marcando trajetórias com ideias regadas de um conhecimento inigualável, sendo que os dias atuais são tão conturbados que necessitam de um olhar mais humanizado-Waratiano.

A situação da pandemia no Brasil e a atuação do estado do Rio Grande do Sul frente à condição sanitária

Com a crise sanitária que assola o mundo, mais especificamente o Brasil em razão do vírus Sars-Cov-2 (COVID-19) se faz necessário uma reflexão sobre novas condutas. A Organização Mundial da Saúde (OMS) em 30 de janeiro de 2020 declarou o surto da doença ocasionada pelo Coronavírus (COVID-19) anunciando-a como uma situação mundial capaz de tirar a vida de muitos cidadãos³⁶.

O diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2020), Tedros Adhanom, declarou, no dia 11 de março de 2020, elevação do estado da contaminação pelo Coronavírus. No mesmo dia foi esclarecida que a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia³⁷, cuja classificação não é pela sua gravidade, mas sim pela sua rápida disseminação geográfica.

Pandemia, palavra de origem grega, formada com o prefixo neutro *pane* *demos*, povo, foi pela primeira vez empregada por Platão, em seu livro *Das Leis*. Platão usou-a no sentido genérico, referindo-se a qualquer acontecimento capaz de alcançar toda a população. No mesmo sentido foi também utilizada por Aristóteles. Galeno utilizou o adjetivo pandêmico em relação a doenças epidêmicas de grande difusão. A incorporação definitiva do termo *pandemia* ao glossário médico firmou-se a partir do século XVIII, encontrando-se o seu registro em francês no *Dictionnaire universel français et latin*, de Trévoux, de 1771. Em português foi o vocábulo dicionarizado como termo médico por Domingos Vieira, em 1873. O conceito moderno de *pandemia* é o de uma epidemia de grandes proporções, que se espalha a vários países e a mais de um continente, Exemplo tantas vezes citado é o da chamada "gripe espanhola", que

³⁶ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE- OPAS, 2020.

³⁷ Ibid.

se seguiu à I Guerra Mundial, nos anos de 1918-1919, e que causou a morte de cerca de 20 milhões de pessoas em todo o mundo³⁸.

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) começou a orientar o Brasil para o enfrentamento da pandemia com instruções técnicas para a população, estando desde janeiro de 2020 atuando conjuntamente com o Ministério da Saúde do Brasil para o enfrentamento da COVID-19.

Antes do primeiro caso notificado da doença na América Latina, a OPAS organizou em fevereiro, junto com a **Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)** e o **Ministério da Saúde do Brasil**, um **treinamento para nove países sobre diagnóstico laboratorial do novo coronavírus**. Participaram da capacitação especialistas da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai. Durante a atividade, os participantes fizeram um exercício prático de **detecção molecular do vírus causador da COVID-19**, além de revisarem e discutirem sobre as principais evidências e protocolos disponíveis. A OPAS também doou ao Brasil primers e controles positivos, que são materiais essenciais para **diagnóstico do coronavírus**, e – junto com as autoridades de saúde brasileiras – disponibilizou reagentes para outros países da região das Américas. (grifo original)³⁹

Com preocupação frente os avanços da Pandemia a Organização Pan-Americana da Saúde e o Ministério da Saúde do Brasil elencaram a obrigação de cuidados específicos para o sistema de saúde não entrar em colapso. Uma das principais recomendações da OMS adotada pelo Governo brasileiro foi o isolamento social, ou seja, tal orientação é de suma importância para a saúde e segurança de todos os cidadãos, não só do Brasil, como também do mundo todo.

O Ministério da Saúde do Brasil realizou um mapeamento estratégico sobre atuações necessárias tais como: respiradores distribuídos, leitos de UTI, teste rápido, entre outros. Nesse viés, uma importante conduta foi realizada pelo Estado do Rio Grande do Sul⁴⁰ trazendo mecanismos próprios para tentar cuidar dos seus cidadãos com um modelo de distanciamento controlado sendo construído com base em critérios de saúde e de atividade econômica.

Assim, um sistema de bandeiras foi realizado pelo Estado possuindo protocolos e critérios exclusivos/particulares para diferentes setores da economia⁴¹, ocasionando um sistema próprio para tentar diminuir os impactos da pandemia COVID-19 no Estado.

Com isso, o Estado do Rio Grande do Sul trouxe o sistema de bandeiras baseadas nas cores amarela, laranja, vermelha e preta, onde semanalmente é analisado por Região para saber a situação, havendo um mapeamento constante para melhor atender as necessidades de cada local. É com esse plano gestor que o Estado conseguiu diminuir

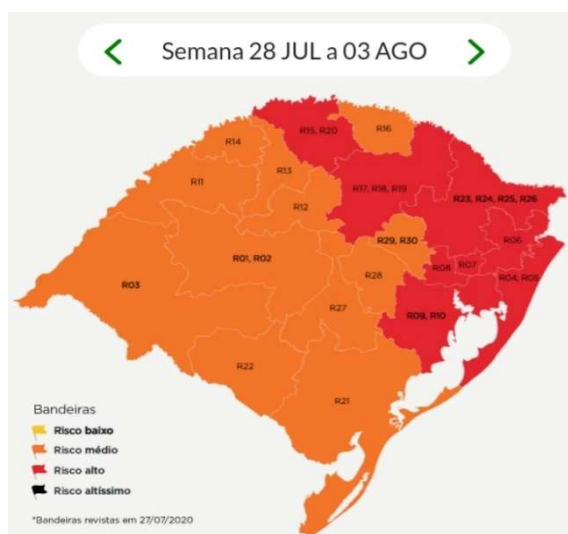
³⁸ REZENDE, Joffre Marcondes de. Epidemia, endemia, pandemia, epidemiologia. *Revista de Patologia Tropical*. [S.l.], v. 27, 1998. p. 154.

³⁹ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE- OPAS, 2020.

⁴⁰ As informações estão no formato público sendo de livre acesso para a sociedade como um todo.

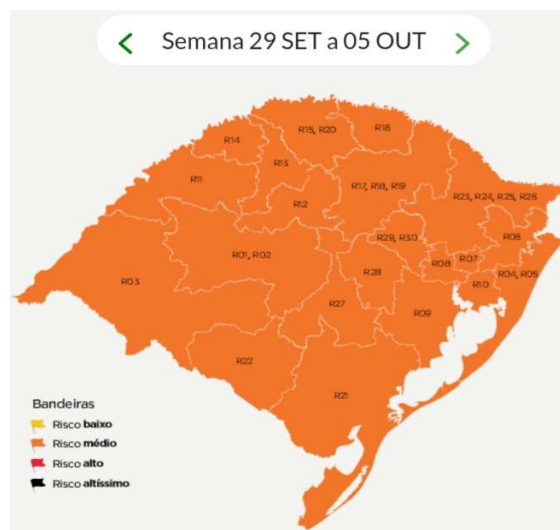
⁴¹ Estado do Rio Grande do Sul, 2020.

inúmeros impactos e atendeu as especificações técnicas da Organização Mundial da Saúde (OMS)⁴².



Fonte: Estado do Rio Grande do Sul “Modelo de distanciamento controlado”

Essa sistemática, entendeu o Estado, ser viável e eficaz para cuidar de sua população e conscientizar sobre a precisão do distanciamento social. Com base nesse modelo de distanciamento o Estado alcançou resultados que devem ser considerados, haja vista que conseguiu a diminuir os impactos da crise sanitária que vem assombrando o mundo ocasionando inúmeras mortes e um sofrimento sem fim.



Fonte: Estado do Rio Grande do Sul “Modelo de distanciamento controlado”⁴³

O Estado do Rio Grande do Sul adotou o distanciamento social de forma diferente dos outros Estados do Brasil onde colheu e está colhendo resultados interessantes como

⁴² Estado do Rio Grande do Sul “Modelo de distanciamento controlado”. Disponível em: <https://distanciamentocontrolado.rs.gov.br/>.

⁴³ Ibidem.

se pode notar no mapa acima, sendo que a bandeira na cor laranja significa risco médio, ou seja, há uma perspectiva de melhorar ainda mais.

A gestão do atual governo gaúcho demonstra que agindo a partir do pensar coletivo se pode conquistar resultados satisfatórios e a cooperação dos gaúchos e gaúchas foi essencial para alcançar os presentes resultados.

Outra situação é a política de monitoramento que auxilia as decisões da estratégia de enfrentamento à Covid-19, baseada em distanciamento social, onde o acompanhamento da taxa de ocupação de leitos, principalmente em UTIs, é essencial para as ações de combate à pandemia no RS. Para que esse rastreamento ocorra em tempo real, o governo desenvolveu um sistema de informações alimentado pelos próprios hospitais.

Assim, as pesquisas de prevalência da COVID-19, como a que está sendo realizada pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel em parceria com universidades gaúchas, também auxiliam na coleta de dados sobre o status da doença.

Forçoso constatar que diante do cuidado e da noção de coletivo é que o direito fraterno pode ser mencionado, pois a pandemia COVID-19 trouxe uma importante reflexão à necessidade de cuidar e (se) proteger a todos, vinculando-se à cidadania responsável e a enxergar o outro com humanidade proporcionando uma transformação social e humana. Com isso, se percebe a precisão de se refletir sobre uma cidadania participativa, evolutiva e humanizada em prol do coletivo.

É com esse viés de se tomar cuidado que se elenca o direito fraterno e sua responsabilidade com o outro/irmão havendo uma verdadeira harmonia entre as situações que precisam ser refletidas, entendidas e protegidas. O direito fraterno é a vinculação do cuidado com o próximo e se elenca a mediação em Warat e seu propósito de empoderar os sujeitos com base no respeito, afeto e no pertencimento.

Para Luis Alberto Warat a mediação realiza a cidadania evolutiva e participativa sem a interferência do Estado, mas com o intuito de demonstrar que os atores sociais podem ser protagonistas das suas relações e o direito fraterno enaltece as relações a serem vistas com harmonia e amplitude.

Dessa forma, se as pessoas entenderem que uns precisam dos outros os danos ocasionados pela pandemia poderiam ser menores, havendo um cuidado social e as relações serem mais afetuosas, responsáveis e cidadãs, sendo os sujeitos percussores de uma nova e necessária postura em prol da coletividade.

Importante mencionar, que para a construção de uma cidadania se faz necessário o direito fraterno e a mediação em Warat proporciona uma força cidadã almejando relações mais afetuosas e respeitadas.

Conclusão

O trabalho elencou o direito fraterno e a mediação de Luis Alberto Warat como formas de (re)ver uma sociedade que carece de um olhar mais humano. No primeiro momento trouxe o direito fraterno e a necessidade de um olhar para o coletivo

proporcionando relações mais afetuosas e ciente que todos precisam de todos.

Posteriormente trouxe a mediação em Luis Alberto Warat e suas contribuições para tratar os conflitos e a necessidade de viver a mediação e não a institucionalização da mesma que ocasiona um retrocesso social.

Nesse contexto, elencou a situação da pandemia COVID-19 e a atuação do Ministério da Saúde e Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) na amenização da situação sanitária no Brasil demonstrando o mapeamento de insumos estratégicos do governo brasileiro e um importante exemplo do Estado do Rio Grande do Sul com mecanismos próprios para amenizar a situação sanitária.

Nessa vertente, em uma situação de extrema relevância em nosso país se demonstra a necessidade de enaltecer o direito fraterno e a mediação de Luis Alberto Warat na (re)construção de novos horizontes nas relações.

Fomentar o direito fraterno e a mediação de Warat especificamente nesse momento difícil poderia ocasionar um novo olhar nas relações e novas condutas na visão coletiva. É com esse aspecto que se pode amenizar os danos ocasionados pela pandemia COVID-19 incentivando uns a cuidar dos outros, ou seja, o empoderamento dos sujeitos nas relações e restabelecer a precisão de agir para o bem de todos.

Assim, não é pretensão do trabalho afirmar que o direito fraterno e a mediação de Warat irão salvar vidas na conjuntura sanitária, mas, certamente, poderão evitar os descasos ocasionados pelos cidadãos contrariando as normas de saúde esclarecidas tecnicamente pelas autoridades como a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).

Dito isso, há inúmeros casos de cidadãos que seguiram as orientações da OMS e do próprio Governo do Estado, sendo que atitudes como estas ocasionam a amplitude da pandemia COVID-19.

Se cada cidadão e cidadã tiver a responsabilidade fraterna de cuidar a si e dos outros a crise sanitária pode ser consideravelmente diminuída, entendendo que todos os esforços em prol da coletividade podem fazer a diferença.

Nessa perspectiva, se todos cumprirem com o seu papel social, se poderia ter um reflexo positivo na sociedade como um todo, como bem ressalta o direito fraterno e a mediação em Luis Alberto Warat.

É com esse cuidado em âmbito grupal que a mediação waratiana e o Direito Fraterno poderiam dar respostas viáveis, concretas e satisfatórias em tempos tão difíceis.

Logo, conclui-se que a mediação em Warat e o Direito Fraterno devem ser fomentados nas relações para termos uma sociedade mais humana e ciente do seu papel para que casos semelhantes como este possam ser amenizados pela conscientização, afeto e responsabilidade coletiva.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. Sociedade Fraterna. In: Barzotto. *et al. Direito e Fraternidade: Outras Questões*. Porto Alegre: Sapiens, 2018.

FOLLETT, Mary Parker. *Mary Parker Follett: profeta do gerenciamento*. Tradução de Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008.

LOPES, Francisco Ribeiro; BERTASO, João Martins. *Reconstruindo Pontes para uma Nova Justiça*. Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2019.

LOPES, Francisco Ribeiro; COITINHO, Viviane T. Dotto. (re)estruturando as relações de consumo através do instituto da mediação. In: MONTEIRO, Maria Darlene Braga Araújo; BARROS (Orgs.). *Mediação, conciliação e arbitragem: teoria e prática*. v. 2. Ceará: Inesp. 2018.

MARTINS, Janete Rosa. *Diálogos e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos*. Tomo 9. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://covid-insumos.saude.gov.br/paineis/insumos/painel.php>. Acesso em 26 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em 26 jun. 2020.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

REZENDE, Joffre Marcondes de. Epidemia, endemia, pandemia, epidemiologia. *Revista de Patologia Tropical*. [S.l.], v. 27, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora/São Leopoldo: Unisinos, 2012.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. Apontamentos sobre a fraternidade: por uma racionalidade teórico-prática de sua sistematização jurídica. *AmicusCuriae*. Criciúma, SC, Universidade do Extremo Sul Catarinense, v. 8, n. 8, 2011. Disponível em: periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/view/572. Acesso em 10 jun. 2020.

SERBENA, Cesar Antônio. Considerações sobre o Juiz, a sentença e a tutela preventiva na história do processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, v. 40, p. 107-122, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1736/1436>. Acesso em 27 jul. 2020.

STUART, MILL. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em:
<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>.
Acesso em 20 jun. 2020.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Argentina: Angra Impresiones, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador I: Surfando na pororoca*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador II: A escuta dos marginalizados*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Data de Recebimento: 07/10/2020.

Data de Aprovação: 27/02/2021.

A TEORIA DA NORMA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASOS

STANDARD THEORY AND THE FEDERAL SUPREME COURT: CASE STUDY

Flávio Quinaud Pedron*
Fábio Lopes Rodrigues**

RESUMO

O presente trabalho visa abordar e estudar, a teoria das normas de Robert Alexy para fins de solução de hard cases, bem como a forma como o Supremo Tribunal Federal a empregou em alguns de seus casos mais famosos, como, por exemplo, o caso Gloria Trevi (Rcl. 2040/DF). Será abordada a racionalidade pretendida pelo autor alemão e se a Corte Suprema, nos julgados invocados, vem observando a contento, a tese alexyana do balanceamento. Como metodologia, será empregada a revisão bibliográfica para desenvolvimento de uma perspectiva hermenêutica crítica.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Balanceamento; Teoria das normas de Robert Alexy.

ABSTRACT

The present work aims to approach and discuss, Robert Alexy's legal theory for the purpose of solving hard cases, as well as how the Brazilian Supreme Court used it in some of its most famous cases, such as, for example, the Gloria Trevi case (Rcl. 2040/DF). The rationality intended by the German author will be addressed and if the Supreme Court, in the cases invoked, has been satisfactorily observing the alexyana thesis of balancing. As a methodology, a bibliographic review will be used to develop a critical hermeneutic perspective.

Key-words: Brazilian Supreme Court; Balancing; Robert Alexy's Legal Theory.

INTRODUÇÃO

Robert Alexy é, sem sombra de maiores dúvidas, um dos jusfilósofos mais citados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, mormente quando do enfrentamento dos chamados *hard cases* ("casos difíceis"), conforme será abordado no decorrer deste trabalho. A teoria das normas, baseada em princípios e em regras, trabalhada pelo autor

* Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto IV da PUC Minas. Professor Adjunto do IBMEC. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi - Bahia. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>. E-mail: flavio@pedronadvogados.com.br.

** Mestrando em Direito pela UNIFG - BA (Centro Universitário FG). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhuera - Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - BA. Professor auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia, campus XX Brumado-BA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6561321114402640>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7418-9083>. E-mail: baumlopes@hotmail.com.br.

alemão, tem sido invocada das mais variadas formas para justificar as decisões que se pretende, inclusive na busca por uma racionalidade judicial, a fim de se evitar abusos e arbítrios pelos julgadores.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, diante dos casos que lhe é apresentado, não vem mantendo a coerência na adoção da tese alexyana, por vezes empregada sem qualquer critério metodológico e de maneira equivocada, interpretando as premissas teóricas do autor como uma possibilidade inadequada de ato de escolha do julgador, em verdadeiro solipsismo judicial¹ adotando, dessa forma, o balanceamento como um “artifício mágico”, uma espécie de “método coringa” de motivação judicial.

Essa situação pode ser justificada em face da importação de teorias estrangeiras, sem o necessário rigor científico em sua aplicabilidade. De tal maneira, abandona-se, assim, todo um contexto interpretativo, ao deixar de lado o positivismo jurídico e partir para uma análise menos reducionista das normas, um dos pontos que interessa ao presente ensaio.

Portanto, se faz necessário analisar o pensamento alexyano proposto na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” para, a partir daí - e como base teórica - verificar sua adequabilidade aos casos que serão cotejados.

Para isso, o presente estudo será dividido em três tópicos: uma introdução, onde o objeto de estudo será situado; o desenvolvimento, onde serão abordados dois subtópicos, um atinente à teoria da norma de *Robert Alexy* e o outro ligado ao cotejamento dos casos judiciais selecionados. Por fim, a conclusão, na qual será feita uma sucinta análise final sobre o tema debatido.

A teoria das normas de Robert Alexy

A teoria das normas em *Robert Alexy* se baseia em clara distinção entre princípios e regras², sendo a base fundante no âmbito dos direitos fundamentais³. De acordo com o autor, “sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”⁴.

A distinção⁵ entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas⁶.

Princípios, na visão do jurista de Kiel, são normas que ordenam que algo seja

¹ Utilizando expressão de Lênio Streck. STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2017. p. 273.

² Não que isso seja uma inovação do autor, pois, antes dele, Ronald Dworkin, já havia abordado a existência de regras, princípios e diretrizes políticas, em sua obra *Levando os direitos a sério*. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 86.

⁴ Id.

⁵ A generalidade seria o primeiro critério. Princípios possuem alto grau de generalidade. Já as regras não.

⁶ ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 87.

realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, portanto, mandamentos de otimização⁷, que podem ser satisfeitos a depender da situação posta. Nesse sentido, à aplicabilidade do princípio demandará um esforço interpretativo a fim de que, diante do caso concreto, seja feita a opção pela melhor alternativa de maneira qualitativa.

Conforme o autor, as possibilidades fáticas e jurídicas são o que definem a forma como o princípio será aplicado, justamente pelo caráter *prima facie* existente. Assim:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastados por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.⁸

Mas, o que poderíamos entender por mandamentos de otimização? Alexy defende que, como mandamentos, os princípios estão inseridos em âmbito deontológico, do dever ser, da proibição, permissão⁹. Cabe esclarecer que uma norma somente poderia ter sua aplicação em diferentes graus se passássemos a equiparar princípios a valores,¹⁰ inserindo-os em um nível *axiológico* (e não deontológicos), “ligado a questões de preferências subjetivas”¹¹.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas¹², exigindo “que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”. Segundo o autor:

Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹³

Questão relevante, inclusive para fins de diferenciação¹⁴, está ligada à resolução de conflitos entre normas, na medida em que as duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis, conforme aduziu o próprio professor alemão.

⁷ ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 146.

⁸ *Ibid.*, p. 103-104.

⁹ *Ibid.*, p. 145-146.

¹⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019. p. 44.

¹¹ Registre-se que os autores não encampam a discricionariedade judicial na teoria da argumentação.

¹² ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 91.

¹³ *Id.*

¹⁴ “A diferença entre regras e princípios mostra-se com mais clareza no caso de colisões entre princípios e conflitos entre regras”. *Ibid.*, p. 91.

Quando se fala em conflitos entre regras, espécies de normas jurídicas, a solução pela subsunção perpassa pela inserção da chamada cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade, ambas possibilidades recaindo sobre uma das regras. No primeiro caso, a própria regra contém uma exceção, como no exemplo fornecido pelo próprio Alexy na proibição de sair da sala de aula antes do tempo permitido¹⁵. Já no segundo (declaração de invalidade), são utilizados critérios hermenêuticos tradicionais para afastar a regra declarada inválida¹⁶. Se não houver nenhuma dessas possibilidades, a regra será de caráter definitivo.

No caso dos princípios, um deles deverá ceder, havendo balanceamento com base na dimensão do peso¹⁷, analisando-se uma relação de precedência, haja vista que somente um deles deverá ter aplicabilidade (aquele de maior envergadura), sem declaração de invalidade do outro afastado. Assim: “Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por si só, de prioridade.’”¹⁸. E prossegue Alexy:

Se dois princípios colidem -o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.¹⁹

Entretanto,

[...] diante de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha, naquele caso concreto, maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Perante outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, isso porque nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais. [...]

No final, percebe-se que a distinção que toma lugar na teoria de Alexy separa princípio e regra por meio de critérios morfológico-estruturais, ou seja, as condições de aplicação se dão de maneira prévia à situação real e concreta de aplicação, de modo que é possível, nessa perspectiva teórica, analisar uma norma em abstrato e ter segurança de que estamos diante de um princípio ou de uma regra.²⁰

¹⁵ Não é permitido sair antes que o sinal toque, salvo se soar o alarme de incêndio. Temos uma exceção dentro da regra.

¹⁶ Hierarquia, especialidade, cronologia.

¹⁷ O peso não é dado de maneira absoluta pelo intérprete, ao menos assim se deseja. A relatividade está presente, na medida em que o princípio oposto deverá sempre ser considerado.

¹⁸ ALEXY, Robert., 2008. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁹ Id.

²⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar, 2019. *Op. cit.*, p. 43-44.

*Atienza e Manero*²¹, adotando o aspecto normativo da argumentação jurídica, indicam que o papel dos princípios contrasta com o das regras na medida de sua contribuição, a depender do ponto de vista argumentativo.

De acordo com os autores espanhóis, os princípios seriam menos que as regras quando se observasse a possibilidade de economia de tempo na decisão, “Se uma regra é aceita, então se evita ter que entrar em um processo de ponderação”.

A regra operaria, portanto, um “elemento que reduz a complexidade dos processos de argumentação.”, diferentemente dos princípios, onde permaneceria a obrigação da ponderação. Os princípios, para os autores e quanto ao ponto, ainda seriam “menos concludentes” que as regras. Defendem, entretanto, que:

os princípios são também mais que as regras em outros dois sentidos. Por um lado, porque ao estar enunciados –ou poder enunciar-se –em termos mais gerais, entram também em jogo em um maior número de situações; isto é, ao ter um maior poder explicativo que as regras, têm também um maior alcance de justificação. Por outro lado, a menor força dos princípios como premissas da argumentação prática vai emparelhada a uma maior força expansiva. Assim, por exemplo, a partir das premissas “todos os homens fisicamente aptos deverão fazer o serviço militar” e “si você sofrer uma intervenção cirúrgica, passará a ser considerado fisicamente apto” não se conclui que “deve sofrer uma intervenção cirúrgica”, e nem sequer que “existe uma razão para que você sofra uma intervenção cirúrgica” (pois é possível que um homem não deseje fazer o serviço militar, de maneira que, para ele, isso não conta como razão). Em troca, a partir do princípio de que “os espanhóis têm direito a uma moradia digna” junto com o enunciado “baratear os créditos para moradias facilita que um maior número de pessoas consiga uma moradia digna” pode-se concluir, pelo menos, que “há uma razão para que o Estado barateie os créditos para a compra de moradias”.²²

O que é abordado pelos professores espanhóis, no ponto exposto, não colide com o até aqui apresentado, sendo que os princípios, que são aplicados *prima facie*, demandam interpretações das situações fáticas e jurídicas postas para, ao final e ao cabo, serem aplicados. Não haveria, com efeito, perfeita compatibilização imediata, demandando esforço argumentativo. Já as regras tendem à aplicabilidade mais facilitada, sendo por isso, mais objetiva bem como com menor espaço para ampliação.

Registre-se que, para Alexy, existem os casos fáceis (*easy cases*), resolvidos pela subsunção, e casos difíceis (*hard cases*), que demandam um esforço argumentativo sobre a colisão de princípios.

O caso *Lebach*, precedente julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1973,

²¹ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e reglas*. Tradução de Renata Quinaud Pedron e de Flávio Quinaud Pedron. Revisão de Emílio Peluso Neder Meyer. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. Guanambi/BA, v. 4, n. 01, p. 04-24, 13 de outubro de 2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144>. Acesso em 19 jun. 2020. Artigo originalmente publicado na revista *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 10, p. 101-120, 1991.

²² Id, p. 20.

é um exemplo da aplicabilidade dos argumentos ora debatidos²³, sendo citado na obra Teoria dos Direitos Fundamentais. Em 1969, em *Lebach*, oeste da Alemanha, quatro soldados foram assassinados e as armas roubadas, enquanto vigiavam (sentinelas) um depósito de munição do exército alemão. A emissora de televisão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) planejava exibir um documentário intitulado “O assassinato de soldados em Lebach”, narrando os acontecimentos com riqueza de detalhes, fotografias e indicação nominal dos condenados.

Entretanto, um deles, que estava próximo de conseguir a liberdade, portanto após o fato criminoso e a condenação, entendeu que a exibição do documentário violaria direito fundamental seu, “sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada”.

Após ter seu pedido negado nas instâncias inferiores, uma reclamação constitucional levou o caso ao Tribunal Constitucional Federal, que, ao realizar o sopesamento²⁴ dos bens jurídicos envolvidos – liberdade de informação jornalística versus proteção da esfera privada da pessoa retratada –, com base no princípio da proporcionalidade e na técnica da ponderação de interesses (sopesamento), entendeu prevalecer a proteção da personalidade humana em detrimento da liberdade de rádio fusão, impedindo então, a divulgação do programa.

O julgamento se desenvolveu em três etapas, conforme narra Alexy:

Na primeira etapa constatou-se uma “situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, §1º, da Constituição alemã e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2º”. Também aqui o primeiro princípio será simbolizado por P1, e o segundo por P2. Isoladamente considerados, P1 levaria à proibição, e P2 à permissão da exibição do programa. [...]. Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujo valores abstratos estão no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P2) no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos” (C1), ou seja, (P2 P P1) C1. Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte tático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções. A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da “repetição noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia. Nesse sentido, vale o enunciado de preferência P1 P P2) C2. C2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização)²⁵.

Ao final, para o tribunal, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é

²³ ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 99-103.

²⁴ Lei do sopesamento: Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. *Ibid.*, p. 167.

²⁵ *Ibid.*, p. 102.

proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais²⁶. Em verdade, o tribunal avaliou o caso na dimensão do peso dos princípios envolvidos, dando primazia ao esquecimento²⁷.

Importante pontuar que em momento algum Alexy defende uma resolução de colisão entre princípios por meio da ponderação direta entre eles, e aqui reside, *data vênia*, um grave equívoco dos aplicadores da teoria no Brasil. Consoante Streck:

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”. [...]

Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação (Abwägung) em um “princípio”. Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.²⁸

Tomando o raciocínio do autor alemão, primeiro se aplica a técnica (metodologia) da ponderação, através do princípio da proporcionalidade e suas sub-regras da adequação²⁹, necessidade³⁰ e proporcionalidade em sentido estrito³¹, sendo que, somente caso a solução não tenha sido encontrada nos dois primeiros vetores, parte-se para o último (proporcionalidade em sentido estrito), que apontará qual dos princípios deverá

²⁶ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 102.

²⁷ Apesar de não ser o foco o presente artigo, vide os seguintes precedentes quanto “direito ao esquecimento”: REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, “chacina da Candelária”; REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, “caso Aída Curi”.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba/PR, v. 10, n. 10. p. 2-37, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em 20 jun. 2020. Em igual sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2017. p. 150.

²⁹ Assim, adequação não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a rejeição de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Vide PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019. p. 44.

³⁰ Meio menos gravoso.

³¹ Sopesamento propriamente dito.

prevalecer (preceder) no caso concreto³². Logo:

Tal procedimento teórico é na realidade uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica que, se seguida, conduziria a decisões dotadas sempre de racionalidade. Nesse prisma, então, temos de acentuar que para Alexy a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma perspectiva formal, ou seja, se forem observadas as sub-regras do método de “proporcionalidade”, independentemente do conteúdo concreto da decisão, esta deverá ser considerada racional.³³

Voltando ao caso *Lebach*:

Não pode haver dúvidas de que o tribunal decidiu o caso por meio de um sopesamento entre princípios. Mas é possível indagar se esse era o único caminho possível. E são considerações feitas pelo próprio tribunal que dão ensejo a essa indagação, quando ele examina se a transmissão de um programa que identificasse o reclamante seria adequada e necessária para os objetivos perseguidos pela emissora ZDF. Dentre esses objetivos estão, por exemplo, o esclarecimento da população sobre a eficácia das sanções penais, um efeito intimidador sobre outros possíveis criminosos e um “fortalecimento da moral pública e da responsabilidade social” (BVerfGE 35, 202 (243)).’ Diante disso, seria possível sustentar que o caso poderia ter sido resolvido não no nível do sopesamento entre valores ou princípios constitucionais, ou seja, não na terceira etapa da máxima da proporcionalidade (cf., a respeito, Lothar Hirschber, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1982, pp. 2 e ss.; cf. também o tópico I.8, neste Capítulo), mas nas etapas anteriores - da adequação e da necessidade (nesse sentido, cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 34). Mas dessa forma teria sido possível apenas excluir a identificação nominal do reclamante e a exposição de sua imagem. No entanto, como o tribunal pressupõe que o reclamante teria seus direitos violados mesmo sem sua identificação nominal e sem a exposição de sua imagem (BVerfGE 35, 202 (243)), a decisão na terceira etapa da máxima da proporcionalidade era inafastável. Somente se o tribunal não tivesse partido dessa premissa é que seria possível solucionar o caso apenas com o auxílio das máximas da adequação e da necessidade.³⁴

Partindo-se da ponderação, com base em critérios de precedência (peso), o tribunal alemão chegou a um consenso de que não deveria ser permitida a publicação da reportagem, sob o ponto de vista dos conflitos em jogo.

Registre-se que não é intenção deste estudo demonstrar a fórmula matemática desenvolvida por Alexy na busca da pretensa racionalidade das decisões judiciais, ainda que sofra críticas sobre espaços deixados para a discricionariedade do intérprete³⁵. O que

³² Vide parecer exarado por Lenio Streck e André Karan em caso envolvendo visitas ao ex-presidente Lula quando custodiado no Paraná. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-prerrogativas-ex-presidentes.pdf>. Acesso em 20 abr. 2020.

³³ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019. p. 45.

³⁴ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 101.

³⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. A crítica da teoria hermenêutica de Lenio Streck à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista do Instituto de Hermenêutica*

se almeja é ilustrar que sequer a teoria argumentativa desenvolvida pelo autor é adotada fielmente, o que será feito no tópico seguinte.

Dos *cases* judiciais no Brasil

Estabelecidas as premissas teóricas, ao menos naquilo que interessa ao presente artigo, serão analisados alguns *cases*³⁶ do Supremo Tribunal Federal que, pretensamente, aplicaram o raciocínio alexyano³⁷.

O primeiro julgado aqui abordado se trata do HC 82.424-2/RS³⁸, de 09/2003, caso “*Ellwanger*”³⁹, onde o pleno analisou⁴⁰ se haveria garantia constitucional à liberdade de expressão em obras⁴¹ de responsabilidade do paciente ou ofensa a dignidade da pessoa humana, chegando à conclusão de que os judeus deveriam ser considerados raça e, dessa forma, atos antissemitas contidos nas obras deveriam ser considerados crimes de racismo e, por consequência, imprescritíveis.

A “colisão” entre direitos fundamentais foi estabelecida entre a liberdade de expressão *versus* dignidade da pessoa humana, no caso, os judeus. Todavia, de plano já se percebe que houve uma leitura aquém da necessária, na medida em que discurso de ódio (*hate speech*) não encontra salvaguarda constitucional. A liberdade de manifestação, de pensamento, simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento

Jurídica - RIHJ. Belo Horizonte/MG, n. 24, p. 101-119, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/39409824/A_cr%C3%ADtica_da_teor%C3%ADa_hermen%C3%AAutica_de_Lenio_Str%C3%A0ck_%C3%A0_teor%C3%ADa_dos_princ%C3%ADpios_de_Robert_Alexy. Acesso em 15 abr. 2020. MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro/RJ, v. 19, n. 35, p.147-166, 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrrj/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexys-para>. Acesso em 18 jun. 2020. Por fim, vide o capítulo da “Ponderação”, em STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2017. p. 153-157.

³⁶ Alguns bem conhecidos. Para aprofundar mais sobre o tema, vide tese de doutorado de Fausto Santos de Moraes, intitulada *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio de proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, pela UNISINOS, defendida em 2013, onde o autor analisou 189 casos julgados pela corte.

³⁷ Não será observado o critério cronológico.

³⁸ HC 82424, Relator(a): Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082424%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 29 jun. 2020.

³⁹ Siegfried Ellwanger Castan, gaúcho, escritor, editor, sócio da Revisão Editora Ltda, condenado pelo crime de racismo (art. 20, Lei 7.716/89) ao negar o holocausto e negar a raça humana aos judeus.

⁴⁰ Absolvido em primeira instância, foi condenado pelo TJ/RS. STJ e STF mantiveram a decisão.

⁴¹ Ora escrevendo, ora editando: “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”; “O Judeu Internacional”, autor Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os protocolos dos Sábios de Sião”, esses três últimos de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio Oliveira; e “Os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko.

racista⁴². Só com isso, conclui Streck, já seria possível afastar qualquer pretensão de colisão de princípios.

Ora, se não há proteção a discursos de ódio, que encontra limites constitucionais, então sequer haveria de se cogitar colisão de direitos. Essa é, ou deveria ser, a conclusão mais lógica, mas o debate foi extenso e a teoria de Alexy foi invocada em diversos momentos.

O voto condutor vencedor proferido pelo Ministro Maurício Correa, citou que deveria haver uma “ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição (...). Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem ponderar os direitos (...)”.

O ministro Celso de Mello, votando no mesmo sentido do voto vencedor, por sua vez, chegou a aduzir a existência de um “verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica”, para, em momento seguinte entender que:

(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar na utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta⁴³, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, de que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (...).

Gilmar Mendes, acompanhando os ministros citados, tratou expressamente em seu voto sobre a colisão de princípios defendida por Alexy, bem como a aplicação das sub-regras da proporcionalidade para precedência do valor em jogo. Em certo ponto até mesmo o caso *Lebach* foi repisado. Todavia, o fez para aplicar a ponderação entre princípios de forma imediata, sem considerá-la como *ultima ratio*, conforme já discorrido neste artigo.

Já o Ministro Marco Aurélio, após realizar seu raciocínio igualmente sobre a ponderação, expressão inclusive que utiliza em diversas passagens de seu voto, entendeu de modo diverso aos colegas citados anteriormente, concedendo a ordem em favor do paciente. De acordo com o Ministro:

(...) estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de se definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade

⁴² STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba/PR, v. 10, n. 10. p. 2-37, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁴³ Rememore-se que Alexy passa a considerar, na dimensão do peso, princípios como valores, axiomas.

de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela. (...) como afirma Robert Alexy (...) todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como “especialidade” (...) “hierarquia” (...) ou “anterioridade” (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”. (...)

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo (...).

Chama atenção, quanto ao mencionado voto, que, apesar da ponderação utilizada, chegou a um resultado diverso dos pares que denegaram a ordem, o que demonstra que a tese alexyana acaba sofrendo o influxo do subjetivismo do julgador. Se é ponderado espera-se que o resultado seja semelhante, previsível, mas não é o que ocorre(u).

Importante pontuar que, em momento algum, a lei do balanceamento sequer foi versada.

Um segundo caso analisado ficou conhecido como o “caso *Glória Trevi*”, Reclamação 2040/DF⁴⁴, que tratou sobre alegado “estupro carcerário” sofrido pela artista mexicana *Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz*, em 2002, quando presa na carceragem da Polícia Federal no DF por ordem do STF para fins de extradição. De acordo com relatos da reclamante (vítima, em tese), ela teria sofrido abusos sexuais praticados por Polícias Federais e detentos, resultando em gravidez.

Em resumo, após acusação se tonar pública em matéria jornalística que ganhou repercussão nacional, a Polícia Federal requereu a realização de exame de DNA para identificar o pai do filho que *Glória Trevi* esperava, considerando que a referida se negava em relatar quem seria o pai da criança. O pedido foi deferido por um juiz federal de primeiro grau, o que, diante da detenta estar custodiada a mando do STF para fins de instrução de processo de extradição, levou a defesa a ajuizar reclamação constitucional perante aquela corte.

Na análise do mérito, o Supremo entendeu que deveria prevalecer a imagem da instituição e de seus agentes⁴⁵, autorizando o exame na placenta recolhida logo após o nascimento da criança. No entender da tese vencedora, a colheita do material genético se daria em material considerado lixo biológico e, portanto, não protegido pelo direito à intimidade. O julgado restou assim ementado:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradição n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de

⁴⁴ STF, Rcl 2040 QO, Relator(a): Néri Da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00045 EMENT VOL-02116-01 PP-00129. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1997002>. Acesso em 29 jun. 2020.

⁴⁵ Como se isso, por si só, fosse suficiente para solucionar a acusação de estupro.

se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

O julgado é importante na medida em que, mais uma vez, argumentos da teoria de *Robert Alexy* foram invocados para justificar a conclusão dos votos, desconsiderando, entretanto, que não há para o autor e conforme já aludido, colisão direta entre princípios apta a ser sopesada.

Votos dos Ministros Néri da Silveira⁴⁶ e Sepúlveda Pertence⁴⁷ invocaram a ponderação, colisão de direitos, solução de conflito, proporcionalidade. A própria decisão reclamada (do juiz de piso), por sua vez, expressamente abordou a teoria alexyana em sua fundamentação. Nesse sentido:

Sendo inviável neste caso concreto a contemporização do direito fundamental da intimidade com os bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação do princípio da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que façamos, como metódica de solução do conflito, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema, qual dos princípios terá maior peso para uma o norma de decisão justa para o presente caso concreto. Para isso teremos imperativamente

⁴⁶ Rejeitaram o pedido principal.

⁴⁷ "No caso concreto, tratando-se tipicamente de uma hipótese de ponderação ad hoc entre valores constitucionais contrapostos, não tenho dúvida - tais quais os eminentes Colegas que me antecederam e o magnífico voto do eminente Ministro-Relator - em afirmar a prevalência dos interesses constitucionalmente relevantes que se opõem, no caso, à pretensão de intimidade veiculada pela reclamação".

que restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos colidentes, de maneira a concretizar de forma ótimo estes bens constitucionais, que por terem natureza principal, são considerados, nas palavras de Alexy, verdadeiros “mandatos otimização”. (...)

Assim, os direitos fundamentais são direitos *prima facie*⁴⁸, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma, é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer, em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que outro direito.

Ao que parece, e essa é uma constatação baseada na observação dos julgados, invoca-se o raciocínio da teoria ora abordada com o fito de justificar posições pessoais, e não racionalizar a decisão, o que certamente, enfraquece um dos principais objetivos almejados por Alexy.

Um outro caso estudado se refere a ADI 4815/DF⁴⁹, que tratou das biografias não autorizadas. Nela, se estabeleceu um conflito entre normas constitucionais da liberdade de expressão e de informação *versus* inviolabilidade da intimidade e privacidade dos biografados. Assim como também atingiu seus familiares e terceiros retratados, considerando que a celeuma se singularizava na necessidade ou não de autorização prévia para divulgação de obra biográficas, entendendo, o tribunal, pela desnecessidade.

No voto vencedor da relatora, Min. Carmen Lúcia, malgrado tenha afirmado expressamente a existência de um conflito aparente de normas, aduziu que haveria de se acolher o “balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias”. Momento seguinte citou expressamente *Robert Alexy* e a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, quando abordou a colisão de princípios para, posteriormente, suscitar o “critério da ponderação para interpretação de normas e solução de casos”.

O Min. Luís Roberto Barroso, por sua vez, acompanhou a relatora e teceu algumas considerações que, para os fins do presente trabalho, são de suma importância:

Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra.

Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação.

Ainda no desenvolver de seu voto, tratou expressamente das sub-regras da

⁴⁸ Grifos no original.

⁴⁹ STF, ADI 4815, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, Processo Eletrônico DJe-018 Divulg 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em 29 jun. 2020.

proporcionalidade e da aplicabilidade *prima facie* dos princípios⁵⁰.

Já para a Ministra Rosa Weber, ao acompanhar a relatora, pontuou que “(...) o critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão (...)”.

Para o Min. Gilmar Mendes, por sua vez, além de citar expressamente o caso *Lebach*, haveria:

(...) inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*). (...)

Vê-se, pois, que no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Por fim, o Min. Marco Aurélio igualmente não deixou de assentar sua posição, ao entender que, diante do conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução, segundo defendeu, seria o sopesamento de valores, dando-se primazia ao interesse coletivo. A postura pelo balanceamento (sopesamento) está explícita, inclusive, em trecho da ementa da ADI⁵¹.

Em arremate, como último caso a ser analisado, tem-se a ADPF 54⁵², que abordou a questão da interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos. No citado julgado o relator, Min. Marco Aurélio, defendeu que não havia colisão real entre os direitos fundamentais, mas somente aparente, haja vista que “Anencefalia e vida são termos antitéticos”⁵³.

⁵⁰ A título de ilustração, com grifos no original: “(...) Em primeiro lugar, ao se dizer que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, estabelece uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. Não uma hierarquia superior, apenas uma primazia *prima facie*, a demonstrar que aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão. Portanto, o ônus argumentativo de quem pretende paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto é maior, evidentemente, do que de quem esteja preservando a liberdade de expressão.”

⁵¹ “(...) 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. (...)”.

⁵² STF, ADPF 54, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado Em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico Dje-080 Divulg 29-04-2013 Public 30-04-2013 Rtj Vol-00226-01 Pp-00011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 29 jun. 2020.

⁵³ “Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem estar por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.”. Trecho do voto do Min. Marco Aurélio.

O que chama atenção especificamente nesse julgado é que ele é o único, daqueles trazidos no presente artigo, que um dos membros da corte, no caso o Min. Cezar Peluso, foi além de invocar a proporcionalidade e a ponderação, defendendo não a colisão direta entre princípios⁵⁴. Demonstrando conhecimento acerca da teoria alexyana, chegou a afirmar que o peso das razões para aplicação de um princípio precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, “caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto” - ciente das críticas em torno da inevitável discricionariedade na aplicação da teoria do autor alemão.

Pretendeu o ministro, expressando uma fórmula matemática⁵⁵, racionalizar a decisão que estava a proferir, no sentido que não deveria ser considerado crime a interrupção da gravidez em caso de anencefalia. Todavia, ao final do voto, se percebe que não foi de grande relevância o esforço, na medida em que os parâmetros não se mostraram tão claros assim.

Conclusão

Após esse sucinto estudo, a conclusão que se chega é que não há rigor metodológico na aplicação da teoria desenvolvida por *Robert Alexy*, cujo mote principal é tentar promover racionalidade às decisões judiciais proferidas. Não é propriamente o resultado em si, mas o caminho que se percorre até chegar à solução eleita.

Conforme se observou, adota-se um ponto de vista equivocado da colisão direta e frontal entre princípios para, a partir daí, ponderar, no caso concreto, qual seria o de maior peso. Rememore-se, assim, que não pode existir para Alexy, dois princípios aplicáveis, em franca contradição, no mesmo caso, haja vista que um deverá ter precedência condicional em face das circunstâncias fáticas e jurídicas postas.

Por mais que o contexto argumentativo de cada julgamento tenha revelado extensas fundamentações, em verdade, caso tenha a pretensão de aplicar a teoria, ela deve ser feita em sua inteireza, e não “a granel”, sob risco concreto de um solipsismo judicial e *pampricipiologismo*, conforme Lenio Streck⁵⁶.

A ponderação não pode ser somente um atributo justificador da decisão antecipadamente formada. Indubitavelmente, não se decide para depois fundamentar. Seguramente, se fundamenta para posteriormente decidir.

⁵⁴ “(...) Mais uma vez, a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores (...)”. Trecho do voto do Min. Cezar Peluso.

⁵⁵ Vide pag. 131 do julgado. A fórmula do sopesamento de Alexy pode ser encontrada no artigo “Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito”. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, 2017. p. 149-152; 273-277.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Tradução de Fernando Leal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/RJ, v. 253, p. 9-30, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>>. Acesso em 20 jun. 2020.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. Guanambi/BA, v.4, n. 01, p. 04-24, 13 de outubro de 2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144>. Acesso em 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde - CNTS. Interessado Presidente Da República: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815. Requerente Associação Nacional Dos Editores De Livros - ANEL. Interessados Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/DF. Paciente Siegfried Ellwanger. Coator Superior Tribunal De Justiça: Min. Maurício Correa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 29 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2040/DF. Reclamante Glória De Los Ángeles Treviño Ruiz. Reclamado Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal: Min. Néri Da Silveira. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1997002>. Acesso em 29 jun. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo/SP, v. 54. p. 76-107, 2006. Acesso pela plataforma intranet da RT, no PPGD-UniFG. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 19 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo/RS, 2013.

MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro/RJ, v. 19, n. 35, p.147-166, 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrij/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexey-para>. Acesso em 18 jun. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. A crítica da teoria hermenêutica de Lenio Streck à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte/MG, n 24, p. 101-119, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/39409824/A_cr%C3%ADtica_da_teor%C3%ADtica_de_Lenio_Streck_%C3%A0_teor%C3%ADprios_de_Robert_Alexy. Acesso em 15 abr. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte – MG: Letramento. Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba/PR, v. 10, n. 10, p. 2-37, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em 20 jun. 2020.

Data de Recebimento: 05/10/2020.

Data de Aprovação: 03/02/2021.

DEMOCRACIA LIBERAL E(M) CRISE: A DUPLA FACE DO PROBLEMA NA ASCENSÃO DO LIBERALISMO ANTIDEMOCRÁTICO E DA DEMOCRACIA ILIBERAL

LIBERAL DEMOCRACY AND/IN CRISIS: THE DOUBLE FACE OF THE PROBLEM IN THE RISE OF ANTIDEMOCRATIC LIBERALISM AND ILIBERAL DEMOCRACY

*Bruna Andrade Obaldia-
Valéria Ribas do Nascimento**

RESUMO

O trabalho investiga a crise atualmente experimentada pelo sistema político da democracia liberal na estrutura política ocidental. Dividido em três seções, inicia pela compreensão da democracia liberal enquanto sistema político, abordado pontos importantes desde sua criação até a instauração de sua crise. O segundo capítulo aborda o liberalismo antidemocrático como um produto dessa possível desconsolidação democrática. A última seção debruça-se sobre a democracia iliberal enquanto outra face do problema. Destarte, questiona-se: em que medida posturas antidemocráticas e/ou iliberais adotadas na política ocidental podem ser indicativas de uma crise na democracia liberal? O método de abordagem é o dedutivo, aliado ao procedimento monográfico e à técnica de pesquisa bibliográfica. Finalmente, depreender-se-á que tanto o aspecto democrático quanto o aspecto liberal estão inseridos em uma relação simbiótica no sistema político da democracia liberal. Assim, qualquer (tentativa de) desintegração desses institutos, pelo liberalismo antidemocrático ou pela democracia iliberal, escancara a crise experimentada.

Palavras-chave: crise; democracia; direitos; liberalismo; política.

ABSTRACT

The work investigates the crisis currently experienced by the political system of liberal democracy in the western political structure. It divided into three sections, it begins with the understanding of the liberal democracy as a political system, addressing important points from its creation until the establishment of its crisis. The second chapter addresses the anti-democratic liberalism as a product of this possible democratic deconsolidation. The last section focuses on the illiberal democracy as another product of the problem. Thus, the following question arises: to what extent can the anti-democratic and/or liberal positions adopted in western politics be indicative of a crisis in the liberal democracy? The method of approach

* Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil (NEAPRO) da UFSM. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de Financiamento 001. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2587239493813974>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0636-7765>. Endereço eletrônico: obaldiabruna@gmail.com.

** Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na “Universidad de Sevilla” (US); Pós-doutora pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Coordenadora do Núcleo do Direito Constitucional (NDC) da UFSM, com bolsa de fomento do CNPQ/CAPES Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES n.º 07/2011. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6294253776126361>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8602-8148>. Endereço eletrônico: valribas@terra.com.br.

is the deductive, combined with the monographic procedure and the bibliographic research technique. Finally, it will be understood that both the democracy and the liberal aspects are inserted in a symbiotic relationship with the political system of liberal democracy. In this way, any (attempt to) disintegrate these institutes, in the face of anti-democratic liberalism or illiberal democracy, opens up the crisis experienced.

Key-words: crisis; democracy; liberalism; politics; rights.

INTRODUÇÃO

Desde a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), no ano de 1991, a democracia liberal se tornou o sistema político preponderante em todo o mundo. Em face do fracasso experimentado pelo comunismo, anunciado pelo fim da URSS, nenhum dos outros sistemas existentes – como a teocracia islâmica e o capitalismo estatal chinês, por exemplo – se mostrava suficiente a fim de opor dúvida cabível no que tange à adoção de um sistema político pelos mais diversos países.

Sob essa perspectiva, considerável parte dos historiadores, cientistas políticos e demais estudiosos do grande tema, passaram a acreditar que o fim da Guerra Fria deveria ser considerado o marco histórico não somente pelo fato em si, mas também por simbolizar a declaração do triunfo da democracia liberal como sistema político dominante no mundo. Ante a isso, tal sistema passou a ser encarado como o ápice da evolução estatal no que dizia respeito à governança. À época, a democracia liberal parecia inabalável e, pois, o futuro dos países – ao menos dos ocidentais – parecia pertencer a ela.

Todavia, com o passar do tempo, alguns fatores parecem ter sido responsáveis por uma mudança e, ato contínuo, um enfraquecimento desses ideais que propagavam a infalibilidade da democracia liberal. Problemas diversos, relacionados à identidade nacional dos cidadãos, à estagnação econômica em um período considerável de tempo por estes experimentada e até mesmo a mutação da sociedade advinda do fenômeno das mídias sociais e seu grande poder de influência foram, ao menos, algumas das causas que instauraram, no sistema político, a crise da e na democracia liberal.

Em face dessa crise, que denuncia uma desconsolidação do mais sólido sistema político do mundo, surgem duas vertentes consequenciais: o liberalismo antidemocrático (ou direitos sem democracia) e a democracia iliberal (ou democracia sem direitos). Desse modo, surge o seguinte questionamento: em que medida as posturas antidemocráticas e/ou iliberais adotadas na política ocidental podem ser indicativos de uma crise no sistema da democracia liberal?

Para responder a problemática levantada, a pesquisa dividir-se-á em três momentos. Inicia-se pela compreensão do instituto da democracia liberal enquanto espécie de sistema político, abordado pontos importantes desde sua criação até a instauração de sua crise. Ato contínuo, o segundo capítulo aborda o fenômeno do liberalismo antidemocrático como um dos produtos dessa possível desconsolidação democrática. Na última seção, o estudo

debruça-se sobre a vertente da democracia iliberal enquanto outro produto da crise em discussão.

No que tange ao aporte metodológico, utilizado a fim de garantir o pleno desenvolvimento da pesquisa, com o escopo de solucionar a problemática ora levantada, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo; isso porque, ao partir de ideais gerais sobre o sistema político da democracia liberal, foi possível a obtenção de deduções acerca da delimitação temática proposta. O método de procedimento adotado, por sua vez, foi o monográfico; tal escolha se justifica já que, a fim de obter generalizações, o trabalho estuda a democracia liberal no recorte mais específico da crise que atualmente está sendo vivenciada e nos seus consequentes desdobramentos. Ademais, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, uma vez que o ensaio se utilizou de autores que tratam de temas atinentes à democracia liberal.

O valor da presente pesquisa se demonstra na medida em que investigar a (crise da) democracia liberal, em tempos atuais, é ato que se impõe. Trazer à baila questões criadoras e desafiadoras de da crise da democracia liberal é conduta decisiva no que tange às tentativas de restabelecer as bases desse sistema político que, por ora, encontra-se fragilizado. Assim, a contribuição do trabalho no seu campo de pesquisa gira em torno de fomentar o debate acerca da realidade – e, pois, dos problemas – enfrentados pelo sistema político democrático-liberal na atualidade.

Da edificação à crise: a trajetória da democracia liberal enquanto sistema político

Antes de percorrer a história que desenhou o sistema político da democracia liberal, convém compreender o que, de fato, a expressão significa. Desse modo, então, o termo *democracia* “é um conjunto de instituições eleitorais com poder de lei que traduz as opiniões do povo em políticas públicas.”¹ De fato, a ideia de participação popular é intrínseca à democracia; o poder de governar dado ao povo é o cerne da promessa democrática.

Já no tocante à expressão *liberal*, em tal contexto, salienta-se que isto nada tem a ver com a comum aproximação do mesmo com as opiniões políticas dos cidadãos. Liberal, aqui, passa a ser algo ou “alguém comprometido com valores básicos como a liberdade de expressão, a separação dos poderes ou a proteção dos direitos individuais.”² Em face disso, é possível relacionar o termo à ideia geral de proteção de direitos e dispositivos constitucionalmente consagrados.

Depois da fragmentação realizada a fim de melhor compreender os propósitos basilares da democracia liberal, há que reagrupar seus dois elementos fundantes para que a completa conceituação seja atingida. O sistema político da democracia liberal, como a própria

¹ MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 44.

² *Ibidem*, p. 43.

nomenclatura sugere, comporta concomitantemente os aspectos democrático e liberal. Assim, a democracia liberal, “essa mistura única de direitos individuais e soberania popular que há muito tempo caracteriza a maioria dos governos na América [...] e na Europa Ocidental”³, pode ser traduzido como “um sistema que tanto protege os direitos individuais como traduz a opinião popular em políticas públicas.”⁴

Na distinção conceitual entre os termos “liberal” e “democracia”, “o primeiro se traduz na proteção de direitos individuais, separação de poderes, e nos valores básicos de liberdade de expressão. E o segundo, como um conjunto de instituições liberais que efetivamente protegem os direitos individuais e traduzem os anseios populares em políticas públicas.”⁵ Ciente da sua conceituação básica, convém agora partir para uma percepção histórica desse sistema político através de sua trajetória: da sua construção até os dias atuais.

E de fato é isso que o modelo de democracia liberal nos propõe. A saber: respeito aos direitos básicos das pessoas e aos direitos políticos dos cidadãos, incluídas as liberdades de associação, reunião e expressão, mediante o império da lei protegida pelos tribunais; separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário; eleição livre, periódica e contrastada dos que ocupam os cargos decisórios em cada um dos poderes; submissão do Estado, e de todos os seus aparelhos, àqueles que receberam a delegação do poder dos cidadãos; possibilidade de rever e atualizar a Constituição na qual se plasmam os princípios das instituições democráticas. E, claro, exclusão dos poderes econômicos ou ideológicos na condução dos assuntos públicos mediante sua influência oculta sobre o sistema político.⁶

A edificação do ideal primitivo de Estado de direito surgiu na Alemanha (*Rechtsstaat*) no século XVIII, na tentativa de aproximação entre os institutos jurídicos de direitos e deveres e o poder estatal. Desse modo, tal modelo almejava que ambas as estruturas estivessem interligadas e interdependentes a fim de efetivar ganhos estatais e particulares em face dessa intersecção. A criação das matrizes do Estado de direito se molda em virtude da derrocada do Estado absolutista que, por muito tempo, vigeu. O repúdio do povo às características que incorporavam o absolutismo foi fator decisivo para que os ideais do Estado de direito se solidificassem.

Sob tal perspectiva, todas as arbitrariedades cometidas pelo soberano em face da centralização de todos os poderes em suas mãos, bem como todas as violações disso decorrentes, como o desrespeito à direitos individuais e os corriqueiros abusos institucionais, fizeram com que o povo exigisse que, nessa transição estatal para outro modelo, tais características não fossem alimentadas. No mesmo recorte histórico, a burguesia, classe em ascensão à época – inclusive pela ascensão das práticas mercantilistas –, passa a deter o poder econômico dominante e, assim, passa a

³ MOUNK, Yascha. *Op. cit.*, p. 45.

⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁵ COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. Desintegração em Curso: Democracias Iliberais e Pós-Democracia. *Revista de Análise Internacional*. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 08, 2019. Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2019/12/pedro_colucci.pdf. Acesso em 11 jun. 2020.

⁶ CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 09.

reivindicar também o poder político.

Com isso, inaugura-se, na história, o primeiro Estado de direito propriamente dito: o Estado liberal de direito. Nesse período se materializa “a compreensão da importância da racionalização e limitação jurídica do poder como exigência de liberdade [...]”⁷. A pulverização de poder é uma exigência burguesa ao Estado liberal de direito e, para garantir que esse poder estivesse dissipado e, ao mesmo tempo, direitos individuais fossem respeitados, alguns institutos foram trazidos à tona: “desde o império da lei, controle de constitucionalidade, separação dos poderes, sistema de freios e contrapesos, princípio da legalidade, até as instituições representativas da democracia liberal, dentre elas o Parlamento e os partidos políticos.”⁸

Todos os mecanismos trazidos pelo Estado liberal pretendiam impedir que abusos de poder estatal voltassem a ocorrer. “Esse arquétipo constitucional formava uma armadura jurídica que deveria atuar como antídoto às arbitrariedades, tanto dos governantes em relação aos governados, quanto dos governados entre si.”⁹ Se tais características forem pensadas no âmbito de um sistema político democrático, a democracia liberal se mostra evidente. Nesse diapasão, é possível depreender que as matrizes liberais foram o instrumento utilizado para limitar e dividir a autoridade; “com isto há a consolidação das conquistas liberais, tais como: liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social etc.”¹⁰

O Estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.¹¹

Assim, é perceptível a necessidade do cariz liberal ao Estado democrático de direito, que é, por sua vez, um modelo estatal garantidor de direitos individuais e coletivos, preocupado também com o viés social. O Estado democrático de direito surge “não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio em questão presentes as conquistas

⁷ MARRAFON, Marco Aurélio. Reengenharia constitucional para superar a crise da democracia liberal. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/constituicao-poder-reengenharia-constitucional-superar-crise-democracia-liberal>. Acesso em 05 jun. 2020.

⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. *Id.*

⁹ MARRAFON, Marco Aurélio. *Id.*

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 44.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 19.

democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social.”¹² O que se desenha aqui, portanto, é o vínculo estabelecido entre liberalismo e democracia: um depende do outro para a plena efetivação do sistema político da democracia liberal.

Dos diferentes tipos de regimes surgidos no curso da história da humanidade, desde monarquias a aristocracias até as teocracias religiosas e as ditaduras fascistas e comunistas deste século, a única forma de governo que sobreviveu intacta até o final do século XX foi a democracia liberal¹³.

Isso porque o sistema político da democracia liberal não possuía um forte concorrente: com o fim da URSS, o comunismo havia fracassado; a teocracia, mormente a islâmica, estava concentrada apenas no Oriente; sistemas capitalistas estatais, como a China, eu também tinha como pilares os ideais comunistas, eram absolutamente irrealizáveis em países que não possuíam uma história de construção, ao menos, muito similar.

Desse modo é que surge a ideia do triunfo infalível da democracia liberal. O fim da Guerra Fria, em 1991, seria o marco histórico que pontuaria, segundo Francis Fukuyama, o mais elevado patamar político-ideológico que o povo poderia atingir: a implantação da democracia liberal como sistema político vigente. Nesse sentido, há que

O que poderíamos estar presenciando não seria somente o fim da guerra fria, ou apenas a culminação de um período específico da história do pós-guerra, mas sim o fim da história como tal: isso é, o ponto final da evolução ideológica da humanidade e a universalização da democracia liberal ocidental como a forma final de governo humano.^{14 15}

De fato, durante muito tempo, a democracia liberal reinou absoluta, ao menos no Ocidente. Todavia, após um longo período de estabilidade, tal sistema político começou a apresentar sinais de crise. As origens dessa crise estariam concentradas em três principais vertentes: na estagnação econômica experimentada pelos cidadãos pertencentes às democracias liberais, pela ampla alteração das realidade de mundo propiciada pelo advento das mídias sociais e, por fim, por fatores interligados à identidade nacional desses cidadãos¹⁶. Em uma breve investigação, há que se falar em cada uma dessas origens.

A estagnação econômica dos cidadãos, enquanto fator propulsor da crise democrático-liberal, se expõe em face da ideia dos cidadãos de que não mais estão prosperando nesse tipo de sistema político. A inércia econômica experimentada tem se mostrado como elemento determinante para a insatisfação da população com a democracia liberal. Na realidade dos

¹² STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Op. Cit.*, p. 75.

¹³ FUKUYAMA, Francis. *O fim da História e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p. 80.

¹⁴ FUKUYAMA, Francis. ¿El fin de la historia? *Estudios Públicos*. Santiago, n. 37, 1990. p. 6 – 7. Disponível em: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/2016_0303183556/rev_37_fukuyama.pdf. Acesso em 09 jun. 2020.

¹⁵ Do original: “lo que podríamos estar presenciando no sólo es el fin de la guerra fría, o la culminación de un período específico de la historia de la posguerra, sino el fin de la historia como tal: esto es, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma final de gobierno humano.”

¹⁶ MOUNK, Yascha. *Op. cit.*

Estados Unidos da América, por exemplo, tal afirmação se mostra no levantamento de que “durante o período de estabilidade democrática, a maioria dos cidadãos gozou de rápida melhora de seu padrão de vida. De 1935 a 1960, por exemplo, a renda de uma família americana típica dobrou. De 1960 a 1985, voltou a dobrar. Desde então, estagnou.”¹⁷ Esse fator determinou uma espécie de desacreditação dos cidadãos no próprio governo, já que para eles, suas vidas haviam de prosperar.

Como segundo elemento da origem da crise, há o advento das mídias sociais. Isso porque, até pouco tempo atrás, todos os meios informativos clássicos, que podem ser concebidos como uma espécie de poder, estavam sob domínio das grandes elites que governavam a política. Desse modo, o valor despendido para que notícias fossem divulgadas nas mídias tradicionais, como televisão e rádio, eram altíssimos e, portanto, impediam que blocos não pertencentes às elites econômicas e políticas propagassem seus ideais. “Isso permitiu ao establishment políticos marginalizar as opiniões extremas. A política permaneceu relativamente consensual.”¹⁸

Entretanto, o advento das novas mídias sociais foi capaz de desequilibrar tal balança de poder. Ademais, alerta que hoje qualquer pessoa detém a capacidade de “viralizar uma informação para milhões de pessoas a grande velocidade. Os custos de se organizar politicamente despencaram. E, à medida que o abismo tecnológico entre o centro e a periferia se estreitava, os incitadores da instabilidade levavam vantagem sobre as forças da ordem”¹⁹. Destarte, é nessa medida que as mídias sociais acabaram por corroborar à crise da democracia liberal que o mundo experimenta.

Por fim, há que abordar a (problemática da) identidade nacional. A história social contida no período de estabilidade do sistema político da democracia liberal revela que, nela, a identidade nacional sempre pendeu para aspectos negativos: pensamentos monoétnicos e/ou racistas sempre estiveram arraigados no solo das sociedades. Países, como os Estados Unidos da América, foram construídos sob a égide de uma espécie de hierarquia racial e/ou sob o ideal de que imigrantes em nenhuma hipótese seriam tratados como membros da “sua” nação, como foi o caso da Alemanha, fomentaram esse problema.

“O funcionamento da democracia pode depender dessa homogeneidade até um ponto que muitas vezes preferimos ignorar.”²⁰ É claro que, ao longo do tempo, muitos movimentos se levantaram no sentido de mudar essa ótica preconceituosa que há muito perdurou na grande maioria dos países do mundo. Todavia, “embora parte da população aceite, ou mesmo abrace, essa mudança, outra parte parece se sentir ameaçada e ressentida. Como consequência, uma ampla revolta contra o pluralismo étnico e cultural vem ganhando ímpeto em todo o hemisfério ocidental”²¹.

¹⁷ MOUNK, Yascha. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

²¹ MOUNK, Yascha. *Op. cit.*, p. 32.

Em face do que pode ser elencado como as três principais origens da deflagração da crise do e no sistema político da democracia liberal, é necessário compreender o que tais origens trazem consigo. Significa dizer, dessa maneira, que é preciso investigar de que modo essa crise pode se apresentar à política e, assim, também aos cidadãos. Assim, convém tratar das duas vertentes desse problema: a democracia iliberal e o liberalismo antidemocrático.

[...] as democracias liberais podem se desvirtuar de duas formas. Democracias podem ser iliberais. Isso tende a acontecer particularmente em lugares onde a maioria opta por subordinar as instituições independentes aos caprichos do executivo ou por restringir os direitos das minorias que a desagradam. Por sua vez, regimes iliberais podem ser antidemocráticos, a despeito de contarem com eleições regulares e competitivas. Isso tende a acontecer sobretudo em lugares onde o sistema político favorece de tal forma a elite que as eleições raramente servem para traduzir a opinião popular em políticas públicas.²²

De posse disso, se mostra imprescindível realizar, separadamente, a investigação de cada uma dessas duas formas de desvirtuação que o sistema político da democracia liberal pode sofrer. Por tal razão é que ambas as vertentes – a democracia iliberal e o liberalismo antidemocrático – serão investigadas nos capítulos subsequentes deste ensaio.

Direitos sem democracia: a face do liberalismo antidemocrático

Nessa seção, convém compreender o primeiro produto da crise que assola a democracia liberal atualmente: o liberalismo antidemocrático, que produz um sistema político que assegura direitos, mas sem democracia. Para o sociólogo Manuel Castells, as crises são momentos “reveladores das falhas de um sistema e, portanto, exercem a mediação entre as tendências de fundo de uma sociedade, a consciência dos problemas e as práticas que emergem para modificar as tendências percebidas como prejudiciais às pessoas, embora sejam funcionais para o sistema.”²³

Constatar a crise do sistema político da democracia liberal significa, também, observar os anseios populares que a forjaram e as consequências por ela causadas. Nesse diapasão, as tradições responsáveis por sustentar as instituições democráticas “[...] estão se desintegrando, abrindo um vazio desconcertante entre como nosso sistema político funciona e as expectativas há muito arraigadas de como ele deve funcionar.”²⁴ Aliado a isso, também expõem que “à medida que nossas grades flexíveis de proteção foram se enfraquecendo, nós nos tornamos cada vez mais vulneráveis a líderes antidemocráticos”²⁵.

²² Ibidem, p. 45.

²³ CASTELLS, Manuel. *Op. Cit.*, p. 15.

²⁴ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 164.

²⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Op. cit.*

Nesse diapasão, esse pode ser considerado o grande fator que desencadeou a prática do liberalismo antidemocrático no seio da política. As perspectivas democráticas, embasadas na ideia de atenção à vontade popular, estão se desintegrando em muitos países ao redor do mundo. Dentro desse grande tema, imperioso salientar uma face de suma importância: a densa rede – constantemente em expansão – de agências independentes – e, portanto, dotada de membros que não foram democraticamente eleitos – existentes em muitos países atualmente que são, em larga escala, responsáveis por direcionar diversas condutas do e no sistema político vigente.

Nos Estados Unidos da América, instituições independentes formam a grande maioria da produção de leis, normas e demais instrumentos regulativos do país. Além disso, no âmbito da União Europeia, a Comissão Europeia também merece destaque no que diz respeito ao seu status de agência independente. “A Comissão Europeia, uma organização de burocratas não eleitos, foi historicamente o motor da maioria das atividades da União Europeia: é a comissão que propõe, redige e implementa uma porção de leis da UE”²⁶.

Ao delegar o poder de dispor sobre pautas que versam sobre elementos importantes para os cidadãos – seja na esfera individual ou no tocante à coletividade – às agências independentes, todo os reflexos das decisões tomadas tendem a ser encarados com certa cautela: decisões importantes no sistema político estão sendo tomadas por pessoas que não foram democraticamente eleitas para representar o povo em tais situações.

Assim, percebe-se uma troca entre o “respeito pela vontade popular e a capacidade de resolver problemas complicados de políticas públicas. Embora agências independentes realizem tarefas essenciais de hábito não executadas por outras instituições, é difícil negar que elas removem do debate político decisões importantes”²⁷.

Claramente, esse assunto engloba uma série de previsões acerca da competência de tais agências independentes para que todas as ações ora discutidas possam ser plenamente desenvolvidas. Todavia, parece imprescindível registrar que, ainda que as referidas agências tenham legalmente poder para dispor sobre assuntos atinentes ao sistema político e que, ao menos formalmente, a ausência de eleições livres e justas para seus cargos disponíveis não seja um fator impeditivo para sua concretização, o fator antidemocrático que permeia essa realidade deve ser questionado.

Os argumentos favoráveis a remover da contestação democrática tantas decisões sobre políticas públicas podem ser perfeitamente sensatos. Mesmo que sejam, isso não muda o fato de que as pessoas não têm mais influência real em todas essas áreas de políticas públicas. Em outras palavras, o liberalismo antidemocrático pode trazer grandes benefícios – mas não nos oferece um bom motivo para fecharmos os olhos para sua natureza.²⁸

Significa dizer, em linhas mais generalistas, que as práticas liberais do sistema político estão, sob essa perspectiva, fortalecidas; o compromisso dos países inseridos nesse contexto

²⁶ MOUNK, Yascha. *Op. Cit.*, p. 89.

²⁷ Id.

²⁸ Ibidem, p. 101.

com a promoção e efetividade de direitos e garantias individuais existem de modo sedimentado. Ocorre que, em vigência desse mesmo cenário, a modelagem assumida por esse liberalismo é, cada vez mais, antidemocrática. Eis, pois, a face do sistema político ora discutida: os direitos sem democracia.

No seu livro *O povo contra a democracia*, o professor Yascha Mounk tece uma interessante crítica a essa vertente da crise da democracia liberal e, junto a isso, aponta quais seriam as origens dessa realidade que está disposta. Dessa maneira, constrói a ideia de que

As origens do desempoderamento do povo [...] residem na tomada do poder pelas elites políticas e financeiras. As grandes empresas e os super-ricos defenderam bancos centrais independentes e tratados comerciais favoráveis para faturar boladas de dinheiro. Políticos, acadêmicos e jornalistas apóiam um modo tecnocrático de governança porque isso isola suas decisões da vontade popular. E todo esse egoísmo fica na prática oculto sob o manto de uma ideologia neoliberal propagada por think tanks e departamentos acadêmicos que são, eles mesmos, financiados por doadores ricos.²⁹

Ante tal crítica, a constatação de que o povo vem sofrendo as consequências de um desempoderamento democrático deve vir acompanhada de, ao menos, um projeto de solução que possa ser combustível para a vontade dos cidadãos que queiram mudar esse cenário. Destarte, surge a ideia de que “o povo precisa reivindicar seu poder.”³⁰ O remédio para curar o sistema político da democracia liberal do mal do liberalismo antidemocrático seria, então, a própria reivindicação realizada pelos cidadãos do poder que lhes está sendo retirado. Assim, de modo a concluir tais ideais, “a solução para os males do liberalismo antidemocrático é abolir as instituições tutelares, expulsar do governo as elites e reinstaurar o povo no poder.”³¹

Democracia sem direitos: a face da democracia iliberal

O modelo democrático iliberal, enquanto segunda possibilidade de resultado da crise do sistema político da democracia liberal, pode assumir várias modelagens dependendo do local onde ocorre; é um fenômeno que pode alcançar inúmeras faces. A ideia de ser relativamente plural no seu modo de expressão tem, em seu cerne, uma justificativa político-social. O iliberalismo, marcado pelos seus pressupostos que agem de maneira convergente aos ideais liberais e com os moldes democráticos de um sistema político, “[...] não é uniforme em suas manifestações pelo mundo, por conta dos diferentes níveis de estabilidade democrática e de penetração dessas dinâmicas autoritárias nos estados em questão”³².

Tal fenômeno foi denunciado, primeiramente, por Fareed Zakaria, no ano de 1997, em um artigo publicado na revista *Foreign Affairs*. Ao longo do texto, intitulado originalmente *The*

²⁹ MOUNK, Yascha. *Op. cit.*, p. 119.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. *Op. Cit.*, p. 03.

Rise of Illiberal Democracy, o escritor e jornalista norte-americano aborda a expansão dessa vertente da crise democrático-liberal e traça linhas capazes de formar uma diretriz conceitual acerca desse fenômeno. Logo no início do artigo, Zakaria alega que

Tem sido difícil reconhecer esse problema, porque, por quase um século no ocidente, democracia significa democracia liberal – um sistema político marcado não somente por eleições livres e justas, mas também pelo Estado de direito, pela separação dos poderes e pela proteção de liberdades básicas como as de expressão, assembleia, religião e propriedade. De fato, esse último conjunto de liberdades – o que poderia ser chamado de liberalismo constitucional – é teoricamente diferente e historicamente distinto da democracia. [...] Hoje as duas vertentes da democracia liberal, entrelaçadas na política ocidental, estão se desfazendo no mundo. A democracia está florescendo; o liberalismo constitucional não.^{33 34}

Assim, é possível perceber que a democracia liberal se desenha sob o pano de fundo de eleições livres e justas, que deságuam em representantes democraticamente eleitos pelo povo. Respeitadas as propostas democráticas, a desobediência vem no cerne dos ideais liberais do sistema político: o desrespeito a direitos e garantias individuais da população, mormente no que tange às minorias.

Nos últimos tempos, o populismo vem avançando na maioria dos países ao redor do mundo; seja por partidos políticos de extrema esquerda ou extrema direita, o populismo tem se apresentado como tendência mundial. Eleitos democraticamente em face de eleições – inicialmente – livres e justas, os populistas que galgam poder entendem que são a própria vontade popular, pois suas eleições são o reflexo dos desejos da maioria externados nos processos eleitorais.

Inseridos nessa esfera de pensamento, os governantes populistas entendem que precisam estar politicamente dispostos como a voz do povo; só que o povo, aqui, é classificado como a maioria. Com isso, os populistas tendem a governar para essa maioria que o elegeu. Em ato consequencial, as minorias que não compõem – no ideal populista – o conceito de povo, tendem a sofrer diversos ataques e violações a seus direitos e garantias individuais.

Nessa seara, é perceptível que o combustível que propulsiona a ascensão das matrizes populista é absolutamente iliberal. Isso porque, como já fora dito, o governo populista tende a se mostrar como a legítima voz do povo. Contudo, no populismo, a concepção de povo não passa do que se entende por maioria. Por essa razão é que “quando os populistas estão

³³ ZAKARIA, Fareed. *The Rise of Illiberal Democracy*. *Foreign Affairs*. Nova Iorque, v. 76, n. 6, 1997. p. 22–23. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>. Acesso em 14 jun. 2020.

³⁴ Do original: “It has been difficult to recognize this problem because for almost a century in the west, democracy has meant liberal democracy – a political system marked not only by free and fair elections, but also by the rule of law, a separation of powers, and the protection of basic liberties of speech, assembly, religion and property. In fact, this latter bundle of freedoms - what might be termed constitutional liberalism - is theoretically different and historically distinct from democracy. [...] Today the two strands of liberal democracy, interwoven in the western political fabric, are coming apart in the rest of the world. Democracy is flourishing; constitutional liberalism is not.”

concorrendo ao governo, dirigem sua ira, antes de mais nada, contra grupos étnicos ou religiosos que não consideram parte do ‘povo real’³⁵.

Ademais, insta salientar que a violação à direitos fundamentais-individuais – principalmente àquelas das minorias, que o populismo renega – é apenas um dos primeiros passos que o governo populista dá no caminho iliberal que percorre. O ataque à instituições públicas independentes e a tentativa de submissão dessas ao poder estatal, bem como o boicote às mídias que não mostram o governo de maneira positiva aos cidadãos são outras condutas tomadas ao longo do desenvolvimento da ideia iliberal arraigada no populismo. Com isso, o populismo acaba por revelar uma face autoritária, ditatorial e repressiva de governo.

Diante da pretensão populista de ser a única representante da voz popular, a política logo se torna uma luta existencial entre o povo real e seus inimigos. Por esse motivo, populistas tanto à esquerda como à direita tendem a se tornar cada vez mais iliberais à medida que seu poder aumenta. Com o tempo, passam a considerar toda voz dissonante como traição e concluem que qualquer instituição que fique em seu caminho é uma deturpação ilegítima da vontade do povo. Ambas precisam ser erradicadas. Resta apenas o capricho populista.³⁶

É importante salientar que, ainda que seja possível denotar traços atinentes à democracia no cerne do fenômeno do populismo, “ele também é, no longo prazo, muito mais desfavorável à vontade popular do que alegam seus defensores. [...] A ascensão dos déspotas iliberais pode muitas vezes ser o prelúdio de um governo autocrático”³⁷. Podendo ser tomada por exemplo a Rússia e o governo de Vladimir Putin, onde sua primeira eleição foi absolutamente democrática e, após um lapso temporal de arraigamento do governo no país, práticas autocráticas começaram a ser tomadas. A alteração de legislações constitucionais concernentes às eleições russas a fim de aumentar períodos de mandato e possibilidades de reeleição foram apenas algumas das manobras que o governo de Putin realizou a fim de manter no poder seu populismo iliberal tendente, cada vez mais, à transição para um ditadura.³⁸

De um modo geral, sendo interessante notar o enquadramento do caso acima disposto, após um período de sedimentação governamental, o populista tende a apresentar propósitos autoritários como a censura de instituições contrárias às suas ideias, extinção de instituições independentes importantes etc. Com isso, a transição do populismo para a ditadura se torna uma manobra facilmente executável para governantes iliberais.³⁹ Eis, pois, o perigo da democracia iliberal: a capacidade que esse modelo político tem de transformar democracias em ditaduras.

³⁵ MOUNK, Yascha. *Op. Cit.*, p. 63.

³⁶ *Ibidem*, p. 66.

³⁷ *Ibidem*, p. 53.

³⁸ No Brasil, os reflexos do populismo também podem ser sentidos. Nessa perspectiva, sugere-se conferir o artigo publicado por Gideon Rachman no corrente ano de 2020, para o Financial Times, intitulado “Jair Bolsonaro’s populism is leading Brazil to disaster.” Disponível em: <https://www.ft.com/content/c39fadfe-9e60-11ea-b65d-489c67b0d85d>.

³⁹ MOUNK, Yascha. *Op. Cit.*, p. 53.

Nesse momento transacional do governo populista, que trafega na passagem da democracia com destino à ditadura, percebe-se que o iliberalismo desaguará, inevitavelmente, em um resultado também antidemocrático. É por isso que, em certa medida, é possível afirmar que a expressão “democracia iliberal” serve muito bem aos populistas. Para que seus ideais autoritários não sejam percebidos – ao menos de imediato –, conforme alerta Jan-Werner Müller, a expressão é capaz de apontar a “a imagem dos líderes como oponentes do liberalismo, permitindo que continuem se referindo a suas ações como democráticas.”^{40 41}

Todavia, não se deve acreditar nessa falsa percepção. Ante todas as condutas típicas do governo populista embasado no ideal de uma democracia iliberal, é preciso afirmar que “se os partidos da oposição ficam impedidos de apresentar seus pontos de vista ao eleitorado e os jornalistas não ousam denunciar os erros do governo, as urnas já foram fraudadas”⁴²⁴³. Pode-se dizer, então, que o populismo surge da democracia e pode acabar com ela. “A democracia iliberal sempre corre o risco de degingolar numa perfeita ditadura”⁴⁴.

Considerações Finais

Ante todo o exposto, o estudo permite depreender que o sistema político da democracia liberal, durante muito tempo, vigeu absoluto. Desde sua matriz originária, a combinação particular por ela proposta de garantia dos direitos individuais e vontade popular foi considerada a mais elevada e eficiente maneira de governar presente no hemisfério ocidental. As suas características pareciam, definitivamente, modelar a execução do sistema político ideal. A justaposição formada pelos ideais de respeito aos direitos individuais dos cidadãos e a valoração da vontade popular, própria da matriz democrático-liberal, mostrava-se irretocável.

Todavia, ante a algumas situações, esses ideais foram desestabilizados. Notadamente no que diz respeito ao advento das mídias sociais, da estagnação econômica experimentada pelos cidadãos inseridos em uma democracia liberal e o problema de concepção acerca da identidade nacional desses mesmos cidadãos são as principais origens responsáveis pelo desencadeamento da crise ora discutida. De posse disso, na certeza de que há, sim, uma crise que vem sendo enfrentada pela democracia liberal e, por isso, investigar de que modo essa crise pode se apresentar foi imprescindível à concretização da presente pesquisa.

Com isso, notou-se que são duas as principais vertentes da crise do sistema político democrático-liberal, que restam estabelecidas como próprios produtos oriundos dessa desintegração democrática: a face do liberalismo antidemocrático (também denominado

⁴⁰ MÜLLER, Jan-Werner. The problem with “Illiberal Democracy”. *Social Europe*, 2016. Disponível em: <https://www.socialeurope.eu/the-problem-with-illiberal-democracy>. Acesso em 13 jun. 2020.

⁴¹ Do original: “[...] leaders’ image as opponents of liberalism, while allowing them to continue to refer to their actions as democratic.”

⁴² MÜLLER, Jan-Werner. *Op. Cit*, s.p.

⁴³ Do original: “If opposition parties have been hindered in making their case to the electorate, and journalists do not dare to report on the government’s failures, the ballot boxes have already been stuffed.”

⁴⁴ MOUNK, Yascha. *Op. Cit*, p. 73.

como a modelagem dos direitos sem democracia) e a face da democracia iliberal (ou democracia sem direitos). Em ambos os segmentos, a desintegração se mostra pelo afastamento de um dos elementos constitutivos da democracia liberal.

A primeira vertente tende a ocorrer sempre que, em que pese os direitos individuais serem assegurados e respeitados, o sistema político negligência a vontade popular, que resta prejudicada. Já a democracia iliberal está moldada na perspectiva de respeito à vontade do povo – entendido, aqui, como a maioria cidadã –, mas que, mesmo em face de eleições livres, peca em negligenciar direitos fundamentais-individuais, mormente às minorias.

No sentido de responder a problemática levantada no início da pesquisa, é possível afirmar que posturas antidemocráticas e/ou iliberais adotadas na política ocidental podem ser indicativos de uma crise no sistema da democracia liberal na medida em que tanto o aspecto democrático quanto o aspecto liberal estão inseridos em uma relação simbiótica para com o sistema político da democracia liberal, como a própria nomenclatura surge. Desse modo, a (tentativa de) desintegração desses institutos, seja na face do liberalismo antidemocrático ou da democracia iliberal, escancara a crise experimentada por tal sistema político.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram. Desintegração em Curso: Democracias Iliberais e Pós-Democracia. *Revista de Análise Internacional*. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 3-14, 2019. Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2019/12/pedro_colucci.pdf. Acesso em 11 jun. 2020.

FUKUYAMA, Francis. ¿El fin de la historia? *Estudios Públicos*. Santiago, n. 37, 1990. p. 5 – 31. Disponível em: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/2016_0303183556/rev_37_fukuyama.pdf. Acesso em 09 jun. 2020.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da História e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio. Reengenharia constitucional para superar a crise da democracia liberal. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-05/constituicao-poder-reengenharia-constitucional-superar-crise-democracia-liberal>. Acesso em 05 jun. 2020.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. The problem with “Illiberal Democracy”. *Social Europe*, 2016. Disponível em: <https://www.socialeurope.eu/the-problem-with-illiberal-democracy>. Acesso em 13 jun. 2020.

RACHMAN, Gideon. Jair Bolsonaro’s populism is leading Brazil to disaster. *Financial Times*, 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/c39fadfe-9e60-11ea-b65d-489c67b0d85d>. Acesso em 14 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAKARIA, Fareed. The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*. Nova Iorque, v. 76, n. 6, p. 22–43, 1997. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>. Acesso em 14 jun. 2020.

Data de Recebimento: 21/09/2020.

Data de Aprovação: 27/07/2021.

DO ESTALLIDO SOCIAL AO CONSTITUCIONALISMO CIDADÃO CHILENO: A EXPERIÊNCIA MAPUCHE

FROM THE ESTALLIDO SOCIAL TO CHILEAN CITIZEN CONSTITUTIONALISM: THE MAPUCHE EXPERIENCE

Fran Espinoza*
Thyerrí José Cruz Silva**

RESUMO

O presente artigo estuda a influência das manifestações do povo indígena chileno mapuche sobre o atual processo constituinte, do ponto de vista de um constitucionalismo cidadão latino-americano. A metodologia empregada consistiu na utilização do método qualitativo, contando com revisão bibliográfica sobre o *estallido social* chileno de 2019. A opção pelo enfoque na participação dos mapuche deve-se ao fato de estes serem o povo indígena originário mais antigo do Chile, remanescente em maior número, e mais participativo nos protestos. Dessa forma, ainda que o atual processo constituinte chileno esteja em andamento, já é possível lançar luz sobre algumas singularidades inauguradas por ele. Uma delas é o conceito de constitucionalismo cidadão, referente à elaboração de uma Constituição com intensa participação popular em todas as fases do processo. O outro é a ressignificação do conceito de cidadão, visto que, apesar de os mapuche viverem na *polis*, falta-lhes cidadania plena e efetiva garantida constitucionalmente.

Palavras-chave: Chile; constitucionalismo; *estallido social*; mapuche.

ABSTRACT

This article studies the influence of the manifestations of the Chilean Mapuche indigenous people on the current constituent process, from the point of view of a Latin American citizen constitutionalism. The methodology used consists of the use of qualitative method, with a literature review on the Chilean social outbreak of 2019. The option to focus on the participation of the Mapuche is due to the fact that they are the oldest indigenous people in Chile, the remaining greatest in number, and the most participative in the protests. In this way, even though the current Chilean constituent process is underway, it is already possible to shed light on some singularities inaugurated with it. One of them is the concept of citizen constitutionalism, regarding to the elaboration of a Constitution with intense popular participation in all phases of the

* PhD em Estudos Internacionais, Universidade de Deusto, ex-bolsista da Cátedra UNESCO-Deusto, Espanha. Foi Researcher Marie Curie Action, Initial Network SPBuild (Comissão Europeia) Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutor em Políticas Públicas, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil. É membro do Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira e Observatório de Elites Políticas e Sociais do Brasil, UFPR. Mestre em Estudos Internacionais de Paz, Conflitos e Desenvolvimento, Universidade Jaume I, Espanha. Realizou estágio de pesquisa na Universidade Louvain-la-Neuve, Bélgica. É professor titular do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos, Universidade Tiradentes – UNIT, Aracaju, Sergipe, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7882-5449>. E-mail: espinoza.fran@gmail.com.

** Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes. Membro do grupo de pesquisa-CNPq Direitos fundamentais, novos direitos e evolução social. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7250-0790>. E-mail: thyerricruzdireito@outlook.com.

process. The other is the resignification of the concept of citizen, since, despite the Mapuche living in the polis, they lack full and effective citizenship constitutionally guaranteed.

Key-words: Chile; constitutionalism; estallido social; mapuche.

INTRODUÇÃO

Em 18 de outubro de 2019, o Chile foi tomado por mobilizações sociais que questionavam as mais diversas frentes que, no entendimento dos manifestantes, assolavam as estruturas do país. As reivindicações iam desde a alteração do sistema econômico neoliberal em vigor, adotado ainda no período ditatorial de Augusto Pinochet (1973-1990), até a criação de uma nova Constituição para o país, tendo em vista que a vigente até então, datada de 1980, já havia passado por mais de cem modificações ao longo de quase quatro décadas, e mesmo assim não comportava as exigências socioeconômicas dos chilenos, uma vez que seus fundamentos basilares restavam intactos¹.

Nesse sentido, o *estallido social* chileno, como ficou conhecido esse conjunto de mobilizações sociais, desvelou a possibilidade, até então, de certa forma, remota – mesmo em se tratando de América Latina, onde os movimentos sociais apresentam uma intensidade singular, sobretudo em termos de poder de pressão às forças estatais – de dar início ao processo constituinte por meio de mobilizações sociais, ao que é possível conferir a alcunha de constitucionalismo cidadão, isto é, a possibilidade concreta de que as agitações sociais sejam meios hábeis para a consecução do interesse público de elaborar uma Constituição que esteja em consonância com as exigências socioeconômicas, políticas e culturais da democracia chilena, mudanças que não são possíveis de realização estando o país sob a égide de uma Lei Fundamental com resquícios ditatoriais.

Nessa perspectiva, há uma razão em especial para se considerar a experiência chilena recente como singular, dentre tantas outras ocasiões em que manifestações sociais levaram a cabo importantes mudanças nos cenários nacionais de países latinoamericanos: o papel transformador dos movimentos sociais, sobretudo aqueles compostos por povos indígenas originários, em especial o povo mapuche, visando a construção de uma sociedade mais justa, o que perpassa, evidentemente, por uma Constituição, tendo em vista ser esta a norma programática que organiza o Estado, norteadora das políticas públicas e que salvaguarda os direitos e interesses de todos aqueles sujeitos à sua vigência jurídico-territorial.

¹ NAMUNCURA, Domingo. El complejo y más importante “momento constituyente” de los pueblos indígenas de Chile: experiencias y desafíos. In: PAIRICÁN PADILLA, Fernando. *et al. Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución*. Chile: Pehuén Editores, 2020. Disponível em: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_completo_11-Agosto.pdf. Acesso em 11 jun. 2021.

Com relação ao povo mapuche, evidências antropológicas demonstram que essa comunidade já habitava o território que hoje se conhece por Chile desde o século 5 a.C., tendo resistido, como podiam à dominação espanhola², e hoje representando cerca de 79,8% da população indígena do país, que, em geral, é de 12,8%, de acordo com os dados do último censo populacional³.

Dessa forma, merece especial relevo a atuação do povo indígena mapuche no *estallido social* chileno de 2019, por sua capacidade de mobilização, poder de reação, e por terem obtido adesão dos demais grupos manifestantes para o apoio às demandas de reconhecimento constitucional jurídico e político enquanto nações compostas por povos originários, do que derivará, em caso de decisão da Assembleia Constituinte, a garantia e a proteção aos direitos coletivos de ordem territorial, cultural e social aos povos indígenas remanescentes por meio do reconhecimento do Chile enquanto Estado Plurinacional.

Nesse aspecto, considera-se de extrema valia a discussão sobre o processo constituinte chileno mais recente, especialmente a sua raiz, de mobilização social, em virtude do dinamismo inerente aos movimentos sociais, isto é, sua aptidão em passar por mudanças carreadas pelos contextos históricos sem, contudo, perder suas características elementares, o que interessa tanto à academia quanto ao âmbito jurídico, pelo fato de a primeira se debruçar sobre essa forma inovadora de mobilização social intensa em torno do objetivo de uma nova Constituição, finalidade cara ao estudo do constitucionalismo, por parte do segundo.

Ademais, há, também, uma relevância social contida nessa experiência pré-constitucional chilena, pois demonstra a capacidade de mobilização social, inclusive dos povos indígenas originários, para atingir fins de grande monta, como é o caso da convocação de uma nova constituição para o país. Assim, seguindo o próprio lema do movimento chileno de que “não são trinta pesos, são trinta anos” – em alusão ao valor da passagem do transporte público, que foi o estopim das movimentações sociais em 18 de outubro de 2019 –, o *estallido social* serviu, ainda, para demonstrar que as causas dos movimentos sociais não são pequenas, e, embora possam parecê-lo a uma primeira vista, representam o exercício do direito de requerer a prestação dos direitos, mesmo sob a vigência de uma Constituição com andaimes ditatoriais⁴.

Por essa razão, indaga-se: de que maneira as mobilizações sociais indígenas mapuches influenciaram no processo constituinte chileno, do ponto de vista de um constitucionalismo cidadão latino-americano?

Com vistas de responder ao problema formulado, este artigo objetiva analisar o

² COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Santiago, 2008. Disponível em: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf. Acesso em 14 jun. 2021.

³ INE. *Síntesis resultados Censo 2017*. Instituto Nacional de Estadísticas. Chile: 2018. Disponível em: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>. Acesso em 14 jun. 2021.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

papel das mobilizações sociais do povo indígena mapuche no processo constituinte chileno.

A pesquisa utiliza o método qualitativo, além de estudar a produção científica sobre o *estallido social* chileno de 2019 e o constitucionalismo latino-americano. Com isso, se dá um seguimento do fenômeno social através dos meios de comunicações internacionais para fazer um seguimento do papel que joga o povo indígena mapuche nesses processos.

Assim, não obstante os protestos em questão tenham sido compostos por uma diversidade de grupos e movimentos, a opção metodológica pela análise da participação do povo mapuche justifica-se por seu histórico de conflitos com o Estado, o que envolve vulneração de direitos e ausência de reconhecimento formal e material, do que decorre a concepção de que são nações originárias e povos sujeitos de direitos coletivos, sobretudo à cultura e à territorialidade ancestral. Além disso, como dito, o povo mapuche representa a maior parcela da população indígena remanescente no Chile, constituindo 79,8% desse grupo que, por seu turno, é de 12,8% em relação à população total chilena⁵, e foram o povo indígena que mais participou do *estallido social* de 2019.

O conceito de constitucionalismo cidadão aqui adotado diz respeito à elaboração de uma Constituição com intensa participação popular, e em todas as fases desse processo constituinte, isto é, desde o plebiscito referente à forma de eleição e investidura dos constituintes, até o referendo que levará à aprovação ou rejeição do texto-base redigido pela Assembleia. Esse conceito também ajuda a trazer uma luz sobre um novo conceito de cidadão, visto que, conquanto os povos indígenas chilenos, em especial os mapuche, detenham direitos e deveres políticos por serem habitantes da nação, não possuem o devido reconhecimento, em termos constitucionais, quanto à sua condição de nação indígena originária. Assim, nesse contexto, os mapuches são cidadãos à medida que vivem na polis, na cidade, mas lhes falta uma cidadania plena e efetiva garantida pela Constituição. Por isso, a intensidade nas mobilizações e as demandas bem focalizadas quanto à plurinacionalidade.

A delimitação temporal da pesquisa aborda desde os movimentos de outubro de 2019, passando pelo plebiscito de 25/10/2020, que consagrou a opção da maioria dos votantes por uma nova Constituição, a ser elaborada por uma convenção de constituintes eleitos diretamente pelo voto popular, a fim de inaugurar uma nova ordem jurídica com valorização aos direitos sociais, bem como garantir uma equidade entre homens e mulheres, o que se observa inclusive na composição da convenção constituinte dos trabalhos a serem realizados em 2021, assim como a previsão de assentos para povos originários indígenas, conforme a eleição de maio do mesmo ano.

Assim, embora o processo constituinte chileno ainda esteja em andamento, já é possível obter considerações e conclusões a respeito da influência e contribuições das mobilizações sociais em questão – especialmente no que se refere à contribuição dos povos indígenas originários – para um novo constitucionalismo cidadão latino-

⁵ INE, *Op. cit.*

americano, considerando-se, sobretudo, a participação ativa, o poder de ação, reação e mobilização do povo mapuche, bem como sua capacidade de resistência política às diversas formas de vulneração.

O trabalho está dividido em três partes principais. De início, aborda-se a questão do *estallido social* chileno de 2019, desde suas motivações até as características principais que podem ser extraídas deste marco histórico-temporal que divide as manifestações latino-americanas em antes e depois dos protestos, como a capacidade mobilizacional do povo chileno em suas diversidades étnicas, sociais, culturais e econômicas, reunidas num objetivo claro e conciso, de consolidação do resgate democrático a partir da elaboração de uma Constituição verdadeiramente canalizadora e garantidora dos interesses sociais da população.

Em seguida, traçam-se notas sobre o atual processo constituinte chileno, destacando as insuficiências formais e materiais da Constituição de 1980, sobretudo com relação ao reconhecimento político-jurídico dos povos indígenas originários do país, uma vez que não basta declarar a igualdade formal entre todos os chilenos, sendo necessário, ao contrário, buscar uma substancialização dessa igualdade, considerando as singularidades dos povos indígenas chilenos, em especial os mapuche, mais participativos no *estallido social* de 2019.

Após essa discussão, são lançadas características singulares do processo constituinte chileno mais recente que podem contribuir para as bases teóricas e práticas de um novo constitucionalismo cidadão latino-americano, considerando a intensa participação desde o início, com as manifestações, característica que tende a se repetir durante a elaboração da Constituição e até mesmo posteriormente, com o referendo de aprovação ou rejeição do texto-base, o que faz da experiência chilena mapuche uma autêntica demonstração de constitucionalismo cidadão latino-americano.

Por fim, observa-se algumas contribuições do atual processo constituinte chileno para as bases teóricas e práticas de um novo constitucionalismo cidadão latino-americano, características que residem sobretudo na espontaneidade e capacidade mobilizacional dos manifestantes, além do resultado atingido, isto é, de sensibilizar o Estado-legislador a tomar providências quanto à elaboração de uma Constituição autenticamente democrática, em consonância com os interesses do povo a que ela está sujeita a vigor.

“#ChileDespertó”: origens e características do *estallido social* de 2019

O Chile, assim como diversos países da América Latina, a exemplo de Argentina, Bolívia, Brasil e Uruguai, passou por um período de exceção levado a cabo por uma ditadura militar com programa econômico neoliberal bem definido. Nesse contexto, as transformações engendradas pela elite militar no poder favorecem a uma conjuntura na qual o Estado é, ao mesmo tempo, forte em termos de controle e repressão, e fraco, por assim dizer, quanto à regulação econômica, de modo que o neoliberalismo precisa da atuação permissiva estatal do grupo no poder para ser implantando em sua plenitude.

Nesse sentido, os programas de transferência da gerência dos serviços públicos para a iniciativa privada realizados no Chile, aclamados pelas potências capitalistas do Hemisfério Norte nas décadas de 1970 e 1980⁶, acabaram levando a uma ampla concentração de renda e ao surgimento de desigualdades sociais variadas no país, culminando com constantes altas de preço, salários insatisfatórios, serviços educacionais e de saúde a altos custos, uma previdência privada inacessível para muitos trabalhadores de pouca renda, e transportes com preços instáveis⁷.

E foi justamente um aumento na tarifa da passagem de transporte público no Chile que levou ao *estallido social* de outubro de 2019, que inaugurou uma série de intensas manifestações no país. Assim, ninguém entendia bem o que se passava com um país sério, democrático, macroeconomicamente sólido e exemplo econômico para seus vizinhos, haja vista a surpresa com a agitação social no país⁸. Ocorre que não se tratava apenas do aumento do custo das passagens, pois, no dizer dos próprios manifestantes, não eram 30 pesos, e sim 30 anos. Assim, esse aumento, e consequentemente o *estallido social* representavam a indignação com a privatização dos recursos e serviços públicos, as condições de vida e trabalho precárias, os escândalos de corrupção de parte da classe política, em suma, com trinta anos de gestão democrática com feições e fundações ditatoriais⁹.

Afirma-se isso porque, mesmo com a redemocratização do país, em 1990, a Constituição de 1980, elaborada durante o período ditatorial, permaneceu em vigência, passando por alterações pontuais com vistas de conferir-lhe um caráter mais democrático, a partir da inserção de dispositivos visando incumbir ao Estado as tarefas de gerência de alguns serviços públicos, mesmo que de forma subsidiária. Contudo, isso ainda não se mostrou suficiente, haja vista que a própria manutenção da Constituição ditatorial impede as transformações exigidas pelas novas realidades democráticas.

Isso é assim porque a Constituição chilena de 1980 foi a legitimação jurídica que o neoliberalismo precisava para poder ser implementado sem impasses político-jurídicos, mesmo porquê, em se tratando de uma ditadura, implantar os programas neoliberais não exigiria um diálogo político-econômico com as diversas forças da sociedade, o que é próprio da democracia, daí que seja mais fácil, sob esse ponto de vista, instituir o neoliberalismo num país despido de caráter democrático¹⁰.

⁶ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 9-23. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/cchs/ess/Members/giselle.souza/politica-social-ii/texto-1-balanco-do-neoliberalismo-anderson>. Acesso em 29 maio 2021.

⁷ JIMÉNEZ-YAÑEZ, César. #Chiledespertó: causas del estallido social en Chile. *Revista Mexicana de Sociología*. [S.l.], v. 82, n. 4, out./dez. 2020. p. 949-957. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22201/iis.01882503p.2020.4.59213>. Acesso em 27 maio 2021.

⁸ Id., *ibid.*

⁹ IBARRA VARAS, Claudio; FIGUEIROA REYES, Alejandra. Control neoliberal en Chile: coreografías del poder. *Revista Crítica Penal y Poder*. Universidad de Barcelona, n. 20, jun./jul., 2020. p. 76-90. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30794>. Acesso em 29 maio 2021.

¹⁰ ANDERSON, Perry, *Op. cit.* ASTE LEIVA, Bruno. Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema. *DPCE Online*. [S.l.], v. 42, n. 1, abr. 2020. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/885>. Acesso em 28 maio 2021

Assim, a manutenção da norma estruturante do modelo econômico apontado como causador de desigualdades sociais no país não se mostra compatível com o paradigma democrático inaugurado em 1990, daí que os chilenos tenham ido às ruas por diversas ocasiões, dentre as quais se destacam os *estallidos* de 2006 e de 2011, que contaram com o engajamento de movimentos estudantis, jovens e indígenas, tal qual o *estallido social* de 2019, todos com o objetivo de propor uma nova Constituição para o país¹¹, com a ressalva de que o mais efetivo, em termos de resultados práticos, foi o de 2019.

Nesse sentido, em que pese o fato de a experiência chilena não ser algo inédito na história da América Latina, haja vista que houve outras manifestações e mobilizações sociais no continente em prol de reformas constitucionais ou mesmo novas constituições – a exemplo do movimento pelas Diretas Já, no Brasil da década de 1980, que, além da redemocratização do país, também exigia a elaboração de uma constituição democrática –, chama atenção as nuances de seu processo, que guardam especial relevância com relação ao atual estágio da concepção acerca do poder de influência dos movimentos e mobilizações sociais no processo constituinte, especialmente latinoamericano, que conta, ainda, com a especificidade da participação de povos indígenas originários, em especial o povo mapuche.

A esse respeito, os mapuche representam 79,8% dos povos indígenas chilenos, que totalizam 12,8% da população em geral, segundo o censo mais recente realizado no país¹². Com um histórico de resistência, e vivendo séculos à margem do poder político estatal, os mapuche foram um dos emblemas do *estallido social* de 2019, uma vez que o povo indígena sofre, para além dos problemas socioeconômicos que assolam os demais habitantes do país, também a ausência de um reconhecimento político-jurídico enquanto nações originárias, o que os garantiria uma série de direitos coletivos em virtude de sua singularidade étnico-cultural, constituindo os principais focos de reivindicações durante os protestos.

Noutra perspectiva, apesar da multiplicidade de naturezas sócio-políticas imputadas ao *estallido social* chileno de 2019 – visto que alguns autores costumam considerá-lo um movimento ou mobilização social¹³; outros, uma insurreição destituente¹⁴; e outros, ainda, uma multidude¹⁵ –, um fato é que os manifestantes não queriam uima revolução, mas apenas chamar a atenção para o atendimento às suas demandas democráticas e sociais, fruto de uma reação inconformada a um modelo político-econômico que ameaça a economia presente e futura do povo chileno, no entendimento dos manifestantes¹⁶, além da exigência de uma nova Constituição,

¹¹ ASTE LEIVA, Bruno, *Op. cit.*

¹² INE, *Op. cit.*

¹³ JIMÉNEZ-YAÑEZ, César, *Op. cit.*

¹⁴ IBARRA VARAS, Claudio; FIGUEIROA REYES, Alejandra, *Op. cit.*

¹⁵ RIVERA-AGUILERA, Guillermo; IMAS, Miguel; JIMÉNEZ-DÍAZ, Luis. Jóvenes, multitud y estallido social en Chile. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. [S.l.], v. 19, n. 2, mai./ago. 2021. p. 1-24. Disponível em: <https://doi.org/10.11600/rlcsnj.19.2.4543>. Acesso em 28 maio 2021.

¹⁶ JIMÉNEZ-YAÑEZ, César, *Op. cit.*

autenticamente democrática, que pudesse materializar os direitos sociais e os serviços públicos necessários para a manutenção de uma qualidade de vida digna aos chilenos, e que reconhecesse a plurinacionalidade do Estado chileno, do que deve decorrer a salvaguarda dos direitos coletivos dos povos indígenas originários.

Assim, independentemente da natureza sócio-política das manifestações, a oportunidade chilena mais recente ressalta a retomada de uma soberania perdida; não aquela soberania estatal propriamente dita – de autoridade estatal perante sua ordem interna e externa –, mas uma soberania do povo e do Estado de prestações contra os ditames do neoliberalismo, que não se mostrou, naquele país – segundo o que indicam as manifestações sociais –, eficiente no combate às desigualdades diversas e no enfrentamento das exigências da sociedade contemporânea.

Sendo, portanto, a Constituição chilena vigente o modelo de sociedade formulado durante a ditadura de Pinochet, traduzindo-se no instrumento jurídico que permite manter, até hoje, a institucionalidade do modelo neoliberal e a forma hermética em como se organiza o poder político, excluindo os povos indígenas originários, observa-se o porquê de o *estallido social* de 2019 centrar-se, no decorrer das manifestações, na crítica à subsidiariedade do Estado provedor, na timidez dos direitos fundamentais sociais, na política privatista que gera desigualdade social¹⁷, e além disso, Lassale¹⁸, na ausência de reconhecimento jurídico, a nível constitucional, aos povos indígenas do país, o que desembocou na exigência de uma constituição democrática que legitime, juridicamente, a redemocratização iniciada em 1990, ainda pendente de confirmação por uma norma estruturante em consonância com os interesses democráticos e com a participação dos chilenos na sua elaboração, visto que uma Constituição em desconformidade com a sociedade para a qual ela vigerá não passa de uma peça de papel.

Uma Constituição para chamar de sua: notas sobre o atual processo constituinte chileno

Apesar de o *estallido social* chileno de 2019 ter sido iniciado pela insatisfação com a alta nos preços de tarifas de transportes públicos, esse só foi o estopim para um pano de fundo que viria a ser descoberto no decorrer das manifestações, qual seja, a exigência de uma nova Constituição para o país; uma Constituição democrática; uma Constituição para chamar de sua.

Afirma-se isso, primeiramente, pelo fato de que a Constituição de 1980 não possui, desde sua gênese, uma legitimidade democrática, visto que, não obstante tenha sido submetida a um plebiscito popular visando conferir-lhe um caráter democrático – plebiscito este de índole questionável, pela simples convocação à aderência de um texto preparado pelo Chefe de Estado, e por não ter respeitado as mínimas condições

¹⁷ ASTE LEIVA, Bruno, *Op. cit.*

¹⁸ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo: Edijur, 2020.

democráticas, como o pluralismo¹⁹ –, muitas de suas diretrizes remanescentes até hoje não são compatíveis com os postulados democráticos adotados pelo Chile em 1990, com o fim do período ditatorial, a exemplo da proteção e do exercício das liberdades mais básicas.

Outrossim, as mobilizações sociais e suas reivindicações deixaram clara a compreensão de que reformas no texto da Constituição de 1980 não bastam, sendo necessária a elaboração de uma nova Lei Fundamental, que conte verdadeiramente com a participação popular, e que seja consoante aos interesses do povo e de um país democrático, inclusive sob o ponto de vista socioeconômico, o grande agente fomentador de indignação e agitação social.

Nesse prisma, observa-se que a Constituição chilena de 1980 adotou um compromisso ideológico com o modelo político-econômico neoliberal, o que se extrai já desde o seu art. 1º, inciso 3, segundo o qual a finalidade do Estado chileno “é promover o bem comum, para o qual deve contribuir criando as condições sociais que permitem a todos [...] a sua maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e garantias que esta Constituição estabelece”²⁰, uma clara demonstração da concepção liberal de Estado, responsável apenas por garantir as liberdades civis, políticas e econômicas e os direitos à vida, integridade e propriedade.

Já sob a ótica política, a Constituição de 1980 também não agrada aos chilenos pelo fato de conter mecanismos que obstaculizam qualquer alteração que possa afetar não apenas as bases do modelo econômico adotado, mas também a forma de exercício do poder político, isto é, com uma maior participação popular²¹, sobretudo dos povos indígenas originários, aliados dessa participação, e privados de menção, inclusive, no próprio texto constitucional impugnado, cuja redação original não lhes faz uma referência sequer.

Por essa razão, em que pese as reformas engendradas no texto constitucional chileno desde a redemocratização, as suas bases permanecem as mesmas, e são bases institucionais constituídas num período ditatorial, ou seja, as reformas não têm sido capazes de sanar o déficit democrático que persiste sobre a atual Constituição²². Isso se mostra patente nos próprios casos de reforma constitucional, cujos quóruns qualificados, na prática, impedem uma deliberação democrática intensa, por estarem a cargo apenas dos parlamentares e do Presidente da República, que, querendo, e a depender das circunstâncias, pode contar com um plebiscito, segundo os arts. 116 e 117 da Constituição chilena de 1980.

¹⁹ ASTE LEIVA, Bruno, *Op. cit.*

²⁰ REPÚBLICA DE CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Versión original. Editorial Jurídica de Chile: 1980, p. 8. Disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>. Acesso em 31 mai. 2021. Do original: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos [...] su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

²¹ ASTE LEIVA, Bruno, *Op. cit.*

²² *Ibidem*.

Assim, partindo da premissa de que uma Constituição e sua legitimidade não devem ser observadas apenas do ponto de vista da juridicidade, mas também por sua natureza política, tem-se que o poder constituinte possa ser exercido pelo povo, seja de forma derivada, através da permissão para reformas constitucionais advindas das reivindicações populares, seja de forma originária, por meio da representação de uma assembleia constituinte ou convenção constitucional. Ademais, sendo o povo soberano, compete a ele escolher a forma como exercerá o poder, devendo optar pela que melhor se adapte ao princípio democrático, à soberania popular e às particularidades do país, elementos que podem conferir legitimidade a uma nova ordem constitucional, pautada na participação popular²³.

Depreende-se, portanto, que a exigência dos manifestantes chilenos por uma nova Constituição para seu país não reside num mero simbolismo; não se trata da escrita de e em um mero pedaço de papel. Na visão do povo chileno, ao que demonstraram as mobilizações, a Constituição a ser elaborada é uma verdadeira conquista, é um marco da democracia pátria, que ainda estava organizada sob as bases de uma lei fundamental elaborada no período mais excepcional do país. Não é possível, para uma nação, ser uma autêntica democracia possuindo uma Constituição ditatorial, pois, nesse contexto, a Lei Fundamental fica despartada da sociedade, dos fatores reais de poder²⁴, retirada de seu fundamento, e também sua fundamentalidade, por assim dizer.

Desta feita, se o neoliberalismo e as conseqüentes disparidades econômicas acentuadas ocorreram pela via antidemocrática, no período ditatorial, então a redemocratização e a conseqüente distribuição de renda adequada, a oferta de serviços públicos condizentes com o atual estágio econômico e social do país e o reconhecimento e conseqüente proteção aos povos indígenas originários só poderão estar concluídas com uma Constituição verdadeiramente democrática, que esteja em consonância com os interesses do Chile democrático atual.

Assim, se uma das características das mobilizações sociais reside em reivindicar a prestação de direitos sociais por parte do Estado, nada de surpreendente em reivindicar a elaboração de uma Constituição que seja capaz de prever a materialização desses direitos, pois se o Direito, no singular, pertence ao Estado, os direitos, no plural, pertencem ao povo, que deve se aproveitar das lutas de forças nos âmbitos jurídico e político para alcançar uma verdadeira Constituição que lhe seja emancipatória²⁵.

Outrossim, por mais que, de início, os movimentos tenham sido duramente reprimidos, taxados até de inimigos pelo então Presidente Sebastian Piñera²⁶, a classe política, posteriormente, aprovou uma emenda constitucional que criou um Capítulo XV para a Constituição de 1980, prevendo os procedimentos para a elaboração de uma nova Carta Política para o país, dentre os quais estava a convocação de um plebiscito a ser

²³ ASTE LEIVA, Bruno, *Op. cit.*

²⁴ LASSALE, Ferdinand, *Op. cit.*

²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Op. cit.*

²⁶ Disponível em: https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/. Acesso em 31 mai. 2021.

realizado em 25 de outubro de 2020, contando com duas cédulas com as perguntas “¿Quiere usted una Nueva Constitución?” e “¿Qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?”, para as quais haviam, respectivamente, as respostas *Apruebo/Rechazo* e *Convención Mixta Constitucional/Convención Constitucional*²⁷.

Para Namuncura²⁸, essa convocação para aferir a opinião popular acerca do modo de elaboração da Constituição e também de eleição de constituintes foi um dos momentos mais significativos da história chilena, por ser a primeira vez em que cidadãos foram consultados para decidir os rumos da feitura da nova lei fundamental do país – especialmente os povos indígenas, que nunca foram chamados a decidir sobre nada que fosse de seu interesse, ao longo dos 210 anos de existência do Chile enquanto Estado-nação.

Sem surpresas, os resultados do plebiscito apontaram para a escolha da maioria quanto à concordância por uma nova Constituição, que deverá ser elaborada por uma Assembleia composta por constituintes eleitos apenas para esta finalidade, ou seja, sem a participação de parlamentares já no exercício do mandato, e devendo, ainda, contar com paridade de gênero e a presença de povos indígenas originários.

Nesse sentido, não obstante o atual processo constituinte chileno ainda esteja em andamento, já é possível obter considerações e conclusões a respeito da influência e contribuições das mobilizações sociais num constitucionalismo cidadão latinoamericano, o que se deve, em boa parte, às singularidades chilenas, que inauguraram um novo momento na teoria e na prática dos movimentos e mobilizações sociais no continente, por sua espontaneidade; relativo ineditismo; ativismo digital; pelo resultado atingido, isto é, de convocação de uma nova assembleia constituinte, e intensamente participativa ao longo das etapas do processo de elaboração da nova Lei Fundamental chilena; mas, principalmente, pela presença ativa dos povos indígenas originários chilenos ao longo do *estallido social* e das etapas prévias à elaboração da Constituição, que compreendem a eleição de constituintes e a própria representatividade desses povos no corpo da Assembleia escolhida, em especial o povo mapuche.

Contribuições da experiência constituinte chilena recente para as bases teóricas e práticas de um novo constitucionalismo cidadão latinoamericano

A uma primeira vista, o processo constituinte chileno em andamento, decorrente de intensas mobilizações sociais, recorda a consagrada doutrina do poder constituinte, atualizando-o para um caráter mais democrático, encorpado com uma cidadania ativa, dissociado de iniciativas e interesses elitistas, além de buscar gerar uma norma

²⁷ REPÚBLICA DE CHILE. *Ley 21200*. Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Publicación: 24 dec. 2019. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340&idParte=10085125&idVersion=2019-12-24>. Acesso em 31 mai. 2021.

²⁸ NAMUNCURA, Domingo, *Op. cit.*

programática estatal que seja capaz de, somada às instituições e às forças da sociedade, resolver os problemas de legitimidade que o sistema constitucional herdado do modelo europeu não conseguiu resolver²⁹.

Por isso, ao atingir esse estágio de déficit constitucional, há a necessidade de se adotar uma nova Lei Fundamental, já que esta “traduz algo de diverso e original. Traz consigo uma nova fundação e uma nova limitação e envolve todo um modo de ser concebido um poder”, onde se plasma “um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável”³⁰, valores e princípios que serão inseridos no texto constitucional sob a ação inovadora do poder constituinte soberano.

Nesse sentido, o fator determinante da inauguração de cada “era constitucional” não é a aprovação ou promulgação de uma Constituição formal, e sim a contraposição das forças políticas e sociais frente ao sistema e à norma então vigente – poder constituinte material –, que escolherá uma assembleia de constituintes coerente com o projeto das primeiras – poder constituinte formal. Nesse procedimento, a conclusão da elaboração da Constituição pode contar com a realização de um referendo, para submetê-la ao crivo dos cidadãos, parcela do poder constituinte material – embora, de acordo com Miranda³¹, seja mais preferível que o referendo se realize antes da convocação da assembleia constituinte, para aferir a opinião popular acerca do seu modo de composição.

Do ponto de vista da América Latina, a tradição constitucionalista local tem duas principais formas de manifestação, de acordo com Avritzer³²: a recuperação constitucional, no caso de países que passaram por redemocratizações, a exemplo do Brasil na década de 1980; e o reconhecimento e a participação de povos indígenas originários, como aconteceu com as constituições do Equador e Bolívia, na primeira década do século XIX.

Nessa perspectiva, observa-se que o atual processo constituinte chileno possui características comuns a outras experiências que ocorreram na América Latina, como a intensa participação popular em busca da eleição democrática de uma assembleia constituinte que consagre os interesses sociais no texto constitucional que concluirá, do ponto de vista jurídico, o processo de redemocratização do país, além de atenuar as desigualdades sociais geradas pelo modelo político-econômico neoliberal adotado e mantido desde a ditadura. Por essa razão, o que diferencia a experiência chilena mais recente, a ponto de se considerá-la um modelo que pode contribuir com as novas bases teóricas e práticas de um novo constitucionalismo cidadão na América Latina?

²⁹ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6079>. Acesso em 11 jun. 2021.

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 40.

³¹ Ibidem.

³² AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo. *et al* (Orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

Em primeiro lugar, pode-se justificar essa singularidade pelo fato de o *estallido social* e sua influência sobre o processo constituinte romperem com a visão estrita de poder constituinte, esvaziado de seu conteúdo político, reduzido a mero elemento legitimador dos objetivos das elites. Afirma-se isso porque o novo modelo constituinte latino-americano “torna o poder constituinte originário o protagonista do processo democrático”, fazendo com que a legitimidade e normatividade da Constituição e das leis “dependa da regular, oportuna, necessária e periódica atuação desse poder”, de maneira que a junção das expressões “novo” e “latino-americano” não se presta apenas a delimitar uma questão geográfica, senão uma questão de “teoria política de transformação pensada para este Sul global, portanto uma teoria contextualizada, autêntica, muito mais preocupada em ser adequada à sua realidade local do que em ser pretensamente universal”³³.

Nesse sentido, reside no processo constituinte chileno um forte requinte de decolonialidade, isto é, uma perspectiva contrária ao sentimento de subalternidade e dependência de outras potências e países, ou mesmo de grupos sociais melhor posicionados na estrutura social, política e econômica, numa autêntica apreensão da soberania possuída pelas comunidades e pelas nações latino-americanas. Dessa forma, considerando-se a tradição histórica do continente, repleta de dependência e dominação cultural, observa-se que os movimentos de construção de um novo constitucionalismo no continente, como expressão de emancipação e luta pela negação dos efeitos perversos de políticas econômicas adotadas, não são estáticos, não estão concluídos, e não caminham numa única direção; ao contrário: ainda estão em andamento, experimentando diferentes soluções, englobando diversas abordagens, mas, sempre, tendo em vista uma finalidade emancipatória, participativa e inclusiva³⁴, especialmente das minorias excluídas do processo histórico³⁵, como é o caso dos povos indígenas, em especial os mapuche.

Nessa toada, é prudente destacar que o ingresso ativo do povo mapuche no *estallido social* chileno de 2019 não ocorreu de forma imotivada, posto que Caniuqueo Huircapan³⁶ recorda o descumprimento, por parte do estado chileno, com diretrizes e alterações à Lei nº 19.253, conhecida popularmente como lei indígena, em desconformidade com as demandas do povo mapuche. Esse descontentamento provocou revoltas pontuais que, por seu turno, sofreram repressões policiais severas.

³³ TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREITAS, Vitor Sousa. Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. In: AVRITZER, Leonardo. *et al* (Orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 111-114.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ DULCI, Tereza Maria Spyer; ALVARADO SADIVIA, Vania. El Estallido Social en Chile: ¿rumbo a un Nuevo Constitucionalismo? *Revista Katálysis*. [S.l.], v. 24, n. 1, p. 43-52, jan.abr/. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e73555>. Acesso em 28 maio 2021.

³⁶ CANIUQUEO HUIRCAPAN, Sergio. Plurinacionalidad: de los pactos rotos, la coyuntura, a la construcción de la convivencia plurinacional. In: PAIRICÁN PADILLA, Fernando. *et al*. *Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución*. Chile: Pehuén Editores, 2020. Disponível em: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_completo_11-Agosto.pdf. Acesso em 11 jun. 2021.

Mas, ainda antes disso, os mapuches já haviam sido desagradados com uma apontada impunidade quanto à morte de Camilo Catrillanca, uma liderança jovem da comunidade³⁷. Com isso, depreende-se que a soma desses conflitos rompeu ainda mais o frágil elo entre o povo mapuche e o estado chileno, aparentemente pouco ou despreocupado com as situações.

Dessa forma, é possível afirmar, com Caniuqueo Huircapan³⁸, que a adesão emocional, no dizer de Millaleo³⁹, conferida às manifestações mapuche dentro do *estallido social* deveram-se à sensibilização de muitos chilenos com a realidade de um Estado vulnerador de direitos fundamentais de povos indígenas originários, despossuídos de terras, direitos e de reconhecimento jurídico a nível constitucional, o que é fruto e uma Constituição desapartada das características da própria nação, o que lhe retira frontalmente a legitimidade política.

É propício mencionar que, conquanto os países latinoamericanos tenham se tornado independentes, persiste em suas estruturas resquícios de colonização formal, isto é, a supressão, mesmo que por meio da homogeneização, das culturas e modos de vida originários dos povos submetidos ao domínio dos colonizadores. Também o Estado, dentro dessa realidade, mostra sua faceta colonial, por assim dizer, ao não prever formas de exercício dos direitos e interesses coletivos dos povos indígenas, haja vista o fato de que a racionalidade do Estado criado sob uma visão europeia não se pode aplicar, sem embargos, às formas de vida e sociedade indígenas aqui existentes quando da chegada dos colonizadores. E, como norma programática do Estado, a Constituição, muitas vezes, acaba por refletir essas lógicas de poder e dominação, daí a busca por um novo constitucionalismo, que, com seu emblema plural do ponto de vista cultural e nacional, comprometa-se com os setores historicamente alijados por teorias e práticas político-institucionais alheias e atentatórias ao seu interesse⁴⁰.

Nesse sentido, ao buscar uma ruptura com os resquícios autoritários e dissociados do povo, e ao conseguir atingir esse objetivo, a nova Constituição chilena poderá simbolizar um marco não apenas no que diz respeito à produção normativa latino-americana, mas também quanto à superação das concepções de Estado distanciado do povo e de Estado uninacional, por assim dizer, o que leva, também, à constatação de que as mobilizações sociais são instrumentos hábeis para enfrentar a colonialidade, pelo fato de os marginalizados poderem participar da produção do direito, da norma fundamental do país⁴¹.

Assim, se a plurinacionalidade será insculpida no texto constitucional chileno,

³⁷ NAMUNCURA, Domingo, *Op. cit.*

³⁸ CANIUQUEO HUIRCAPAN, Sergio, *Op. cit.*

³⁹ MILLALEO, Salvador. Prólogo: ¿el surgimiento de un constitucionalismo indígena en Chile? In: PAIRICÁN PADILLA, Fernando et al. *Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución*. Chile: Pehuén Editores, 2020. Disponível em: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_completo_11-Agosto.pdf. Acesso em 11 jun. 2021.

⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. [S.l.], v. 18, n. 2, p. 329-342, mai./ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v18n2.p329-342>. Acesso em 10 jun. 2021.

⁴¹ DULCI, Tereza Maria Spyer; ALVARADO SADIVIA, Vania, *Op. cit.*

não é possível prever, ainda, posto que, até a conclusão deste artigo, ainda não foram iniciadas as sessões de debates e elaboração da Constituição propriamente ditos. Contudo, é crível que essa demanda será uma constante, a começar pelos representantes constituintes indígenas eleitos, que deverão estabelecer negociações com demais redatores a fim de angariar apoio político nas aprovações de reivindicações desta estirpe, articulações que são comuns em processos constituintes.

De uma forma ou de outra, uma certeza é que não bastará inserir parágrafos na nova Constituição chilena quanto aos povos indígenas, e sim algo mais profundo, voltado a criar uma cultura de convivência entre as diferentes nações que coabitam o país, sem discriminações de caráter étnico e cultural, em atenção a documentos internacionais como a Convenção 169 da OIT, ou mesmo a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴². Assim, o reconhecimento da plurinacionalidade no Chile, se vier a acontecer, exigirá alterações na forma de exercício de poder no país, atualização do conceito de democracia e, também um maior relacionamento com a natureza.

E, apesar da necessidade de se aguardar a conclusão do processo constituinte chileno – o que deve ocorrer em meados de 2022 – para verificar se as previsões traçadas estarão corretas, sobretudo quanto ao possível reconhecimento jurídico plurinacional do Estado chileno e dos povos e comunidades indígenas, o que é possível assegurar no momento é a singularidade da experiência chilena, tendo em vista a força política do *estallido social*, especialmente por lograr êxito quanto à reivindicação maior, de convocação de uma nova assembleia de constituintes para redigir uma norma fundamental condizente com os postulados democráticos adotados pelo Chile em 1990, para concluir, do ponto de vista jurídico-normativo e também socioeconômico, a redemocratização do país, sequência de lutas que contou com a participação ativa dos povos indígenas, cujas reivindicações receberam pronto apoio dos manifestantes em geral.

Com isso, algumas contribuições para as bases teóricas e práticas de um novo constitucionalismo cidadão já são observáveis, e residem sobretudo na espontaneidade e na capacidade mobilizacional dos manifestantes, que buscaram inovar o constitucionalismo democrático e a democracia constitucional no país, cujo resultado atingido até agora foi satisfatório, do ponto de vista das demandas do *estallido social* de 2019, de convocação de uma assembleia constituinte que redija um texto adequado às necessidades e aos interesses do Chile democrático dos dias atuais.

Considerações finais

O *estallido social* chileno de 2019 tornou possível a ideia de um processo constituinte ser iniciado após pressão de movimentos sociais, e ser continuado com base na premissa da participação popular em todas as suas fases, visto que os protestos em

⁴² NAMUNCURA, Domingo, *Op. cit.*

questão deram início a um efetivo constitucionalismo cidadão, em que o povo é consultado e, mais que isso, torna-se protagonista ao longo do andamento do processo de feitura de sua Lei Fundamental.

Dentro desse conceito de povo, que não mais representa uma categoria abstrata e passiva, distante dos rumos da gestão da coisa pública, encontra-se uma amálgama de povos com distintos interesses, e, dentre esses, os mapuche, comunidade indígena originária chilena mais antiga e remanescente em maior quantidade, e participativa desde o início das mobilizações sociais que levaram ao compromisso cívico-estatal por uma nova Constituição para o país, desta vez, democrática.

Nessa perspectiva, à problemática posta, sobre a influência das mobilizações sociais mapuche no atual processo constituinte chileno com relação a um constitucionalismo cidadão latino-americano, responde-se que as características da experiência chilena tornam-na singular pelo papel transformador dos movimentos sociais, especialmente pela intensa participação, e também pela constante consulta ao povo chileno, que tenderá a se repetir durante a elaboração da Constituição e até mesmo no momento posterior, em virtude do referendo para aprovação ou rejeição do projeto.

Dessa forma, observa-se que o atual processo constituinte chileno inaugura uma nova forma de refletir sobre o constitucionalismo latino-americano, em virtude da ressignificação do conceito de cidadão, especialmente para os indígenas, carentes de reconhecimento constitucional e político, e de constitucionalismo, visto que a norma fundamental do país precisa lograr êxito, para o qual necessita de legitimidade democrática e social perante aqueles que estarão sob sua vigência.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/cchs/ess/Members/giselle.souza/politica-social-ii/texto-1-balanco-do-neoliberalismo-anderson>. Acesso em 29 mai. 2021.

ASTE LEIVA, Bruno. Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema. *DPCE Online*, v. 42, n. 1, abr. 2020. Disponível em: <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/885>. Acesso em 28 maio 2021

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo. *et al* (Orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

CANIUQUEO HUIRCAPAN, Sergio. Plurinacionalidad: de los pactos rotos, la coyuntura, a la construcción de la convivencia plurinacional. In: PAIRICÁN PADILLA, Fernando. *et al*. *Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución*. Chile: Pehuén

Editores, 2020. Disponível em: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_completo_11-Agosto.pdf. Acesso em 11 jun. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMISIONADO PRESIDENCIAL PARA ASUNTOS INDÍGENAS. *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago, 2008. Disponível em: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf. Acesso em 14 jun. 2021.

DULCI, Tereza Maria Spyer; ALVARADO SADIVIA, Vania. El Estallido Social en Chile: ¿rumbo a un Nuevo Constitucionalismo? *Revista Katálysis*. [S.l.], v. 24, n. 1, p. 43-52, jan.abr/. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e73555>. Acesso em 28 maio 2021.

IBARRA VARAS, Claudio; FIGUEIROA REYES, Alejandra. Control neoliberal en Chile: coreografías del poder. *Revista Crítica Penal y Poder*. Universidad de Barcelona, n. 20, jun./jul., 2020. p. 76-90. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30794>. Acesso em 29 maio 2021.

INE. *Síntesis resultados Censo 2017*. Instituto Nacional de Estadísticas. Chile: 2018. Disponível em: <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>. Acesso em 14 jun. 2021.

JIMÉNEZ-YAÑEZ, César. #Chiledespertó: causas del estallido social en Chile. *Revista Mexicana de Sociología*. [S.l.], v. 82, n. 4, out./dez. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22201/iis.01882503p.2020.4.59213>. Acesso em 27 maio 2021.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo: Edijur, 2020.

MILLALEO, Salvador. Prólogo: ¿el surgimiento de un constitucionalismo indígena en Chile? In: PAIRICÁN PADILLA, Fernando. *et al. Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución*. Chile: Pehuén Editores, 2020. Disponível em: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_completo_11-Agosto.pdf. Acesso em 11 jun. 2021.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NAMUNCURA, Domingo. El complejo y más importante “momento constituyente” de los pueblos indígenas de Chile: experiencias y desafíos. In: PAIRICÁN PADILLA, Fernando. *et al. Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución*. Chile: Pehuén Editores, 2020. Disponível em: http://www.ciir.cl/ciir.cl/wp-content/uploads/2020/08/Wallmapu_completo_11-Agosto.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 2 p. 333-349, ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6079>. Acesso em 11 jun. 2021.

REPÚBLICA DE CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Versión original. Editorial Jurídica de Chile: 1980. Disponível em: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>. Acesso em 31 maio 2021.

REPÚBLICA DE CHILE. *Ley 21200*. Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Publicación: 24 dec. 2019. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340&idParte=10085125&idVersion=2019-12-24>. Acesso em 31 maio 2021.

RIVERA-AGUILERA, Guillermo; IMAS, Miguel; JIMÉNEZ-DÍAZ, Luis. Jóvenes, multitud y estallido social en Chile. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. [S.l.], v. 19, n. 2, mai./ago. 2021, p. 1-24. Disponível em: <https://doi.org/10.11600/rllcsnj.19.2.4543>. Acesso em 28 maio 2021.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREITAS, Vitor Sousa. Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. In: AVRITZER, Leonardo. *et al.* (Orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. [S.l.], v. 18, n. 2, p. 329-342, mai./ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v18n2.p329-342>. Acesso em 10 jun. 2021.

Data de Recebimento: 16/09/2021.

Data de Aprovação: 12/12/2021.

LE DROIT À L'ENVIRONNEMENT ET À L'ÉCONOMIE À LA LUMIÈRE DE LA THÉORIE RAWLSIENNE¹

DIREITO AO MEIO AMBIENTE E ECONOMIA À LUZ DA TEORIA RAWLSIANA

*Fernanda Neves Ferreira**

*Lise Tupiassu***

*Jean-Raphaël Gros-Désormeaux****

RÉSUMÉS

L'ajustement nécessaire des relations homme-nature a donné naissance au droit de l'homme à un environnement sain, dont la mise en œuvre est aujourd'hui concrétisée par la réalisation des objectifs du développement durable, intégrant les préoccupations environnementales dans les idéaux économiques. À cette fin, une perspective économique environnementale a été construite, qui est actuellement en train d'être élargie à une idée d'économie écologique. Considérant que l'interrelation entre ces sphères économiques et la mise en œuvre du droit de l'homme à l'environnement a été peu abordée dans une perspective de justice, cette étude cherchera à analyser les sphères économiques de la mise en œuvre de ce droit à partir de la théorie de la justice libérale contractuelle de John Rawls. S'appuyant sur une recherche bibliographique avec une approche déductive, l'étude conclut que l'économie de l'environnement est proche de l'idéal de justice de Rawls. Cependant, bien que cette théorie politique fonde l'origine de l'économie écologique, elle s'avère insuffisante pour englober l'aspect holistique de ce nouveau courant.

Mots-clés : Économie écologique ; économie de l'environnement ; développement durable ; théorie de la justice ; droits fondamentaux.

RESUMO

O necessário ajuste da relação homem-natureza deu origem ao direito humano a um meio ambiente saudável, cuja implementação é hoje operacionalizada pela consecução dos objetivos do desenvolvimento sustentável, integrando a preocupação ambiental dentro de ideais econômicos. Para isso construiu-se uma perspectiva econômica ambiental, hoje em processo de ampliação para uma ideia de economia ecológica. Considerando a escassa abordagem da interrelação entre essas esferas econômicas e a implementação do direito humano ao meio ambiente a partir de uma ótica de justiça, este estudo buscará analisar as esferas econômica de implementação desse direito a partir da teoria

¹ Les présents travaux ont été réalisés avec le soutien de la CAPES, Coordination pour le perfectionnement du personnel de l'enseignement supérieur – Brésil, dans le cadre du Programme Capes/Cofecub et de l'Agence Nationale de la Recherche Française (Cebr, réf. ANR-10-LABX-25-01) dans le cadre du programme «Investissements d'avenir».

* Doctorante dans le cadre du Programme d'études supérieures en droit de l'Université Fédérale du Pará en cotutelle avec l'Université des Antilles. Master en sciences de l'environnement de l'Université d'État du Pará. Licence en droit. Courriel : nanda_fnf@yahoo.com.br. ORCID : 0000-0003-3224-1485.

** Doctorat en droit de l'Université Toulouse 1 - Capitole. Master en droit fiscal de l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne. Master en institutions juridico-politiques de l'Université fédérale du Pará. Master en droit public de l'Université de Toulouse 1 - Capitole. Professeur à l'Université fédérale du Pará – UFPA et au Centre universitaire de l'État du Pará – CESUPA. Courriel : lise@ufpa.br. ORCID: 0000-0001-8921-343X.

*** Doctorat en géographie de l'Université des Antilles et de la Guyanne – UAG. Chercheur au Centre National des Recherches Scientifiques – CNRS et au Laboratoire Caribéen de Sciences Sociales – LC2S. Professeur à l'Université des Antilles. Courriel: jr.grosdesormeaux@gmail.com. ORCID: 0000-0002-3110-318X.

da justiça liberal contratual de John Rawls. Empregando pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, o estudo conclui que a economia ambiental aproxima-se do ideal de justiça de Rawls. Porém, em que pese tal teoria política fundamentar a origem da economia ecológica, torna-se insuficiente para abarcar o aspecto holístico desta nova corrente.

Palavras-chave: Economia Ecológica; Economia Ambiental; Desenvolvimento sustentável; Teoria da Justiça; Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

À partir de la seconde moitié du XXe siècle, les droits de l'homme s'affirment comme des éléments clés de la structuration des sociétés occidentales, instaurant, concomitamment, un processus historique marqué par la recherche d'un ajustement de la relation développée entre l'homme et la nature², qui a donné lieu à l'affirmation d'un droit de l'homme à un environnement sain. Aujourd'hui, en plus d'être juridiquement établie dans des plans normatifs nationaux et internationaux, cette valeur se transcende en un ensemble d'objectifs à atteindre par presque toutes les nations du monde, représentés par les Objectifs de développement durable (ODD).

La notion de développement durable est née de la tentative de mettre en équation les tensions entre les problématiques environnementales résultant des activités humaines et les aspects économiques, sociaux et politiques de la société³. Des études telles que le rapport « Les Limites à la croissance », publié en 1972, ont été à l'origine du début de la discussion⁴, qui a abouti à l'élaboration du concept de développement durable par le rapport Brundtland en 1987⁵, et qui a pénétré avec véhémence la sphère économique.

Le passif environnemental croissant généré par la structure économique néoclassique dominante a fini par l'obliger à chercher des alternatives pour résoudre les effets des activités productives sur l'environnement, en proposant de traiter ces effets externes au système économique comme des défaillances du marché⁶, donnant naissance à un sous-courant appelé économie environnementale⁷. Ce courant, cependant, a été repensé, à partir d'une approche économique qui cherche à rendre compatible un mode

² TUPIASSU, L.V.C. “O meio ambiente na dinâmica histórico-econômica dos direitos humanos”. Dans: DIAS, J. C.; FONSECA, L. C. (Orgs.). *Sustentabilidade - Ensaio sobre Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2010. p. 129.

³ LOPES, C. Rousseau. Rio and the Green Economy. Dans: MANCEBO, F.; SACHS, I. (Éd.). *Transitions to Sustainability*. New York: Springer, 2015. p. 65-77.

⁴ BOSSELMANN, K. O significado da sustentabilidade. Dans: MANCEBO, F.; SACHS, I. (Éd.). *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25-63.

⁵ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. Oslo: WCED, 1987. Disponible sur: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

⁶ PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan and Co., 1929.

⁷ DALY, H. E.; FARLEY, J. *Economia Ecológica*. São Paulo: Annablume Cidadania e Meio Ambiente, 2016.

de vie durable dans les limites de l'écosystème mondial⁸, construisant l'idée d'une économie écologique.

Peu d'attention est cependant accordée à l'interrelation entre ces sphères économiques et la mise en œuvre du droit humain à l'environnement dans une perspective de justice.

Dans la tradition démocratique libérale, la justice tente d'équilibrer les idéaux de liberté et d'égalité⁹. L'urgence du développement durable met en quelque sorte ces idéaux en confrontation, car la liberté prédominante dans le capitalisme néolibéral actuel pose des problèmes d'égalité intra et intergénérationnelle en ce qui concerne la jouissance des ressources naturelles.

Dans cette perspective, cette étude cherchera à analyser la sphère économique de la mise en œuvre du droit à l'environnement à partir d'une théorie de la justice. À cette fin, la théorie de la justice libérale contractuelle de John Rawls, l'une des théories contemporaines les plus populaires, servira de base, en utilisant l'approche déductive et la technique de recherche bibliographique¹⁰.

Avec en toile de fond l'idée pressante du développement durable, nous chercherons à mettre en relation, dans un premier temps, l'idée de justice développée par Rawls avec l'approche de l'économie écologique, pour ensuite évaluer l'éventuelle incongruité pratique de cette approche et ses conséquences, en rapprochant la théorie de la justice de Rawls des préceptes de l'économie écologique.

Durabilité, économie de l'environnement et justice rawlsienne

La notion de durabilité a pénétré la sphère politique et le droit international de l'environnement dans les années 1970, lors de deux grands événements¹¹. Le premier a été le rapport « Les Limites à la croissance »¹², qui démontrait la collision entre la croissance économique et la durabilité écologique¹³. Le second a été la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, au cours de laquelle le concept a été utilisé dans une approche qui suggérait explicitement la possibilité de parvenir à la croissance économique et à l'industrialisation sans nuire à l'environnement¹⁴.

⁸ SILVA, M. C.; TEIXEIRA, A. A. C. A bibliometric account of the evolution of EE in the last two decades: Is ecological economics (becoming) a post-normal science? *Ecological Economics*. [S.l.], v. 70, 2011. p. 849.

⁹ PELLETIER, N. Environmental sustainability as the first principle of distributive justice: Towards an ecological communitarian normative foundation for ecological economics. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 69, 2010. p. 1888.

¹⁰ PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. éd. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

¹¹ BOSSELMANN, K., *Op. cit.*

¹² MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D.; RANDERS, J.; BEHRENS III, W. W. *The Limits to Growth: a report for the Clube of Rome's Project on the predicamento of mankind*. New York: Universe Books, 1972. Disponible sur: <http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>. Consulté le: 20 août. 2019.

¹³ BOSSELMANN, K., *Op. cit.*

¹⁴ ADAMS, W. M. *The Future of Sustainability: Re-thinking Environment and Development in the Twenty-first Century*. IUCN, 2006.

Par la suite, le rapport Brundtland¹⁵ a présenté une définition qui, malgré son imprécision, a réussi à saisir deux questions fondamentales: le problème de la dégradation de l'environnement qui accompagne généralement la croissance économique et la nécessité pour cette croissance de promouvoir la réduction de la pauvreté¹⁶.

Dans la recherche de solutions aux effets des activités économiques sur l'environnement, l'approche de l'économie de l'environnement émerge. Ce courant part du constat que le bien-être dépend des services offerts par les écosystèmes et qu'il est menacé par la pollution¹⁷. Ici, la dégradation de l'environnement est perçue comme un effet négatif hors marché causé par un agent économique sur un autre, constituant une externalité ou un coût externe¹⁸.

Ces défaillances du marché seraient ponctuelles et corrigibles, mesurables par des méthodes d'évaluation fondées sur l'analyse coûts-avantages afin d'insérer les coûts de la pollution dans une structure de contrôle optimale¹⁹. La stratégie de l'économie de l'environnement serait donc de développer des techniques permettant d'attribuer une valeur aux services offerts par les écosystèmes afin de les intégrer au modèle de marché, en privilégiant l'efficacité et en pensant que le marché est le mécanisme qui la favorisera²⁰.

Cette perspective d'économie de l'environnement traditionnelle est fondée sur la théorie néoclassique du bien-être et la microéconomie, et s'appuie sur une idée centrale reposant sur l'hypothèse d'un comportement individuel rationnel (motivé par l'utilité ou la maximisation du profit) ainsi que sur l'hypothèse que l'équilibre du marché génère une combinaison unique de prix et de quantités commercialisables de chaque produit sur chaque marché²¹. On pense que l'allocation efficace des ressources assurera le bien-être collectif dans la mesure où elle est comprise dans le sens où aucun bien-être individuel ne peut augmenter sans que le bien-être d'autrui ne diminue, associant ainsi le choix individuel au choix collectif²².

Pour Fernandez²³, l'économie de l'environnement part du principe que le fait de favoriser la croissance économique augmenterait à la fois la satisfaction individuelle et le bien-être global, allant même jusqu'à faire fi de toute notion d'équité dans l'idée que les générations futures seront dans une situation de plus grande richesse et seront mieux à même de faire face aux problèmes environnementaux hérités. Cette perspective

¹⁵ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. Oslo: WCED, 1987. Disponible sur: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Consulté le: 3 déc. 2018.

¹⁶ ADAMS, W. M., *Op. cit.*

¹⁷ DALY, H. E. ; FARLEY, J., *Op. cit.*

¹⁸ VAN DEN BERGH, J. C. J. M. Ecological economics: themes, approaches, and differences with environmental economics. *Reg. Environ. Change*. [S.l.], v. 2, 2001. p. 13.

¹⁹ SPASH, C. L. Social Ecological Economics: Understanding the past to see the future. *The American Journal of Economics and Sociology*. [S.l.], v. 70, n. 2, 2011. p. 340.

²⁰ DALY, H. E. ; FARLEY, J., *Op. cit.*

²¹ VAN DEN BERGH, J. C. J. M., *Op. cit.*

²² BERRENS, R. P. ; POLASKY, S. The paretian liberal paradox and ecological economics. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 14, 1995. p. 45.

²³ FERNANDEZ, B. P. M. Ecodesenvolvimento, desenvolvimento sustentável e economia ecológica: em que sentido representam alternativas ao paradigma de desenvolvimento tradicional? *Desenvolvimento e Meio Ambiente*. [S.l.], n. 23, 2011. p. 114.

exempterait alors les générations actuelles de tout engagement envers les générations suivantes.

L'économie de l'environnement est structurée en fonction de la rationalité et de la maximisation de l'utilité comme critère de cette rationalité, ainsi que sur l'équilibre et la négligence des types d'incertitudes importants²⁴. Pour l'économie néoclassique, le mécanisme des prix assure l'équilibre et la maximisation de l'utilité, de plus, l'économie de marché est considérée comme un système résilient lorsqu'elle parvient toujours à revenir à l'équilibre qui conduit à une allocation optimale des ressources, garantissant qu'il n'y aura jamais de pénurie de matières premières et d'énergie nécessaires à la production²⁵.

Cette perspective va à l'encontre de l'idée dominante selon laquelle la complexité du système écologique et sa coévolution avec les systèmes économique, social et institutionnel se réduisent à des interprétations mécanistes selon lesquelles les salaires, les profits et les revenus sont régulés par des mécanismes de prix et que tous les prix résultent d'un marché fonctionnant librement et de la poursuite des intérêts des individus²⁶. Ainsi, la seule gestion requise est l'internalisation des externalités dans les prix du marché, et tant que les prix reflètent les coûts réels, tant économiques qu'écologiques, il n'y a pas lieu de s'inquiéter de la résilience de ces systèmes²⁷.

Bien que l'économie néoclassique ne soit pas synonyme d'économie dominante (*mainstream economics*), cette école de pensée économique constitue une partie très importante de l'économie dominante en raison de son prestige et de son influence dans les milieux universitaires et professionnels²⁸. Ainsi, il faut comprendre que l'économie de l'environnement a dérivé de l'économie néoclassique comme une tentative, par l'économie dominante de l'époque, d'incorporer dans ses modèles l'idée de durabilité environnementale²⁹.

Selon l'approche macroéconomique néoclassique, sur laquelle repose l'économie de l'environnement, le développement durable exige seulement que la quantité totale de capital reste constante et autorise la substitution entre différentes formes de capital sur la base d'une trajectoire optimale d'épuisement des ressources, le scénario de durabilité faible³⁰. Martinez-Aliez³¹ précise que la notion de durabilité faible permet de substituer

²⁴ DEQUECH, D. Neoclassical, mainstream, orthodox, and heterodox economics. *Journal of Post Keynesian Economics*. [S.l.], v. 30, n. 2, p. 279-302, 2007. p. 280.

²⁵ FARLEY, J.; VOINOV, A. Economics, socio-ecological resilience and ecosystem services. *Journal of Environmental Management*. [S.l.], v. 183, 2016. p. 4.

²⁶ BINA, O. ; CAMERA, F. L. Promise and shortcomings of a green turn in recent policy responses to the “double crisis”. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 70, 2011. p. 2308.

²⁷ FARLEY, J. ; VOINOV, A., *Op. cit.*, p. 4.

²⁸ DEQUECH, D., *Op. cit.*, p. 285.

²⁹ ANDRADE, D. C. Economia e meio ambiente: aspectos teóricos e metodológicos nas visões neoclássica e da economia ecológica. *Leituras de Economia Política*, Campinas. [S.l.], v. 14, 2008. p. 1.

³⁰ GENDRON, C. Beyond environmental and ecological economics: Proposal for an economic sociology of the environment. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 105, 2014. p. 243.

³¹ MARTINEZ-ALIER, J. Ecological Economics. Dans: *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. [S.l.], 2. éd, v. 6, 2015. p. 851.

de manière équivalente le capital financier ou manufacturé au capital dit naturel, impliquant ainsi une unité de mesure commune, à savoir la valeur monétaire.

Le concept d'efficacité de Pareto est au cœur de l'économie néoclassique et, par conséquent, de l'économie de l'environnement³². L'allocation efficace est considérée comme un critère exempt de jugements de valeur pour représenter le «bien»³³. Avec l'efficacité parétienne, l'utilité est renforcée comme étant la seule dimension permettant d'évaluer le bien-être, considérant que l'utilité est liée au sentiment de plaisir généré pour l'individu lorsque l'un de ses besoins est satisfait, et par conséquent, elle favorise une distanciation des questions évaluatives, morales et éthiques dans l'évaluation de l'efficacité en termes de bien-être en négligeant tout autre facteur lié à la vie réelle de l'individu³⁴.

Malgré la rareté des analyses en ce sens, il est possible d'identifier que l'école néoclassique de pensée économique basée sur l'efficacité parétienne trouve des racines philosophiques dans l'idée de justice de Kant et, plus récemment, dans le libéralisme de John Rawls, qui considère que les droits sont indépendants de toute conception particulière du bien³⁵. Dans ce contexte, la meilleure façon d'atteindre le plus grand bien-être possible (qui se reflète dans le niveau du produit intérieur brut - PIB) serait l'affirmation des droits individuels auto-intéressés dans la sphère économique (ceux-ci étant exprimés par la liberté d'acheter et de vendre des biens et des services), ainsi que la maximisation des revenus et de l'utilité, avec une intervention limitée de l'État³⁶.

Bina et Camera³⁷ soulignent que l'approche économique néoclassique cherche à promouvoir le bien commun, mais sans se fonder sur une conception préalable de celui-ci. Cela ressemble à la situation imaginaire d'impartialité³⁸ recherchée dans le modèle procédural de représentation de la théorie contractualiste de Rawls³⁹. Dans cette procédure, les individus impliqués dans l'établissement du pacte se trouveraient dans une « position originelle » sous un « voile d'ignorance »⁴⁰, qui représente la notion selon laquelle les agents ne doivent considérer que les connaissances immédiatement disponibles, toutes les autres conditions, telles que les orientations socio-économiques particulières et les prédictions sur l'avenir, étant supprimées⁴¹.

Mais pour qu'un choix effectué par ceux qui sont dans une position originelle ait un sens, deux informations supplémentaires doivent être obtenues : i) quelles sont les

³² ANDRADE, D. C., *Op. cit.*

³³ DALY, H. E. ; FARLEY, J., *Op. cit.*

³⁴ GIACOMELLI, G. S.; MARIN, S. R. ; FEISTEL, P. R. Da economia tradicional do bem-estar à abordagem das Capacitações e a importância da equidade em saúde para o desenvolvimento humano. *Nova Economia*. [S.l.], v. 27, n. 1, 2017. p. 89.

³⁵ RAWLS, 1999, *Op. cit.*, p. 260.

³⁶ BINA, O.; CAMERA, F. L., *id.*

³⁷ BINA, O.; CAMERA, F. L., *id.*

³⁸ SILVEIRA, D. C. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. *Trans/Form/Ação*. São Paulo, v. 30, n. 1, 2007. p. 169.

³⁹ RAWLS, 1999, *Op. cit.*, p. 66.

⁴⁰ RAWLS, 1999, *Op. cit.*, p. 66-70.

⁴¹ CHERQUES, H. R. T. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*. [S.l.], v. 26, n. 3, 2011. p. 551.

motivations fondamentales de ces individus et ; ii) quel est le critère de rationalité à adopter face à l'incertitude⁴². Ce critère de rationalité est la « règle du maximin »⁴³ selon laquelle la stratégie consisterait à minimiser les pertes maximales et à maximiser les pertes minimales, en veillant à ce que le pire résultat soit le meilleur possible⁴⁴.

En conséquence de cette procédure, les individus dans la position originelle choisiraient de s'engager à respecter le droit à la liberté au sens large, afin de garantir que les institutions fondamentales d'une société ne nuisent pas aux individus ou ne les discriminent pas, quelle que soit la conception du bien adoptée ; et le principe de différence, lié au droit à l'égalité dans la distribution des ressources, qui découle de l'ignorance des données des individus dans la position originelle⁴⁵. La théorie rawlsienne défend donc une éthique procédurale fondée sur des normes formelles détachées d'une conception spécifique du bien⁴⁶. La neutralité de la justice comme équité ne doit pas être comprise comme l'absence d'une notion de bien, mais plutôt comme la recherche d'un terrain politique neutre afin de permettre la construction d'un consensus sur la structure de base de la société bien ordonnée⁴⁷.

En introduisant cette perspective dans le débat économique, Bina et Camera⁴⁸ contextualisent le fait que la promotion de la justice chez Rawls consisterait à assurer l'égalité des chances pour tous au moyen des droits et, par conséquent, on s'attend à ce que la participation aux revenus, ainsi que l'accès aux ressources environnementales et un taux de pollution pro-capita, dépendent du mérite propre de l'individu, de sa créativité et de son excellence, étant équivalents à la contribution de l'individu à la croissance économique, ce qui correspond à l'idée préconisée par l'économie néoclassique.

McDermott, Mahanty et Schreckenberg⁴⁹, en analysant les théories de la justice distributive, classent John Rawls dans la catégorie des théories fondées sur des règles, puisque les résultats de la distribution sont considérés comme équitables parce qu'ils ont été obtenus en appliquant des règles équitables – ce qui est différent de la catégorie des théories fondées sur des conséquences, telles que les théories de l'utilitarisme et du bien-être économique. La recherche de Rawls est partie précisément de la confrontation avec la théorie utilitariste^{50,51}, en ce qui concerne son manque de dispositions relatives aux limites qui légitimeraient un sacrifice individuel au profit de la communauté, ce qui a mis

⁴² RAWLS, 1997, *Op. cit.*, p. 162.

⁴³ RAWLS, 1997, *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁴ CHERQUES, H. R. T., *Op. cit.*

⁴⁵ GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁴⁶ FELDENS, G. O. A razão pública no liberalismo político de John Rawls. *Perspectiva*. Erechim, v. 36, n. 136, 2012. p. 61.

⁴⁷ SILVEIRA, D. C., *Op. cit.*

⁴⁸ BINA, O. ; CAMERA, F. L., *Op. cit.*

⁴⁹ MCDERMOTT, M.; MAHANTY, S.; SCHRECKENBERG, K. Examining equity: A multidimensional framework for assessing equity in payments for ecosystem services. *Environmental Science & Policy*. [S.l.], v. 33, 2013. p. 416.

⁵⁰ CAMILLOTO, B. Liberdade: a condição de possibilidade do pluralismo a partir do pensamento de Rawls. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [S.l.], v. 14, n. 3, 2019. p. 3.

⁵¹ LUMERTZ, E. S. dos S.; VIEIRA, F. dos S. A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental: uma abordagem possível. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 72, 2012. p. 115

en évidence la nécessité d'une théorie qui garantirait la protection de parts équitables de droits et de libertés afin que les personnes soient traitées comme égales⁵².

Dans «Théorie de la justice», Rawls⁵³ part du principe qu'il ne suffit pas qu'une institution fondamentale de la société soit organisée et efficace, elle doit avant tout être juste, sinon elle doit être abolie ou réformée, car la justice est la première vertu des institutions sociales⁵⁴. Il a construit une conception générale de la justice comprise à travers l'idée que «tous les biens sociaux premiers (la liberté et les opportunités, les revenus et la richesse, les bases sociales du respect de soi) devraient être distribués de manière égale, à moins qu'une distribution inégale de l'un ou de tous ces biens ne soit avantageuse pour les moins favorisés»⁵⁵.

Selon Kymlicka⁵⁶, la différence de cette perspective de justice par rapport à l'utilitarisme réside dans l'interdiction des inégalités empiétant sur les parts équitables individuelles, car les inégalités ne sont autorisées que si elles augmentent les parts égales initiales. Ainsi, la théorie rawlsienne inclut la notion de distribution basée sur les besoins des individus car elle est construite pour soutenir l'idée que des allocations sociales justes doivent refléter les besoins individuels, à partir du moment où Rawls soulève que la justice est établie par la structure de base de la société et que la distribution doit prendre en compte les différents besoins dérivés des désavantages inhérents subis par certains groupes sociaux⁵⁷.

L'approche non utilitariste de Rawls est la plus intéressante pour le discours économique dominant, notamment en raison du principe de différence qui met l'accent sur la recherche d'avantages pour les moins privilégiés de la société⁵⁸. Ces avantages sont mesurés en termes de « biens premiers », entendus comme « les choses que tout homme rationnel désire vraisemblablement », les principaux biens premiers étant les droits, les libertés et les opportunités, les revenus et la richesse, ainsi que l'estime de soi⁵⁹.

Dans ce contexte, l'économie de l'environnement est étroitement liée à la théorie de Rawls, puisque ses conceptions théoriques du principe de la différence, de la position originelle, du voile d'ignorance et de la neutralité sont alignées sur l'approche mécaniste de l'économie de l'environnement, qui traite des interactions complexes entre les systèmes économique, écologique et social, et qui fonde la neutralité sur l'évaluation du bien-être. Ainsi, la mise en œuvre du droit à l'environnement dépendrait de l'attribution d'une valeur économique aux effets des activités économiques, permettant leur incorporation dans le marché et une allocation efficace qui assure le bien-être collectif, se rapprochant de cette idée de justice.

⁵² KYMLICKA, W. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵³ RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

⁵⁴ GARGARELLA, R., *Op. cit.*

⁵⁵ KYMLICKA, W., *Op. cit.*, p. 66.

⁵⁶ KYMLICKA, W., *Op. cit.*

⁵⁷ MCDERMOTT, M.; MAHANTY, S.; SCHRECKENBERG, K., *Op. cit.*

⁵⁸ NAQVI, S. N. H. The significance of development economics. *World Development*. [S.l.], v. 24, n. 6, 1996. p. 975.

⁵⁹ RAWLS, J. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 1999. p. 66.

Cependant, il est apparu que l'hermétisme de l'approche de l'économie de l'environnement ne laissait pas de place à la critique, à l'innovation et à la capacité de traiter les problèmes sociaux et environnementaux qui impliquent une interaction dynamique et évolutive entre les activités humaines et l'environnement, ce qui est essentiel pour comprendre le développement des systèmes économiques⁶⁰. Dès lors, compte tenu de la nécessité de réaliser une forte durabilité, une idée plus holistique des questions socio-écologiques a été élaborée par les sciences économiques, donnant naissance à l'économie écologique.

L'insuffisance de la théorie de Rawls pour la promotion du droit à l'environnement par l'économie écologique

L'économie écologique est l'une des principales écoles de pensée économique qui cherche à reconnaître la dimension socialement construite du système économique et de la crise environnementale dans le cadre du concept de développement durable⁶¹. Cette école se propose de relever le défi de la prise de décisions urgentes concernant les problèmes environnementaux qui comportent des incertitudes et des valeurs contestées⁶². Elle vise également à étudier la relation entre les systèmes économiques et écologiques^{63,64}, à essayer de fournir une perspective intégrée et biophysique des interactions environnementales et économiques, afin de contribuer à des solutions structurelles aux problèmes environnementaux⁶⁵. À cette fin, elle part du principe que les systèmes écologiques et économiques sont complexes et adaptatifs, et qu'ils devront faire l'objet d'une étude intégrée et coévolutive afin d'être compris, travaillés et développés de manière appropriée⁶⁶.

Dans cette perspective, l'économie écologique remet en question l'économie néoclassique en impliquant des exigences qui englobent le monde non humain et qui ne sont pas atteintes par l'efficacité économique lorsqu'il s'agit de comprendre la gestion et d'essayer de maintenir les systèmes dans un état d'équilibre⁶⁷. À cette fin, l'économie écologique intègre des éléments d'économie, d'écologie, de thermodynamique, d'éthique et d'une foule d'autres sciences naturelles et sociales⁶⁸, dépassant ainsi le cadre d'une seule discipline scientifique^{69,70}.

⁶⁰ SPASH, C. L., *Op. cit.*

⁶¹ GENDRON, C., *Op. cit.*

⁶² SILVA; M. C.; TEIXEIRA, A. A. C., *Op. cit.*

⁶³ PROOPS, J. L. R. Ecological Economics: rationale and problem areas. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 1, n. 1, 1989. p. 59.

⁶⁴ COSTANZA, R. What is Ecological Economics? *Ecological Economics*. [S.l.], v. 1, n. 1, 1989. p. 3.

⁶⁵ VAN DEN BERGH, J. C. J. M., *Op. cit.*

⁶⁶ CAVALCANTI, C. Uma tentativa de caracterização da economia ecológica. *Ambiente & Sociedade*. [S.l.], v. 7, n. 1, 2004. p. 150.

⁶⁷ SPASH, C. L., *Op. cit.*

⁶⁸ VAN DEN BERGH, J. C. J. M., *Op. cit.*

⁶⁹ SILVA; M. C.; TEIXEIRA, A. A. C., *Op. cit.*

⁷⁰ CAVALCANTI, C., 2004, *Op. cit.*

L'économie écologique considère que l'économie est un sous-système de la société et du vaste système écologique de soutien de la vie⁷¹. Elle se concentre sur la connaissance des systèmes socio-écologiques pour déterminer comment les gérer de manière durable⁷² afin de maintenir la résilience de ces systèmes hautement interconnectés⁷³. L'accent est mis sur les relations complexes entre la durabilité écologique (liée à la capacité de charge et à la résilience du système), la durabilité sociale (liée à la répartition des richesses et des droits, au capital social et aux préférences coévolutives) et la durabilité économique (qui comprend l'efficacité allocative, mais en reconnaissant la présence de marchés très incomplets et imparfaits)⁷⁴.

Une forte durabilité est devenue une caractéristique de l'économie écologique⁷⁵, caractérisée par la défense du maintien des ressources naturelles et des services physiques⁷⁶, considérant que le capital naturel et le capital humain construit sont rarement substitués et complémentaires⁷⁷. Il est peu probable que la plupart des services écosystémiques aient un substitut développé, par exemple les services de régulation du climat, de pollinisation, de fourniture d'habitats, etc., parce qu'il y a encore peu de compréhension de la génération de ces services et peu de connaissances à leur sujet⁷⁸.

Sur la base de la notion de durabilité forte, deux règles de base émergent selon Farley⁷⁹. La première règle est qu'aucun élément de la structure de l'écosystème (comme l'eau et les forêts) ne peut être dégradé ou épuisé plus vite qu'il ne peut être restauré, et qu'une structure suffisante doit être laissée intacte pour maintenir le flux des services écosystémiques. La deuxième fait référence à l'impossibilité d'émettre des déchets dans un système fini à un rythme supérieur à celui de leur absorption, faute de quoi les stocks de déchets s'accumuleront, causant un préjudice croissant aux humains et à l'écosystème.

L'économie écologique valorise la résilience des écosystèmes lorsqu'il s'agit de définir une échelle environnementale durable en préconisant l'utilisation du principe de précaution par rapport aux interventions économiques humaines afin d'éviter de compromettre de manière irréversible la capacité des écosystèmes à fournir des avantages par l'expansion du système économique⁸⁰. Ainsi, il est proposé de donner la priorité à l'échelle durable, puis à la justice dans la répartition des richesses et, enfin, à l'allocation efficace des ressources. Il est important de noter que les deux premiers

⁷¹ COSTANZA, R. Ecological Economics 1. Dans: JØRGENSEN, S. E.; FATH, B. D. *Encyclopedia of ecology*. 2. éd. v. 4. Academic Press: Oxford, 2018. p. 258-264.

⁷² BAUMGÄRTNER, S.; BECKER, C.; FRANK, K.; MÜLLER, B.; QUAAS, M. Relating the philosophy and practice of ecological economics: The role of concepts, models, and case studies in inter- and transdisciplinary sustainability research. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 67, 2008. p. 384.

⁷³ COSTANZA, R., 2018, *Op. cit.*

⁷⁴ COSTANZA, R., 2018, *Op. cit.*

⁷⁵ BOISVERT, V.; CARNOYE, L.; PETITIMBERT, R. La durabilité forte: enjeux épistémologiques et politiques, de l'économie écologique aux autres sciences sociales. *Développement durable et territoires*. [S.l.], v. 10, n. 1, 2019.

⁷⁶ MARTINEZ-ALIER, J., *Op. cit.*

⁷⁷ FARLEY, J. Ecosystem services: The economics debate. *Ecosystem Services*. [S.l.], v. 1, 2012. p. 40.

⁷⁸ DALY, H. E.; FARLEY, J., *Op. cit.*

⁷⁹ FARLEY, J., *Op. cit.*

⁸⁰ SIMÕES, M.; ANDRADE, D. C. Limitações da abordagem coaseana à definição do instrumento de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA). *Sustentabilidade em Debate*. Brasília, v. 4, n. 1, 2013. p. 59.

éléments sont également des effets des décisions politiques, et ne sont pas uniquement liés à l'action des mécanismes du marché⁸¹.

Van den Bergh⁸² soutient que l'idée centrale de l'économie écologique – à savoir que l'économie est un sous-système de l'écosystème global qui impose des limites à la croissance physique de l'économie – peut être associée à l'objectif de développement durable lié à l'équité inter et intragénérationnelle. En effet, l'économie écologique se fonde sur le principe de précaution pour faire face à la complexité, aux surprises et aux incertitudes des systèmes ; elle considère la répartition équitable comme un critère plus important que l'efficacité ; elle met l'accent sur la satisfaction des besoins fondamentaux des individus ; elle s'intéresse à la résilience des écosystèmes, en reconnaissant leur dépendance à l'égard des connexions complexes entre les processus biogéochimiques et les fonctions de soutien de la vie, qui subissent une forte pression des activités humaines.

Pour Romeiro⁸³, la recherche d'une échelle durable et d'une répartition équitable des revenus passe par la promotion de valeurs autres que la maximisation du gain ou du bien-être individuel, telles que la solidarité inter et intragénérationnelle qui donnera lieu à des processus de décision collectifs. Cependant, Spencer, Perkins et Erickson⁸⁴ soutiennent que, comme pour l'économie en général, l'orientation initiale de l'économie écologique sur la justice était abstraite et centrée de manière irréaliste sur l'individu. La structure de justice de Rawls a été adoptée comme étant l'une des premières théories à contribuer à la formalisation du domaine de l'économie écologique avec les travaux de Pearce⁸⁵ et Norton⁸⁶.

Pearce⁸⁷, dans une tentative de contribuer à l'interprétation de la durabilité dans le fondement de l'économie écologique, a reconnu une certaine utilité du concept rawlsien de justice au début des discussions sur le sujet. La conception rawlsienne du voile d'ignorance a été utilisée pour interpréter l'objectif d'une société durable dans un contexte intergénérationnel, afin de réfuter les arguments de l'économie néoclassique selon lesquels les prix sont ajustables de manière à garantir des ressources pour l'avenir.

D'autre part, Norton⁸⁸, en interprétant Rawls, a avancé que les questions de préférence temporelle pourraient être mieux discutées dans le vocabulaire neutre représenté par les choix hypothétiques d'un individu rationnel dans la position originelle, et qu'en ajustant certaines conditions du voile d'ignorance, des arguments en faveur de la conservation et de la préservation des ressources naturelles seraient soulevés.

⁸¹ ENRÍQUEZ, M. A. R. S. O custo de oportunidade dos recursos naturais não-renováveis em um mundo cheio, na perspectiva de Herman Daly. *Boletim da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica*. [S.l.], 2008. p. 14.

⁸² VAN DEN BERGH, J. C. J. M., *Op. cit.*

⁸³ ROMEIRO, A. R. Economia ou economia política da sustentabilidade. Dans: MAY, P. H. (Org.). *Economia do Meio Ambiente: teoria e prática*. 2. éd. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 3.

⁸⁴ SPENCER, P.; PERKINS, P. E.; ERICKSON, J. D. Re-establishing Justice as a Pillar of Ecological Economics Through Feminist Perspectives. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 15, 2018. p. 192.

⁸⁵ PEARCE, D. Foundations of an ecological economics. *Ecological Modelling*. [S.l.], v. 38, 1987. p. 10.

⁸⁶ NORTON, B. G. Intergenerational equity and environmental decisions: a model using Rawls' veil of ignorance. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 1, 1989. p. 139.

⁸⁷ PEARCE, D., *Op. cit.*

⁸⁸ NORTON, B. G., *Op. cit.*

Pelletier⁸⁹ montre que la conception même de l'égalité morale du droit aux ressources dans la version du développement durable de Brundtland évoque l'idée de Rawls. Et ceci dans la perspective que, chez Rawls, les principes de justice distributive d'une société sont acceptés par des personnes libres et rationnelles dans une condition initiale d'égalité assurée par le « voile d'ignorance » et cette conception de l'égalité morale s'aligne sur la priorisation de la satisfaction équitable des besoins humains au sein et entre les générations proposée par Brundtland.

Cependant, la théorie rawlsienne de la justice a reçu de nombreuses critiques liées à la conception monologique de la rationalité dans son constructivisme⁹⁰. Cela a conduit Rawls à procéder à un examen critique qui a abouti, entre autres textes, à l'édition de son ouvrage *Libéralisme politique*⁹¹. Cependant, Cherques⁹² explique que Rawls a maintenu les procédures et les principes de la justice constants, il a seulement affiné et modifié ses arguments pour faire face au pluralisme culturel, philosophique et religieux existant dans les sociétés qui empêcherait le consensus, ainsi que pour faire face à l'idée que l'unité ne serait possible que dans un cadre de valeurs partagées. Il en résulte une conception politique de la justice fondée sur le terrain commun des diversités culturelle, philosophique et religieuse afin d'éviter la confrontation, en privilégiant une notion dialogique d'une rationalité pratique^{93,94}.

Feldens⁹⁵ appelle cette conception le « tournant substantiel rawlsien » en mettant l'accent sur la notion de raison publique dans le contexte de la recherche d'un accord équitable de coopération sociale entre les citoyens, qui favorise le bénéfice mutuel et respecte le pluralisme. Cependant, l'auteur explique que pour que la société atteigne la stabilité requise par la justice comme équité face au libéralisme politique, il faut, en plus d'établir une conception de la justice, faire face à la pluralité des doctrines compréhensives raisonnables et, pour cela, le consensus par recoupement serait l'instrument capable de réduire les conflits entre les doctrines compréhensives divergentes et d'assurer la stabilité.

Selon Silveira⁹⁶, l'approche du consensus par recoupement implique des aspects de profondeur, d'étendue et de spécificité. Gargarella⁹⁷ explique que la profondeur est liée à l'utilisation des idées fondamentales de la société et de la personne, telles que la société en tant que système coopératif équitable et les personnes en tant que personnes libres et égales, raisonnables et rationnelles ; l'extension consiste à couvrir toutes les questions liées à la structure de base de la société ; et la spécificité fait référence à l'adoption d'une conception politique de la justice, qui peut être ou non la justice comme équité. Cela

⁸⁹ PELLETIER, N., *Op. cit.*

⁹⁰ CHERQUES, H. R. T., *Op. cit.*

⁹¹ GARGARELLA, R., *Op. cit.*

⁹² CHERQUES, H. R. T., *Op. cit.*

⁹³ CHERQUES, H. R. T., *Op. cit.*

⁹⁴ OLIVEIRA, M. A. C. de. Um ensaio sobre o liberalismo político de John Rawls: construtivismo político e razão pública. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória. [S.l.], n. 7, 2010. p. 81.

⁹⁵ FELDENS, G. O., *Op. cit.*

⁹⁶ SILVEIRA, D. C., *Op. cit.*

⁹⁷ GARGARELLA, R., *Op. cit.*

montre que la justice comme équité utilise des principes substantiels et pas seulement des principes qui respectent la procédure équitable, par conséquent, la justice comme équité n'est pas neutre sur le plan procédural⁹⁸. En outre, le consensus par recoupement imposerait un respect tolérant de toutes les notions particulières du bien⁹⁹.

Mais en tout état de cause, l'affaiblissement de l'égalité dans la théorie rawlsienne persiste lorsque le principe de différence atténue à la fois les effets injustes des désavantages naturels et sociaux et les effets légitimes du choix et de l'effort personnels. En d'autres termes, elle permet le subventionnement des coûts des choix individuels par des tiers, tout comme aucune compensation n'est accordée à ceux qui subissent des désavantages naturels immérités en excluant les biens premiers naturels de l'évaluation de ceux qui sont dans la plus mauvaise position¹⁰⁰.

Malgré la contribution initiale de la conception rawlsienne de la justice au fondement de l'économie écologique, les auteurs affirment la nécessité pour ce courant de dépasser le cadre des droits individualistes de Rawls et son abstraction de la réalité. Spencer, Perkins et Erickson¹⁰¹ ont insisté sur le fait que le « voile d'ignorance » peut occulter les réalités chargées de pouvoir qui favorisent et préservent les inégalités en constatant qu'une grande partie de l'application de la théorie rawlsienne de la justice dans l'économie écologique s'est concentrée sur la non-durabilité en tant qu'injustice sans toutefois examiner l'injustice sociale perpétuée par les individus qui se trouvaient en dehors du voile d'ignorance dans une société.

Pelletier¹⁰² souligne que la vision de la justice distributive de l'économie écologique doit s'éloigner des conceptions traditionnelles fondées sur une éthique humaniste individualiste, car elles ne sont pas écologiquement viables. À titre d'exemple de ces conceptions, l'auteur énumère les fondements de l'économie néoclassique, pour sa focalisation sur l'intérêt propre de l'individu, et la conception libérale rawlsienne de la justice distributive – bien qu'elle ait été désignée par certains comme la bannière appropriée pour l'économie écologique – parce qu'elle est également fondée sur une conception faillible de l'agent autonome, bien qu'elle ait une vision moins compétitive des droits et responsabilités individuels.

Bien que la conception rawlsienne de la distribution équitable soit le plus souvent associée à l'équité, Hayes et Murtinho¹⁰³ ont constaté que les discussions sur l'équité dans la conservation se sont élargies pour distinguer quatre dimensions principales : i) la distribution des coûts, des responsabilités, des droits et des avantages ; ii) la procédure par laquelle les décisions sont prises et qui est inclus dans les décisions ; iii) la reconnaissance des identités, des histoires, des normes et des droits distincts de toutes les parties prenantes ; iv) le contexte, ou les conditions politiques, économiques et

⁹⁸ SILVEIRA, D. C., *Op. cit.*

⁹⁹ CHERQUES, H. R. T., *Op. cit.*

¹⁰⁰ KYMLICKA, W., *Op. cit.*, p. 66.

¹⁰¹ SPENCER, P.; PERKINS, P. E.; ERICKSON, J. D., *Op. cit.*

¹⁰² PELLETIER, N., *Op. cit.*

¹⁰³ HAYES, T. ; MURTINHO, F. Communal governance, equity and payment for ecosystem services. *Land Use Policy*. [S.l.], v. 79, 2018. p. 124.

sociales qui limitent ou permettent aux gens de s'engager dans la prise de décision et de recevoir des avantages. Ainsi, l'économie écologique aura besoin d'une théorie de la justice distributive qui explique explicitement l'interdépendance de la nature humaine et non humaine et la valeur compréhensive de la communauté¹⁰⁴, de sorte qu'elle ne correspond pas à la théorie de la justice rawlsienne.

Considérant donc que la théorie rawlsienne de la justice s'avère insuffisante pour englober les préceptes de l'économie écologique, d'autres idéaux de justice semblent mieux adaptés à la mise en œuvre du droit à l'environnement dans cette perspective holistique, comme le communautarisme écologique¹⁰⁵. La théorie féministe semble également pertinente pour aider à analyser le fondement de la justice qui sous-tend l'économie écologique. Spencer, Perkins et Erickson¹⁰⁶ ont montré que la théorie féministe a le potentiel de fonder les débats sur la justice, l'égalité et l'équité de manière plus réaliste, notamment en considérant la distribution des ressources et du pouvoir dans la société. Les auteurs expliquent que le féminisme répond également à la demande d'une compréhension de la justice distributive qui se concentre sur les acteurs en tant que membres de la communauté et non en tant qu'individus indépendants, s'éloignant ainsi de la perspective individualiste. Dans cette optique, une telle conception semble cohérente avec le rétablissement de la justice comme pilier de l'économie écologique.

La mise en œuvre pratique du droit à l'environnement et la réalisation généralisée des objectifs du développement durable, même si elle repose sur des fondements de justice pertinents, se heurte encore à de nombreux obstacles.

En effet, susciter l'adoption d'une attitude de précaution qui stabilise le niveau de consommation des ressources naturelles implique de modifier la logique du processus d'accumulation du capital qui prévaut dans la société depuis l'avènement du capitalisme, ce qui constitue un défi majeur¹⁰⁷. En général, on observe que l'amélioration de la qualité de l'environnement a été induite par des réformes institutionnelles locales basées sur des mécanismes de marché qui ne prennent pas en compte les conséquences internationales ou intergénérationnelles, se limitant à traiter les « dégradations » qui affectent le niveau de bien-être des agents à court terme »¹⁰⁸. Il est donc nécessaire que les idéaux d'une plus grande justice soient explicités et intronisés dans le système juridique et dans son application de manière plus forte.

Considérations finales

Partant du principe que la théorie rawlsienne de la justice a été l'une des premières à offrir une alternative à l'utilitarisme classique, cette recherche se propose d'étudier son interaction avec les fondements des deux principales écoles de pensée économique,

¹⁰⁴ PELLETIER, N., *Op. cit.*

¹⁰⁵ PELLETIER, N., *Op. cit.*

¹⁰⁶ SPENCER, P.; PERKINS, P. E.; ERICKSON, J. D., *Op. cit.*

¹⁰⁷ ROMEIRO, A. R., *Op. cit.*

¹⁰⁸ ROMEIRO, A. R., *Op. cit.*, p. 13.

l'économie de l'environnement et l'économie écologique, liées à la mise en œuvre du droit à l'environnement.

Dérivée de l'économie néoclassique et alignée sur le courant économique *dominant* actuel, l'économie de l'environnement considère que l'affirmation des droits individuels auto-intéressés dans la sphère économique est la meilleure façon d'atteindre et de maximiser le bien-être, et que la promotion de la justice consiste à garantir l'égalité des chances pour tous au moyen de droits, en partant du principe que la participation aux revenus dépend de l'individu lui-même, ce qui équivaut à sa contribution à la croissance économique. Dans cette perspective, la vision de la justice de l'économie dominante est proche du libéralisme de John Rawls en ce qui concerne sa perception des droits comme indépendants de toute conception du bien et le principe de différence qui met l'accent sur l'avantage des moins privilégiés dans la société.

Face aux limites de l'économie de l'environnement face à la complexité des questions environnementales, ainsi qu'aux incertitudes découlant des relations dynamiques entre les systèmes économiques et écologiques, l'économie écologique a émergé en proposant une approche transdisciplinaire afin de penser le développement économique dans les limites des écosystèmes. Cela donne lieu à l'inversion de la logique de l'économie de l'environnement en donnant la priorité à l'échelle durable, puis à la justice dans la distribution des richesses et, enfin, à l'allocation efficace des ressources, ainsi qu'à l'implication des demandes du monde non humain, qui ne sont pas satisfaites par l'efficacité économique.

Alors que la structure de justice rawlsienne a été l'une des premières théories à contribuer à la formalisation du domaine de l'économie écologique, cette recherche a constaté que cette école de pensée économique a besoin d'une théorie de la justice distributive qui se concentre sur l'interdépendance de la nature humaine et non humaine et sur la valeur compréhensive de la communauté. Il faudra pour cela s'éloigner des conceptions traditionnelles fondées sur une éthique humaniste individualiste, car elles ne sont pas viables d'un point de vue écologique, ce qui inclut la théorie rawlsienne de la justice qui occulte les réalités qui favorisent et préservent les inégalités.

Le communautarisme écologique s'est révélé être une alternative viable pour surmonter l'accent mis sur l'individualisme dans l'économie conventionnelle. En outre, la théorie féministe contribue fortement à soutenir une approche de la justice, de l'égalité et de l'équité plus proche de la réalité, notamment en considérant la distribution des ressources et du pouvoir dans la société, ainsi qu'en se concentrant sur les acteurs en tant que membres de la communauté. Toutefois, ces théories doivent relever le défi de surmonter la logique du processus d'accumulation du capital qui prédomine dans la société depuis l'avènement du capitalisme.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, W. M. *The Future of Sustainability: Re-thinking Environment and Development in the Twenty-first Century*. IUCN, 2006.
- ANDRADE, D. C. Economia e meio ambiente: aspectos teóricos e metodológicos nas visões neoclássica e da economia ecológica. *Leituras de Economia Política*. Campinas, v. 14, p. 1-31, 2008.
- BAUMGÄRTNER, S.; BECKER, C.; FRANK, K.; MÜLLER, B.; QUAAS, M. Relating the philosophy and practice of ecological economics: The role of concepts, models, and case studies in inter- and transdisciplinary sustainability research. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 67, p. 384-393, 2008.
- BERRENS, R. P. ; POLASKY, S. The paretian liberal paradox and ecological economics. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 14, p. 45-56, 1995.
- BINA, O. ; CAMERA, F. L. Promise and shortcomings of a green turn in recent policy responses to the “double crisis”. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 70, p. 2308–2316, 2011.
- BOISVERT, V.; CARNOYE, L.; PETITIMBERT, R. La durabilité forte: enjeux épistémologiques et politiques, de l'économie écologique aux autres sciences sociales. *Développement durable et territoires*. [S.l.], v. 10, n. 1, 2019.
- BOSELNANN, K. O significado da sustentabilidade. Dans: FRANÇA, Phillip Gil. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CAMILLOTO, B. Liberdade: a condição de possibilidade do pluralismo a partir do pensamento de Rawls. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. [S.l.], v. 14, n. 3, p. 1-17, 2019.
- CAVALCANTI, C. Uma tentativa de caracterização da economia ecológica. *Ambiente & Sociedade*. [S.l.], v. 7, n. 1, p. 149-156, 2004.
- CHERQUES, H. R. T. John Rawls: a economia moral da justiça. *Revista Sociedade e Estado*. [S.l.], v. 26, n. 3, p. 551-563, 2011.
- COSTANZA, R. What is Ecological Economics? *Ecological Economics*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-7, 1989.
- COSTANZA, R. Ecological Economics 1. Dans: JØRGENSEN, S. E.; FATH, B. D. *Encyclopedia of ecology*. 2. éd. v. 4. Academic Press: Oxford, 2018.
- DALY, H. E.; FARLEY, J. *Economia Ecológica*. São Paulo: Annablume Cidadania e Meio Ambiente, 2016.
- DEQUECH, D. Neoclassical, mainstream, orthodox, and heterodox economics. *Journal of Post Keynesian Economics*. [S.l.], v. 30, n. 2, p. 279-302, 2007.

ENRÍQUEZ, M. A. R. S. O custo de oportunidade dos recursos naturais não-renováveis em um mundo cheio, na perspectiva de Herman Daly. *Boletim da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica*. [S.l.], 2008. Disponible sur: http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/boletim_ecoeco_n019.pdf f. Consulté le 24 juin. 2019.

FARLEY, J. Ecosystem services: The economics debate. *Ecosystem Services*. [S.l.], v. 1, p. 40-49, 2012.

FARLEY, J.; VOINOV, A. Economics, socio-ecological resilience and ecosystem services. *Journal of Environmental Management*. [S.l.], p. 1-10, 2016.

FELDENS, G. O. A razão pública no liberalismo político de John Rawls. *Perspectiva*, Erechim. [S.l.], v. 36, n. 136, p. 61-71, 2012. Disponible sur: http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/136_302.pdf. Consulté le 11 juil. 2019.

FERNANDEZ, B. P. M. Ecodesenvolvimento, desenvolvimento sustentável e economia ecológica: em que sentido representam alternativas ao paradigma de desenvolvimento tradicional? *Desenvolvimento e Meio Ambiente*. [S.l.], n. 23, p. 109-120, 2011.

GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GENDRON, C. Beyond environmental and ecological economics: Proposal for na economic sociology of the environment. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 105, p. 240-253, 2014.

GIACOMELLI, G. S.; MARIN, S. R.; FEISTEL, P. R. Da economia tradicional do bem-estar à Abordagem das Capacitações e a importância da equidade em saúde para o desenvolvimento humano. *Nova Economia*. [S.l.], v. 27, n. 1, p. 89-115, 2017.

HAYES, T.; MURTINHO, F. Communal governance, equity and payment for ecosystem services. *Land Use Policy*. [S.l.], v. 79, p. 123-136, 2018.

KYMLICKA, W. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, C. Rousseau, Rio and the Green Economy. Dans: MANCEBO, F.; SACHS, I. (Éd.). *Transitions to Sustainability*. New York: Springer, 2015.

LUMERTZ, E. S. dos S.; VIEIRA, F. dos S. A justiça e o direito segundo John Rawls e a questão ambiental: uma abordagem possível. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 72, p. 115-139, 2012. Disponible sur: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1363114189.pdf. Consulté le 11 juil. 2019.

MARTINEZ-ALIER, J. Ecological Economics. Dans: *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. 2. éd. v. 6, 2015.

- MCDERMOTT, M.; MAHANTY, S.; SCHRECKENBERG, K. Examining equity: A multidimensional framework for assessing equity in payments for ecosystem services. *Environmental Science & Policy*. [S.l.], v. 33, p. 416-427, 2013.
- MEADOWS, D. H.; MEADOWS, D.; RANDERS, J.; BEHRENS III, W. W. *The Limits to Growth: a report for the Clube of Rome's Project on the predicamento of mankind*. New York: Universe Books, 1972. Disponível sur: <http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>. Consulté le 20 août. 2019.
- NAQVI, S. N. H. The significance of development economics. *World Development*. [S.l.], v. 24, n. 6, p. 975-987, 1996. Disponível sur: https://www.lawrencemcneil.com/uploads/8/1/3/9/8139463/naqvi_1996_significanc e.pdf. Consulté le 17 juil. 2019.
- NORTON, B. G. Intergenerational equity and enviromental decisions: a model using Rawls' veil of ignorance. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 1, p. 137-159, 1989.
- OLIVEIRA, M. A. C. de. Um ensaio sobre o liberalismo político de John Rawls: construtivismo político e razão pública. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 7, p. 81-96, 2010.
- PEARCE, D. Foundations of an ecological economics. *Ecological Modelling*. [S.l.], v. 38, p. 9-18, 1987. Doi: [https://doi.org/10.1016/0304-3800\(87\)90042-1](https://doi.org/10.1016/0304-3800(87)90042-1).
- PELLETIER, N. Environmental sustainability as the first principle of distributive justice: Towards an ecological communitarian normative foundation for ecological economics. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 69, p. 1887-1894, 2010.
- PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan and Co., 1929.
- PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2. éd. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.
- PROOPS, J. L. R. Ecological Economics: rationale and problem areas. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 59-76, 1989.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997
- RAWLS, J. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 1999.
- ROMEIRO, A. R. Economia ou economia política da sustentabilidade. Dans: MAY, P. H. (Org.). *Economia do Meio Ambiente: teoria e prática*. 2. éd. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SALAMA, B. M. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB)*. [S.l.], n. 1, 2012. Disponível sur: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/. Consulté le 2 juil. 2019.

SILVA; M. C.; TEIXEIRA, A. A. C. A bibliometric account of the evolution of EE in the last two decades: Is ecological economics (becoming) a post-normal science? *Ecological Economics*. [S.l.], v. 70, p. 849-862, 2011.

SILVEIRA, D. C. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. *Trans/Form/Ação*. São Paulo, v. 30, n. 1, p.169-190, 2007.

SIMÕES, M.; ANDRADE, D. C. Limitações da abordagem coaseana à definição do instrumento de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA). *Sustentabilidade em Debate*. Brasília, v. 4, n. 1, p. 59-78, 2013.

SPASH, C. L. Social Ecological Economics: Understanding the past to see the future. *The American Journal of Economics and Sociology*. [S.l.], v. 70, n. 2, p. 340-375, 2011.

SPENCER, P. ; PERKINS, P. E.; ERICKSON, J. D. Re-establishing Justice as a Pillar of Ecological Economics Through Feminist Perspectives. *Ecological Economics*. [S.l.], v. 15, p. 191-198, 2018.

TUPIASSU, L.V.C. "O meio ambiente na dinâmica histórico-econômica dos direitos humanos". Dans: DIAS, J.C.; FONSECA, L.C. (Org.). *Sustentabilidade - Ensaio sobre Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2010.

VAN DEN BERGH, J. C. J. M. Ecological economics: themes, approaches, and differences with environmental economics. *Reg. Environ. Change*. [S.l.], v. 2, p. 13-23, 2001.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. Oslo: WCED, 1987. Disponible sur: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

Data de Recebimento: 08/09/2020.

Data de Aprovação: 27/01/2021.

OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 9: EMPRESA CIDADÃ E ASPECTOS ÉTICOS DA INOVAÇÃO

SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOAL 9: SOCIALLY RESPONSIBLE COMPANY AND ETHICAL ASPECTS OF INNOVATION

*Aline Graziela Bald Webers-
Luciane Klein Vieira-
Raquel Von Hohendorff***

RESUMO

O artigo trata do debate referente aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ODS) e da relevante participação das empresas com práticas de responsabilidade social, ética e inovação. Assim, procura analisar o ODS nº 9, que aborda questões referentes à indústria, inovação e infraestrutura, sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. As reflexões partem das finalidades buscadas pelos ODS e do direito constituído na Constituição Federal de 1988, relativo à aplicação do desenvolvimento sustentável. Em seguida, aborda a empresa cidadã, suas responsabilidades sociais e a ética empresarial. Por fim, examina os aspectos éticos da inovação como elemento essencial para o cumprimento do ODS nº 9. Nesse sentido, o direito ao desenvolvimento sustentável e a aplicação dos ODS tendem a modificar fatores sociais e ambientais nas empresas.

Palavras-chave: Objetivo de Desenvolvimento Sustentável; Empresa Cidadã; Ética Empresarial; Inovação.

ABSTRACT

The article deals with the debate regarding the United Nations Sustainable Development Goals (SDG) and the relevant participation of companies with

* Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos São Leopoldo/RS). Bolsista Capes/Proex. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Univates. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Univates. Advogada. Área de interesse: Constitucionalismo e Democracia e seus possíveis desdobramentos/problematizações: direitos fundamentais, direitos sociais, direitos da cidadania. E-mail: alinebald@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4021970330223770>.

** Doutora em Direito (área: Internacional) e Mestra em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (2015). Mestra em Direito da Integração Econômica pela Universidad del Salvador e Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora da Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires. Diretora para o MERCOSUL do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito e Integração Regional”. E-mail: lucianekleinvieira@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6376329705906021>.

*** Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Unisinos). Integrante do grupo de pesquisa JUSNANO (CNPq). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Graduação Unisinos. Advogada. E-mail: vetraq@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1290476074978770>.

practices of social responsibility, ethics and innovation. Thus, it aims to analyze the SDG-9, which addresses issues related to industry, innovation and infrastructure from the perspective of sustainable development. It is a qualitative research, carried out through deductive reasoning and a bibliographic and documentary research. The reflections start from the aims of the SDG and the rights established in the Federative Constitution of Brazil of 1988 regarding the application of sustainable development. Then, it approaches the socially responsible company, researching its social responsibilities and business ethics. Finally, examining the ethical aspects of Innovation as an essential element for the fulfillment of the SDG-9. In this regard, the right to sustainable development and the application of the SDG tend to modify several social and environmental factors in the companies.

Key-words: Sustainable Development Objective; Socially Responsible Company; Business ethics; Innovation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo refere-se aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU) e à relevante participação das empresas com práticas de responsabilidade social, ética e de inovação, que contribuem para o equilíbrio entre as necessidades sociais e ambientais em nossa sociedade.

Com o crescimento populacional exponencial, é importante que governos, empresas e sociedade adotem infraestruturas resilientes, industrialização inclusiva e sustentável e que seja fomentada a inovação.

Sob esta ótica, o objetivo geral deste estudo é analisar o ODS 9, um dos dezessete ODS, que aborda questões referentes à indústria, inovação e infraestrutura, com a ideia de instigar o desenvolvimento sustentável, a responsabilidade social empresarial, a ética empresarial e aspectos éticos da inovação.

Nessa perspectiva, o problema de pesquisa consiste em verificar, do ponto de vista ético, de que forma as organizações podem contribuir para o meio ambiente e sociedade, implementando a infraestrutura, os conceitos de sustentabilidade e, especialmente, a inovação, para alcançar o cumprimento do ODS 9. Como hipótese inicial, se percebe que a inovação pode ser um dos elementos essenciais para a aplicação do ODS 9. Para sua efetivação, é de suma importância o comprometimento da empresa com seu entorno. Igualmente, fazem-se necessárias transformações na educação, incentivo à pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação por meio de políticas públicas.

Insta salientar que o setor privado empresarial por sua força econômica, também assume um papel relevante para o cumprimento das metas do ODS e é essencial seu envolvimento na construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e sustentável. Ainda, cita-se o art. 225 da CF/88, que menciona ser um direito de todos o acesso ao meio ambiente adequado e ecologicamente equilibrado.

Por fim, a pesquisa, quanto ao modo de abordagem, é qualitativa, utilizando-se do método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental, com base em

Mezzaroba e Monteiro¹. O estudo inicia verificando os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o direito constituído na CF/88 relativo à aplicação do desenvolvimento sustentável e analisa as metas e justificativas do ODS 9. Em seguida, aborda a empresa cidadã, suas responsabilidades sociais e a ética empresarial para, finalmente, examinar os aspectos éticos da inovação como elementos essenciais para o cumprimento do ODS 9.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)

No ano 2000, surgiram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM, por meio da Declaração do Milênio da ONU, adotada por 191 Estados Membros, inclusive o Brasil, com 8 objetivos e 21 metas, mensurados e comparados entre os países, por meio de 60 indicadores. Estes objetivos compreendem um esforço internacional para alcançar o desenvolvimento em setores e temas como: meio ambiente, direitos humanos e das mulheres, igualdade social e racial².

Assim, a partir dos ODM, surgiram diálogos e negociações que resultaram, em setembro de 2015, nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS (Agenda 2030). Trata-se de 17 Objetivos e 169 metas, acordados entre 195 Estados Membros da ONU. Líderes mundiais reuniram-se na sede da ONU, em Nova York, e organizaram um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o Planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável³.

Esta Agenda se constitui numa ambiciosa lista de tarefas para serem cumpridas até 2030. Cumpre salientar que se cumpridas forem suas metas, esta será a primeira geração a erradicar a pobreza extrema e se pouparão as gerações futuras dos piores efeitos adversos da mudança do clima⁴.

Os temas abordados pelos ODS podem ser divididos em quatro dimensões principais:

Social: relacionada às necessidades humanas, de saúde, educação, melhoria da qualidade de vida e justiça.

Ambiental: trata da preservação e conservação do meio ambiente, com ações que vão da reversão do desmatamento, proteção das florestas e da biodiversidade, combate à desertificação, uso sustentável dos oceanos e recursos marinhos até a adoção de medidas efetivas contra mudanças climáticas.

Econômica: aborda o uso e o esgotamento dos recursos naturais, a produção de resíduos, o consumo de energia, entre outros.

Institucional: diz respeito às capacidades de colocar em prática os ODS⁵.

¹ MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

² *Ibid.*

³ ONU Brasil. *Organização das Nações Unidas*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em 25 jun. 2020.

⁴ ESTRATÉGIA ODS. [2020]. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br>. Acesso em 25 jun. 2020.

⁵ *Ibid.*

Ressalta-se que esta Agenda 2030 é vasta e abarca importantes temas vinculados aos direitos humanos, como, por exemplo, as metas para acesso a alimentos saudáveis, nutritivos e suficientes para todos; acesso à saúde; acesso à educação de qualidade; acesso à água potável; saneamento e higiene; preservação do meio ambiente; igualdade de gênero; redução da desigualdade; emprego pleno, produtivo e decente para todos.

Portanto, a Agenda 2030 não é uma linha de chegada, é um roteiro para se obter sucesso nas ações e melhorar o mundo, que necessita desta medida de emergência em razão da problemática ambiental global.

Sob essa perspectiva, no capítulo a seguir, passaremos a analisar a importância dos ODS, para avançar e obter sucesso com as metas, mitigando os riscos ao meio ambiente e contribuindo para a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida no Planeta.

A importância dos ODS

Os ODS buscam fortalecer a cultura da sustentabilidade econômica, ambiental e social. Esses objetivos tornam os negócios mais eficientes, transparentes, responsáveis e mais competitivos, sem descuidar do principal, que é a sustentabilidade.

Assim, o Governo, as Organizações e a Sociedade, assumem um papel relevante para eliminar os riscos impostos ao meio ambiente e aos recursos naturais, além de contribuir para a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida no Planeta⁶.

Quanto à implementação da agenda dos ODS, o governo brasileiro tem discutido meios de cumprir com os compromissos assumidos em relação às metas internacionais até 2030. Isso exige diversos desafios para adotar a Agenda a longo prazo e implementar os compromissos assumidos⁷, haja vista que “os ODS exigem uma ação mundial entre os governos, as empresas e a sociedade civil para acabar com a pobreza e criar uma vida com dignidade e oportunidades para todos considerando os limites do Planeta”⁸.

Segundo Ban Ki-moon, ex-Secretário Geral das Nações Unidas: “As empresas são parceiras vitais no alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Elas podem contribuir através das suas atividades principais [...]”⁹. Assim, é importante mencionar que o setor privado precisa ir além dos projetos isolados, baseados no simples alinhamento com os ODS. É necessário desenvolver modelos de negócio sustentáveis na agricultura, na indústria, comércio e serviços. Igualmente, é imprescindível “fortalecer os laços com a sociedade civil e os governos, trabalhando conjuntamente na busca por soluções em políticas públicas que promovam o desenvolvimento sustentável”¹⁰.

⁶ ONU Brasil. *Op. cit.*

⁷ *Ibid.*

⁸ GUIA dos ODS para as Empresas: Diretrizes para implementação dos ODS na estratégia dos negócios. 2015. Disponível em: <https://cebds.org/wp-content/uploads/2015/11/Guia-dos-ODS.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020. p. 6.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ ESTRATÉGIA ODS. [2020]. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br>. Acesso em 25 jun. 2020.

Entretanto, a atividade empresarial privada, o investimento e a inovação são impulsores da produtividade, do crescimento econômico inclusivo e da criação de emprego. “As empresas podem utilizar os ODS como um quadro global para moldar, conduzir, comunicar e relatar as suas estratégias, objetivos e atividades, permitindo que essas tirem proveito de uma escala de benefícios”¹¹.

Por isso, para pôr estes Objetivos em prática, os governos precisam do apoio das empresas e da sociedade, que devem se comprometer com a redução do impacto de suas práticas sobre o meio ambiente, preocupados com seu entorno. Nesse sentido, é importante destacar as metas e justificativas do ODS nº 9, que serão tratados no próximo item.

Metas e justificativas do ODS nº 9

O ODS nº 9 tem como base construir infraestruturas, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação. Para tanto, foram definidas 5 metas, que se apresentam a seguir.

A primeira meta (9.1) menciona o desenvolvimento da infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e robusta, com inclusão de infraestrutura regional e transfronteiriça, promovendo apoio ao desenvolvimento econômico e ao bem-estar humano, voltado para o acesso equitativo e a preços acessíveis¹².

A segunda meta (9.2) trata da promoção da industrialização inclusiva e sustentável, prevendo que até 2030 se deve aumentar de forma relevante a participação da indústria no emprego e no produto interno bruto, conforme as circunstâncias nacionais, e duplicar sua participação em países de menor desenvolvimento relativo¹³.

A terceira meta (9.3) propõe o aumento do acesso aos serviços financeiros para pequenas indústrias e outras empresas, incluindo crédito acessível e integração em cadeias de valor e mercados, sobretudo em países em desenvolvimento¹⁴.

A quarta meta (9.4) estabelece que até 2030 a infraestrutura deve ser modernizada e as indústrias devem ser reabilitadas para torná-las sustentáveis, aumentando a eficiência no uso de recursos e adoção de tecnologias e processos industriais limpos e adequados ao meio ambiente. Para tal, todos os países devem atuar de acordo com suas respectivas capacidades¹⁵.

Por fim, a quinta meta (9.5) estimula o fortalecimento da pesquisa científica e a melhoria das capacidades tecnológicas de setores da indústria em todos os países, com

¹¹ GUIA dos ODS para as Empresas: Diretrizes para implementação dos ODS na estratégia dos negócios. 2015. Disponível em: <https://cebds.org/wp-content/uploads/2015/11/Guia-dos-ODS.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020. p. 6.

¹² ONU Brasil. Organização das Nações Unidas. Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação. 2015a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods9/>. Acesso em 25 jun. 2020.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

especial atenção aos países em desenvolvimento. Define, inclusive, o incentivo à inovação, pesquisa e desenvolvimento, com aumento do investimento público e privado, bem como a elevação do número de trabalhadores por milhão de pessoas nesta área¹⁶.

Além das metas referidas, foram criadas 3 submetas, que tem como objetivos:

9. a facilitar o desenvolvimento de infraestrutura sustentável e robusta em países em desenvolvimento, por meio de maior apoio financeiro, tecnológico e técnico aos países africanos, aos países de menor desenvolvimento relativo, aos países em desenvolvimento sem litoral e aos pequenos Estados insulares em desenvolvimento. 9.b apoiar o desenvolvimento tecnológico, a pesquisa e a inovação nacionais nos países em desenvolvimento, inclusive garantindo um ambiente político propício para, entre outras coisas, diversificação industrial e agregação de valor às commodities. 9.c aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para procurar ao máximo oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos, até 2020¹⁷.

Desta forma, com foco na promoção da infraestrutura de qualidade, industrialização inclusiva e sustentável, apoia-se a elevação da renda *per capita* média e da produtividade geral. Ainda, o aumento da participação da indústria em bases ambientalmente sustentáveis e socialmente inclusivas contribui para a recuperação da economia nacional. O incentivo à pesquisa científica, por sua vez, serve como base para a melhoria das capacidades tecnológicas dos setores industriais com fomento à inovação. São estas as principais premissas para se alcançar o ODS nº 9¹⁸.

Por sua vez, as recomendações, conforme o Relatório Luz da Agenda 2030, ODS II são:

1. Garantir a isonomia de condições de competitividade no país [...]. 2. Redefinir a política de investimento dos bancos de desenvolvimento rumo ao apoio à inovação, às pequenas e médias empresas [...]. 3. Aumentar os investimentos em infraestrutura verde de transportes e comunicação [...]. 4. Garantir um ambiente de negócios pautado pela estabilidade jurídica e institucional. 5. Fomentar a pesquisa em economia circular e formas de valorizar os materiais dentro das cadeias de valor [...]. 6. Facilitar o acesso a crédito e à formalização às micro e

¹⁶ ONU Brasil. Organização das Nações Unidas. Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação. 2015^a. *Op. cit.*

¹⁷ *Ibid.* Sobre a importância da aplicação do ODS nº 9, a ONU destaca que: “Cerca de 2,6 bilhões de pessoas no mundo em desenvolvimento têm dificuldades no acesso à eletricidade. 2,5 bilhões de pessoas no mundo não têm acesso à saneamento básico e quase 800 milhões de pessoas não têm acesso à água. Entre 1 a 1,5 milhão de pessoas não têm acesso a um serviço de telefone de qualidade. Para muitos países africanos, principalmente os de baixo rendimento, os limites na infraestrutura afetam em cerca de 40% na produtividade das empresas. A indústria manufatureira é importante para geração de empregos [...]. Em países em desenvolvimento, apenas 30% da produção agrícola passa por processamento industrial. [...]”. (ONU Brasil. Organização das Nações Unidas. Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. 2015b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/amp/>. Acesso em 25 jun. 2020).

¹⁸ ONU Brasil. Organização das Nações Unidas. *Documentos Temáticos: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 1; 2; 3; 5; 9 e 14*. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/publicacoes/documentos-tematicos-ods-07-2017.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020. p. 84.

pequenas empresas [...]. 7. Desenvolver e implantar uma política de inovação de longo prazo [...]. 8. Promover mecanismos de incentivo à redução de emissões de gases de efeito estufa na indústria e demais setores da economia nacional [...]¹⁹.

Desta forma, é fundamental empregar estas metas do ODS nº 9, para construir um planejamento de longo prazo e trilhar o caminho da sustentabilidade. Portanto, é importante o investimento em infraestrutura sustentável com acesso aos grupos vulneráveis. É significativa a criação de condições para o desenvolvimento industrial socialmente inclusivo e ambientalmente sustentável. Igualmente, é relevante o fomento da pesquisa científica pública e privada que gere benefícios para todos.

Do Desenvolvimento Sustentável ao Consumo Sustentável, na ótica do direito interno brasileiro

A CF/88, nos artigos 3º, II; 170, VI; e 225, assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determinando ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O conceito de desenvolvimento sustentável, segundo o Relatório Brundtland, de 1987, se refere a satisfazer as necessidades e as aspirações humanas. É um processo de transformação, para atender as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidades das futuras gerações²⁰. Nesse sentido Marinho e França²¹ afirmam que:

Pela análise do inciso VI do artigo 170, combinado como o artigo 225, não restam dúvidas de que o Brasil positivou o princípio do desenvolvimento sustentável na qualidade de norma-fim, sujeita, portanto, a controle de constitucionalidade não quanto aos meios utilizados, mas sim, em relação aos fins almejados pelo legislador constituinte. Portanto, pelo princípio-fim do desenvolvimento sustentável, propõe-se ao menos a utilização racional do meio ambiente em índices que permitam renovação sem prejuízos às gerações futuras. Implica na escolha dos meios menos gravosos ao meio ambiente em detrimento da utilização de outras fontes de recursos [...], cuja utilização, mesmo sendo mais viáveis economicamente, possam comprometer a qualidade de vida de presentes e futuras gerações.

Cumprе mencionar que a sustentabilidade não pode considerar apenas as necessidades humanas, mas também as questões ambientais do ecossistema, vinculadas

¹⁹ Relatório Luz da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável síntese II. 2018. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14577.pdf>. Acesso em 25 jun. 2020.

²⁰ BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento: Nosso Futuro Comum*. Tradução de edisciplinas USP. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf. Acesso em 30 set. 2020.

²¹ MARINHO, Karoline Lins Câmara; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *O Princípio do Desenvolvimento Sustentável na Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/karoline_lins_camara_marinho.pdf. Acesso em 25 jun. 2020.

a recursos tais como: rios, florestas e o clima. Por isso, economistas propõem a inclusão da depreciação ou preservação do meio ambiente no cálculo orçamentário, instigando que quem polui, deve pagar pelo dano ou despoluir²².

Pensando no consumo sustentável, percebe-se que o problema ambiental não está unicamente na produção industrial, mas nos níveis de consumo, nas escolhas feitas pelos consumidores. Desta forma, são urgentes ações de reeducação, alfabetização ambiental e consciência planetária. O consumidor deve ser educado para o consumo sustentável e deve ter acesso à informação ambiental. Assim, Junior, Almeida e Vieira²³ informam que é relevante demonstrar aos consumidores que o desenvolvimento sustentável é importante para o Planeta, pois garante limites e padrões de produção e consumo sustentáveis.

Ainda, é necessário que a legislação proíba os abusos, e identifique o *ethos* planetário, a fim de superar comportamentos exagerados e irresponsáveis derivados do consumo exacerbado, de desperdícios e da poluição ambiental. Nesse sentido Bauman²⁴ menciona que:

O alcance planetário do capital, das finanças e do comércio – as forças que decidem a gama de escolhas e a efetividade da ação humana, o modo como os seres humanos vivem e os limites de seus sonhos e esperanças – não foi acompanhado, em dimensões similares, pelos recursos que a humanidade desenvolveu para controlar essas forças que determinam as vidas humanas.

Portanto, deve-se educar as crianças, apostando nas futuras gerações e conscientizando a geração atual, que está viciada no consumismo desenfreado. Assim, a atuação do Estado brasileiro, no que nos interessa, deve dar-se conforme aos princípios orientadores da ordem econômica, sobretudo em favor da proteção do consumidor e do meio ambiente. Igualmente, o art. 225 defende a preservação dos recursos naturais, como forma de orientar o desenvolvimento sustentável e o art. 3º prevê que o Estado deve garantir e assegurar o desenvolvimento nacional, promovendo o crescimento econômico com as condições básicas da vida, dentre elas, a alimentação, a saúde e preservação ambiental²⁵.

Ainda, de acordo com Bauman²⁶ “vivemos hoje numa sociedade global de consumidores, e os padrões de comportamento de consumo afetam todos os aspectos da nossa vida [...]”, inclusive no trabalho e na família. Neste sentido, o princípio do desenvolvimento sustentável, expresso no texto Constitucional, deve guiar a

²² JUNGES, José Roque. *(Bio)ética ambiental*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

²³ JUNIOR, Alberto do Amaral; ALMEIDA, Lucila de; VIEIRA, Luciane Klein. Looking Back to Look Forward: A Future Research Agenda for Sustainable Consumption, Law and Development. In: *Sustainable Consumption the Right to a Healthy Environment*. Springer, 2020. E-book. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-16985-5>. Acesso em 30 set. 2020. p. 495-500.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 79.

²⁵ MARINHO, *Op. cit.*

²⁶ BAUMAN, *Op. cit.*, p. 64-65.

concretização dos objetivos e do direito ao desenvolvimento, aliado à conservação e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste contexto, a empresa cidadã assume responsabilidades sociais, numa atuação ética destinada a incorporar o princípio do desenvolvimento sustentável em suas operações e procedimentos de gestão.

A empresa cidadã e o desenvolvimento sustentável

Sabe-se que a empresa cidadã é aquela que assume responsabilidades e não negligencia o entorno social ou ecológico²⁷. Nesse sentido, destaca Cabral²⁸ que:

A empresa como organização social é alicerce do entendimento do que vem se reconhecendo como empresa cidadã, nos dias atuais. A empresa cidadã opera fundamentalmente sob uma concepção estratégica, um compromisso ético, e respeito aos direitos de todos os seus integrantes. Ela não busca apenas os resultados financeiros expressos no balanço contábil ou financeiro, mas avalia a sua contribuição à sociedade através de um balanço-social, que procura divulgar os resultados de sua ação sócio-ambiental, ou seja, os campos de ação relacionada aos seus funcionários, seu público externo (fornecedores, clientes, comunidade, etc) e ao meio ambiente.

Ainda, Cortina²⁹ menciona que a empresa não é um tipo de máquina, para somente obter benefício material, mas sim, é um grupo humano, que deve satisfazer as necessidades humanas com qualidade. As necessidades da atividade empresarial não incluem somente a produção de bens de consumo, mas também abrange questões como o emprego, a harmonia e a cooperação no interior da empresa, assumindo responsabilidade social pelo entorno.

Assim, as empresas que atuam de forma inteligente, adquirem legitimidade social, geram credibilidade e capital-simpatia em seu entorno, gerando cultura de confiança. Para isso, Cortina³⁰ informa que é necessário um conjunto de mudanças, que seriam: da hierarquia à corresponsabilidade, cultura organizativa, reconfiguração ética do mundo do trabalho, balanço social, e, uma concepção renovada de ética, onde a moral pessoal precisa ser unida à ética das instituições. Desse modo, as empresas que preenchem estes requisitos, geram uma cultura de credibilidade e confiança.

Ainda, fazer com que cada organização implemente uma empresa cidadã, passou a ser uma forma de melhorar a imagem perante a sociedade. Portanto, percebe-se que conciliar a atividade-fim com ações e programas voltados para a melhoria das condições sociais, culturais e ambientais passou a ser mais rentável, principalmente do ponto de

²⁷ CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

²⁸ CABRAL, Humberto Ferreira. *Rumo à empresa cidadã: Responsabilidade Social Empresarial na Cummins – Guarulhos – SP*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17813>. Acesso em 22 jul. 2020.

²⁹ CORTINA, 2005. *Op. cit.*

³⁰ *Ibid.*

vista mercadológico³¹.

Nesse sentido, a relação entre empresa e sociedade, a partir de um empresário mais participativo, faz com que este deixe de ser um mero “fornecedor” de bens e serviços para transformar-se num potencial colaborador de projetos e programas, visando a redução de distúrbios sociais e proporcionando melhores condições de vida à população³².

A adoção de programas sociais, ambientais e até educacionais exige investimentos, que, em princípio, reduzem os lucros do empresário. Mas a imagem mercadológica das empresas que adotam tais programas torna-se tão conceituada, que os bens produzidos por elas acabam recebendo uma maior aceitação no mercado³³.

Ademais, é importante que as empresas desafiem a lucratividade e renovem o seu portfólio com produtos e serviços mais sustentáveis, inclusivos e rentáveis, quebrando paradigmas. Estas iniciativas colocam-nas mais perto do cumprimento dos ODS.

Adicionalmente, é provável que os problemas sociais e ambientais somente sejam resolvidos se as empresas tiverem capacidade de atuar a longo prazo. As empresas que transcendem e ajudam a comunidade onde estão inseridas, deixam o mundo melhor, gerando uma melhor conectividade com a equipe, os clientes e os investidores, obtendo, ainda, maior retorno financeiro.

Portanto, o que se espera das empresas é que introduzam os ODS como instrumento de inspiração e de comunicação corporativa e que contribuam para a solução dos desafios socioambientais, promovendo o desenvolvimento sustentável e colaborando com os aspectos econômicos e sociais da comunidade.

Dessa forma, as empresas cidadãs que colaboraram com a comunidade na qual estão inseridas podem alcançar o bem-estar coletivo e a justiça social, com responsabilidade social, que está relacionada às questões socioambientais, como se verá a seguir.

A responsabilidade social empresarial

Responsabilidade social “[...] é quando a empresa reconhece o seu poder-dever em relação à sociedade e passa a contribuir voluntariamente com o desenvolvimento sustentável, juntamente com os empregados, suas famílias, a comunidade local, a

³¹ MASSELLI, Carolina Gomes Costa. *Empresa Cidadã: Os Programas Sociais e o nível de comprometimento dos empregados um estudo de caso na Cerâmica Portobello*. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal De Santa Catarina – Ufsc, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79030/175802.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 jun. 2020.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

sociedade como um todo”³⁴. Desse modo, segundo Eon³⁵, a responsabilidade social das empresas deve ser de forma voluntária, com comportamentos e ações que promovam o bem-estar da população. Portanto, quando as empresas adotam postura socialmente responsável, obtém-se um crescimento sustentável e de visibilidade, com redução de litígios ou problemas judiciais.

A empresa para ser economicamente sustentável precisa gerar riquezas, sendo importante a distribuição destas aos seus colaboradores e sócios, bem como a movimentação da economia do local onde está situada, para que se determine se ela é socialmente responsável. Ainda, a empresa precisa respeitar as regras e normas do local onde está inserida, não podendo deixar de cumprir com as normas tributárias, trabalhistas, cíveis, ambientais, penais, etc.

Não menos importante - ademais dos domínios econômico e legal citados - o domínio ético, social e ambiental merece destaque. A empresa precisa ter uma atuação que vai além do que a lei determina, ter ações afirmativas, que mostrem o seu interesse e o compromisso com o meio ambiente, com seus colaboradores, com as entidades governamentais e a sociedade. Assim, Baracho e Cecato³⁶ mencionam que:

[...] empresa cumpre a sua função social quando respeita o meio ambiente, a legislação trabalhista e proporciona condições dignas de trabalho, desenvolve e agrega tecnologia nos bens que produz; quando fornece ao consumidor produtos de qualidade, recolhe os impostos, atua de forma ética no mercado e pratica uma concorrência leal, agindo de acordo com a legislação imposta para a atividade econômica.

Adicionalmente, Barbosa e Filho³⁷ apresentam uma concepção de nova empresarialidade, que parte do fundamento da ética como elemento de valor, que instrui a prática do exercício da atividade empresarial. A autora aduz que a nova empresarialidade surge para desconstruir a lucratividade como única finalidade empresarial, transportando-se para a qualidade de resultado. Ressalta a função social que a empresa deverá exercer na sociedade, como forma de diminuir a desigualdade social, preservar a livre concorrência, o bom relacionamento com o consumidor, o comerciante,

³⁴ BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Aurea Baroni. Da Função Social da empresa à Responsabilidade Social: Reflexos na Comunidade e no Meio Ambiente. *Direito e Desenvolvimento. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável*. João Pessoa-PB, v. 7, n. 2, p. 114-128, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/320>. Acesso em 22 jul. 2020.

³⁵ EON, Fábio. O que é responsabilidade social? *Revista Responsabilidade Social.com*. [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.responsabilidadesocial.com/o-que-e-responsabilidade-social/>. Acesso em 22 jul. 2020.

³⁶ BARACHO, *Op. cit.*

³⁷ BARBOSA, Kelly de Souza; FILHO, Adalberto Simão. A nova empresarialidade: o robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v.9, n.1, p. 269-294, jan./abr. 2018.

o mercado de valor mobiliário, o meio ambiente e o trabalhador, para tornar-se uma empresa cidadã³⁸.

Igualmente, Barbosa e Filho³⁹ argumentam que nos negócios jurídicos devem ser observados os princípios éticos, de boa-fé e os bons costumes. Assim, as empresas que aplicam a nova empresarialidade, podem ser vistas como empresas cidadãs quando aprimoram suas atividades para o meio social, dando importância à responsabilidade social, capitalizando além do lucro financeiro, o lucro ético e social como resultados desejáveis.

No plano constitucional, a função social da propriedade expressa a função social da empresa, uma vez que esta responde pelos bens de produção e consumo. A CF/88, no art. 170, traz os princípios gerais da atividade econômica que determinam a ordem econômica nacional e a função social da propriedade⁴⁰. Portanto, é importante que a empresa reconheça a sua importância social e passe a tê-la como objetivo maior que o lucro, exercendo, assim, a função social, de modo a contribuir com o desenvolvimento econômico, social e ambiental do país e auxiliar no pleno emprego.

De qualquer modo, “o desenvolvimento econômico não pode provocar a degradação do meio ambiente cujos bens são finitos e dele dependem a presente e a futura geração”⁴¹. Assim, para atingir o desenvolvimento sustentável, o Estado e a sociedade devem fiscalizar as ações da iniciativa privada, pois também são responsáveis pela proteção ambiental, juntamente com a empresa⁴², conforme se verá a seguir.

Ética empresarial

Tendo em vista que a credibilidade das empresas pode ser seriamente afetada, a forma de conceber determinadas questões está se transformando no sentido de expressar uma preferência crescente pela ética dos negócios, ou melhor, pela ética empresarial, com a perspectiva de restaurar o valor da confiança, o que nos leva a refletir sobre a responsabilidade das empresas.

Segundo Cortina⁴³, “compreende-se uma empresa ética, portanto, não uma organização desinteressada, mas que procura satisfazer o interesse de todos os afetados por sua atividade”. O que Cortina menciona é uma ética com responsabilidade, que leva em conta as consequências das decisões das empresas. Desta forma, uma boa ética empresarial desempenha um papel de êxito econômico. Sendo assim, a função da ética empresarial é verificar aspectos como a equidade, a eliminação da pobreza e a proteção

³⁸ BARBOSA, Kelly de Souza; FILHO, Adalberto Simão, 2018. *Op. cit.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ BARACHO, *Op. cit.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ CORTINA, *Op. cit.*

do meio ambiente⁴⁴.

Conforme Camargo e Benacchio⁴⁵ “a ética não pode se furtar da menção a Kant, que propôs uma ética objetiva, fundada na lei moral que emana da razão e não da experiência”. Afirmam que é difícil praticar uma ética empresarial a partir de preceito rigoroso, pois não se pode perder de vista o ponto principal da empresa, que é a atividade econômica lucrativa, ainda que na perspectiva de um desenvolvimento sustentável.

Ademais, Bauman⁴⁶ enfatiza que “no mundo densamente povoado da vida humana cotidiana, impulsos morais necessitam de códigos, leis, jurisdições e instituições que os instalem e os monitorem [...]”. Assim, a necessidade de adotar posturas éticas surgiu em razão da tensão entre as “competições globalizadas e os avanços na discussão dos paradigmas ligados à dignidade humana, ao meio ambiente, ao desenvolvimento sustentável, à democracia e à paz”⁴⁷.

Cortina⁴⁸ acrescenta que as empresas que adotam valores éticos como meta para seus comportamentos internos ou externos são as que sobrevivem melhor em um ambiente duramente competitivo. Este modelo de ética empresarial faz com que a busca pela qualidade do produto, solidariedade e excelência esteja relacionada a valores de uma ética cívica.

Como se verifica, a ética nos negócios não é somente uma obrigação pessoal, moral ou religiosa, integra as atividades da empresa, como parte do negócio que se realiza. Sendo assim, a aplicação de uma consciência mais ecológica no processo de negócio e produção, é uma questão ética⁴⁹.

Ainda, “a empresa é uma parte da sociedade que precisa legitimar sua existência e seus comportamentos tanto quanto os governos [...]”⁵⁰. Por isso, a prática e implementação da ética no cotidiano da vida das pessoas, das organizações, do Estado, da sociedade é uma forma de solucionar dilemas éticos, considerando ainda que todos são atores imprescindíveis para a implementação do desenvolvimento sustentável.

Por fim, cumpre salientar que é importante empregar os códigos de ética ou códigos de conduta, pois estes recursos fazem com que os comportamentos das organizações e da sociedade em geral mudem, podendo, portanto, estar direcionados às práticas de sustentabilidade na produção da mercadoria ou do serviço.

⁴⁴ CORTINA, Adela. *Construir Confiança: Ética da empresa na sociedade da informação e das comunicações*. São Paulo Edições Loyola, 2007.

⁴⁵ CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de; BENACCHIO, Marcelo. Função social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências. *Revista Thesis Juris*. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 119-148, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/464>. Acesso em 25 jun. 2020.

⁴⁶ BAUMAN. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁷ CAMARGO. *Op. cit.*

⁴⁸ CORTINA, Adela. *Construir Confiança: Ética da empresa na sociedade da informação e das comunicações*. São Paulo Edições Loyola, 2007.

⁴⁹ CORTINA, 2007. *Op. cit.*

⁵⁰ CORTINA, 2005. *Op. cit.*, p. 166.

Aspectos éticos da inovação: a sustentabilidade e o cumprimento do ODS nº 9

A inovação sempre fez parte da humanidade. As empresas inovadoras são aquelas que se preocupam com a gestão do ciclo de vida de seus produtos, que entendem o benefício social de suas ofertas, que verificam as práticas de seus fornecedores e que se preocupam com os impactos do consumo desenfreado.

Neste sentido, verifica-se que, em relação ao nível de desenvolvimento, a infraestrutura e a indústria não estão sendo suficientes para a concretização do ODS nº 9. Portanto, a inovação pode representar uma tentativa de mudança, já que a falta de industrialização e a falta de infraestrutura acabam por dificultar a vida de muitas pessoas. Por isso, a inovação é o elemento principal para a concretização do ODS nº 9⁵¹.

Neste âmbito, cumpre destacar que os artigos 218 e 219 da CF/88 preveem a promoção e o incentivo para o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Ainda, destaca-se a abrangência do conceito de inovação diante dos resultados da tecnociência, principalmente no tocante aos aspectos social, promoção do ser humano e ambiental. Mas, além da preocupação com a sustentabilidade alavancada pelo tripé produtivo, social e ambiental, há de se dispensar especial atenção à melhoria das condições de vida da população⁵².

Portanto, a inovação, para que funcione e seja sustentável, deve ser aplicada na estrutura, na qualidade e no serviço, tornando-se um modo de vida das organizações, governo e sociedade. Este cenário somente será alcançado se as pessoas criativas se sentirem seguras num ambiente ético, no qual suas ideias sejam ouvidas e respeitadas.

Adicionalmente, convém destacar que a Lei de Inovação (lei nº 10.973/2004)⁵³, não faz referência à preocupação com a proteção e promoção do ser humano ante os reflexos do processo de inovação, elementos que traçariam os limites éticos da inovação. Sendo assim, com relação à responsabilidade ética no processo de inovação, deve-se levar em consideração: a melhoria das condições de vida da população, a proteção em relação aos impactos ambientais e a manutenção da vida⁵⁴.

⁵¹ REIS, João Henrique Souza dos; CAMPELLO, Lívia Gagher Bósio. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9: Indústria, Inovação e Infraestrutura. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030* [recurso eletrônico]. 1 ed. São Paulo: IDHG, 2020.

⁵² ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Junior Roberto. *Inovação no Brasil: Entre os Riscos e o Marco Regulatório*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

⁵³ BRASIL. *Lei Nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em 25 jun. 2020.

⁵⁴ BRASIL. *Lei Nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em 25 jun. 2020.

Ressalta-se que a inovação tecnológica sempre trará reflexos para o ser humano, por isso, numa sociedade de riscos e com desigualdades sociais são importantes os parâmetros da responsabilidade ética na conduta dos seres humanos⁵⁵. A falta de ética pode apresentar enormes prejuízos ao Planeta. Em razão disso, proteger o meio ambiente é, igualmente, proteger o ser humano.

Segundo Klaus Schwab⁵⁶, “a ampla questão da legislação nacional ou regional e sua conformidade irá desempenhar um papel determinante na formação do ecossistema em que as empresas disruptoras trabalham”. O autor cita o exemplo de uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu, de outubro de 2015, que declarou inválido o acordo “porto seguro” (*safe harbour*) que “permitiria o fluxo de dados pessoais entre os Estados Unidos e a União Europeia (UE)”. Argumenta que isto aumentaria os custos de *compliance* das empresas ao fazerem negócios na Europa e seria uma questão discutível entre os continentes. Assim, demonstra que para se inovar, deve-se considerar a competitividade das empresas.

Neste ínterim, é necessário que as organizações, o governo e a sociedade entendam a dinâmica da inovação, “[...] e que o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente sadio devem caminhar lado a lado, observando a qualidade de vida das presentes e futuras gerações”⁵⁷. Com essa conscientização acerca da inovação, surgem impactos positivos para solucionar os problemas derivados de práticas não sustentáveis.

Portanto, o objetivo da inovação é auxiliar na concretização do desenvolvimento sustentável em seus aspectos ambientais, sociais e econômicos, transformando e proporcionando qualidade de vida e um meio ambiente ecologicamente equilibrado, rumo ao cumprimento do ODS nº 9.

Em outras palavras, inovar significa avançar nos negócios da empresa, reinventar processos internos e identificar oportunidades de ganhar mais, gastando menos. Com o incentivo à inovação, as empresas tendem a ser mais avançadas e possuem maior responsabilidade social corporativa e ambiental⁵⁸.

Inovar não é apenas criar um produto ou serviço, mas também é concentrar-se em processos de negócios e práticas já existentes, melhorando sua eficiência. É encontrar novos clientes, reduzir desperdícios, gerar valor agregado para a empresa. Nesse sentido, para inovar, devem se fazer presente as três dimensões da sustentabilidade - econômica, social e ambiental - nos novos instrumentos e modelos de gestão. É tarefa das empresas, das instituições de ensino e pesquisa, dos órgãos governamentais e da sociedade civil, a

⁵⁵ BRASIL. *Lei Nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em 25 jun. 2020.

⁵⁶ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 82.

⁵⁷ REIS, João Henrique Souza dos; CAMPELLO, Lívia Gagher Bósio. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9: Indústria, Inovação e Infraestrutura. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030* [recurso eletrônico. 1 ed. São Paulo: IDHG, 2020. p. 351.

⁵⁸ *Ibid.*

implementação da inovação, para concretizar melhorias na indústria e infraestrutura, a caminho do desenvolvimento sustentável.

Logo, para se definir sustentabilidade, é necessário invocar os elementos vinculados à sua natureza de princípio constitucional, à eficácia, à eficiência, ao ambiente limpo, à probidade, à prevenção, à precaução, à solidariedade, à responsabilidade do Estado e da sociedade e ao bem-estar⁵⁹. Portanto, a sustentabilidade “[...] consiste em assegurar, hoje, o bem-estar material e imaterial, sem inviabilizar o bem-estar, próprio e alheio, no futuro”⁶⁰.

Ainda, é relevante mencionar que:

Um aspecto em geral negligenciado nos modelos de organização sustentável refere-se ao consumo. Como o sistema operacional produtivo e as inovações de produto e de processo, ao atender as três dimensões da sustentabilidade, devem gerar ganhos para o meio ambiente em termos de redução no uso de recursos e de emissões de poluentes, o aumento da produção pelo incitamento à demanda por novos produtos pode neutralizar ou até superar esses ganhos. Levar em conta essa possibilidade dando-lhe um tratamento adequado é um dos maiores desafios para o alinhamento das empresas ao modelo de organização inovadora sustentável⁶¹.

Por isso, é necessário que as organizações, governo e sociedade adaptem-se a modelos mais sustentáveis. Sendo assim, com a conscientização acerca da inovação e aplicação de infraestruturas resilientes e industrialização inclusiva, surgirão soluções para os problemas globais de sustentabilidade de maneiras mais eficientes e eficazes, fazendo com que as organizações, governo e sociedade alcancem os ODS da Agenda 2030 e, principalmente, o ODS nº 9.

Conclusão

A proposta deste estudo foi partir da análise dos ODS, especialmente o ODS nº 9, vinculado à indústria, inovação e infraestrutura, como alternativa para instigar o desenvolvimento sustentável, a responsabilidade social empresarial, a ética empresarial e os aspectos éticos da inovação.

Constatou-se a existência de corresponsabilidade entre organizações, governo e sociedade na adoção de práticas de responsabilidade social, ética e de inovação, destinadas a contribuir para o equilíbrio entre as necessidades sociais e ambientais.

Igualmente, o papel das empresas cidadãs vai além da geração de riquezas e empregos, pois as decisões tomadas impactam no meio em que estão inseridas.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 44.

⁶¹ BARBIERI, José Carlos. VASCONCELOS, Isabella Freitas Gouveia de; ANDREASSI, Tales; VASCONCELOS, Flávio Carvalho de. Inovação e sustentabilidade: novos modelos e proposições. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 50, n. 2, abr./jun. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000200002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 22 jul. 2020.

Outrossim, é relevante a implementação dos ODS como instrumentos de inspiração e de comunicação corporativa, pois contribuem para a solução dos desafios socioambientais, promovendo o desenvolvimento sustentável e colaborando econômica e socialmente com a comunidade.

Ainda, do ponto de vista ético, entendeu-se que as organizações podem contribuir para a preservação do meio ambiente, implementando a infraestrutura, os conceitos de sustentabilidade e, especialmente, a inovação, de forma a alcançar as metas do ODS nº 9.

Salienta-se que o setor privado empresarial, por sua força econômica, tem um papel relevante no cumprimento destas metas e deve estar envolvido na construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e sustentável.

Conjuntamente, ratifica-se que para a inovação atender ao texto legal dos artigos 218 e 219 da CF/88, precisará desenvolver as necessidades do ser humano aliadas à preservação meio ambiente.

Do mesmo modo, o incentivo à inovação mostra-se fundamental, pois propicia um aprimoramento das organizações, no sentido de que adquiram maior responsabilidade social, corporativa e ambiental, questões éticas relevantes. Ademais, através da conscientização acerca da inovação são proporcionados impactos positivos para a adoção de práticas sustentáveis, tanto na produção, quanto no consumo.

Quanto à aplicação do ODS nº 9, destaca-se que, para colocá-lo em prática, é necessário um maior investimento na educação e informação, com a adoção de políticas públicas eficazes para o incentivo à pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação. Igualmente essencial é o comprometimento das empresas com o seu entorno.

Com este viés, salienta-se que com a conscientização acerca dos aspectos éticos da inovação e aplicação de infraestruturas resilientes e industrialização inclusiva, surgirão soluções para os problemas globais de sustentabilidade de maneiras mais eficientes e eficazes, concretizando assim, o ODS nº 9.

REFERÊNCIAS

BARACHO, Hertha Urquiza; CECATO, Maria Aurea Baroni. Da Função Social da empresa à Responsabilidade Social: Reflexos na Comunidade e no Meio Ambiente. *Direito e Desenvolvimento. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável*. João Pessoa-PB, v. 7, n. 2, p. 114-128, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/320>.

BARBIERI, José Carlos; VASCONCELOS, Isabella Freitas Gouveia de; ANDREASSI, Tales; VASCONCELOS, Flávio Carvalho de. Inovação e sustentabilidade: novos modelos e proposições. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 50, n. 2, apr./jun. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000200002&script=sci_abstract&tlng=pt.

BARBOSA, Kelly de Souza; FILHO, Adalberto Simão. A nova empresarialidade: o

robustecimento dos valores éticos e sociais no exercício empresarial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 9, n. 1, p. 269-294, jan./abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BRASIL. *Lei Nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. *Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento: Nosso Futuro Comum*. Tradução de edisciplinas USP. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf.

CABRAL, Humberto Ferreira. *Rumo à empresa cidadã: Responsabilidade Social Empresarial na Cummins – Guarulhos – SP*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/17813>.

CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de; BENACCHIO, Marcelo. Função social e responsabilidade social empresarial: convergências e divergências. *Revista Thesis Juris*. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 119-148, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/464>.

CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CORTINA, Adela. *Construir Confiança: Ética da empresa na sociedade da informação e das comunicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martínez. *Ética*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Junior Roberto. *Inovação no Brasil: Entre os Riscos e o Marco Regulatório*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

EON, Fábio. O que é responsabilidade social? *Revista Responsabilidade Social.com*. [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.responsabilidadesocial.com/o-que-e-responsabilidade-social/>.

ESTRATÉGIA ODS. [2020]. Disponível em: <http://www.estrategiaods.org.br>.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUIA dos ODS para as Empresas: Diretrizes para implementação dos ODS na estratégia dos negócios. 2015. Disponível em: <https://cebds.org/wp->

content/uploads/2015/11/Guia-dos-ODS.pdf.

JUNGES, José Roque. *(Bio)ética ambiental*. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2010.

JUNIOR, Alberto do Amaral; ALMEIDA, Lucila de; VIEIRA, Luciane Klein. Looking Back to Look Forward: A Future Research Agenda for Sustainable Consumption, Law and Development. In: *Sustainable Consumption the Right to a Healthy Environment*. Springer, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-16985-5>.

MARINHO, Karoline Lins Câmara; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *O Princípio do Desenvolvimento Sustentável na Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/karoline_lins_camara_marinho.pdf.

MASSELLI, Carolina Gomes Costa. *Empresa Cidadã: Os Programas Sociais e o nível de comprometimento dos empregados um estudo de caso na Cerâmica Portobello*. Dissertação Mestrado em Administração) – Universidade Federal De Santa Catarina – UFSC. 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79030/175802.pdf?sequence=1>.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ONU Brasil. *Organização das Nações Unidas*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>.

ONU Brasil. *Organização das Nações Unidas*. Objetivo 9: Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação. 2015a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods9/>.

ONU Brasil. *Organização das Nações Unidas*. Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. 2015b. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/amp/>.

ONU Brasil. *Organização das Nações Unidas*. Documentos Temáticos: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 1; 2; 3; 5; 9 e 14. ONUBR, Nações Unidas no Brasil, Brasília: jun. 2017. Disponível em: <https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/publicacoes/documentos-tematicos-ods-07-2017.pdf>.

REIS, João Henrique Souza dos; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9: Indústria, Inovação e Infraestrutura. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030*. 1 ed. São Paulo: IDHG, 2020.

Relatório Luz da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável síntese II. 2018.

Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/14577.pdf>.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Data de Recebimento: 14/10/2020.

Data de Aprovação: 10/01/2021.

O ABANDONO AFETIVO INVERSO DURANTE A PANDEMIA E O DEVER DE CUIDADO

REVERSE AFFECTIVE ABANDONMENT DURING THE PANDEMIC AND DUTY OF CARE

Dirceu Pereira Siqueira*
Caroline Akemi Tatibana**

RESUMO

O presente artigo possui o objetivo de analisar o impacto da pandemia na vida e o cotidiano dos idosos que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI). Nesse sentido, pretende responder à seguinte indagação: o distanciamento social necessário durante a pandemia da Covid-19 impactou no cumprimento do dever de cuidado dos filhos maiores para com seus pais idosos? Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e de pesquisa teórica e interdisciplinar de artigos de periódicos científicos das seguintes áreas: direito, políticas públicas e da saúde que buscavam responder à hipótese levantada. A pesquisa acerca do abandono afetivo inverso é de extrema relevância, uma vez que na sociedade atual, trata-se de um cenário recorrente.

Palavras-chave: Abandono Afetivo Inverso; Direitos dos Idosos; Dever de Cuidado; Pandemia.

ABSTRACT

This article aims to analyze the impact of the pandemic on the lives and daily lives of elderly people residing in Long-Term Institutions (ILPI). In this sense, it intends to answer the following question: did the social distancing necessary during the Covid-19 pandemic impact the fulfillment of the duty of care of older children for their elderly parents? Therefore, the deductive method and theoretical and interdisciplinary research of articles from scientific journals in the following areas will be used: law, public policies and health that sought to answer the raised hypothesis. Research on inverse affective abandonment is extremely extreme, since in today's society, it is a recurrent scenario.

Key-words: Inverse Affective Abandonment; Elderly Rights; Duty of Care; Pandemic.

* Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. Email: dpsiqueira@uol.com.br.

** Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Unicesumar). Bolsista do Programa Pós-Graduação Ciências Jurídicas (Unicesumar). Especialista em Direito Público pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5465666032890866>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5485-4560>. E-mail: carol.tatibana@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 impactou diretamente nas relações sociais e familiares. Devido às medidas sanitárias, houve a necessidade de adaptação, pois o distanciamento social foi necessário para tutelar a saúde e o bem-estar da coletividade. O medo e incerteza sobre a doença do novo coronavírus e o pertencimento dos idosos ao grupo de risco da Covid-19, afastaram muitos parentes da convivência com os indivíduos idosos, com receio de transmitirem a doença para os mais velhos.

Em primeiro momento, proceder-se-á à análise da tutela dos direitos da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro. O cenário de conquista de direitos das pessoas idosas se deu especialmente, após a consagração dos princípios da igualdade e dignidade, estes foram essenciais para uma tutela mais energética dos direitos dos idosos.

Posteriormente, demonstrar-se-á breves considerações a respeito do abandono afetivo inverso, bem como as obrigações dos filhos com os pais idosos. Durante a pandemia, agravou-se o abandono afetivo dos idosos que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI). O presente estudo, tem por objetivo analisar como diante das medidas sanitárias de distanciamento social os filhos maiores podem cumprir com o dever fundamental de cuidado com o idoso residente em Instituições de Longa Permanência (ILPI).

Nesse contexto, pretende responder à seguinte indagação: o distanciamento social necessário durante a pandemia da Covid-19 impactou no cumprimento do dever de cuidado dos filhos para com os pais idosos? Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e de pesquisa teórica e interdisciplinar de artigos de periódicos científicos das seguintes áreas: direito, políticas públicas e da saúde que buscavam responder à hipótese levantada.

O papel das famílias no dever de cuidado é fundamental para o envelhecer da pessoa com dignidade. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da solidariedade familiar ao dispor no seu art. 229 que os pais têm o dever de assistência com os filhos menores e os filhos maiores devem ampará-lo na velhice. Trata-se de uma obrigação fundamental disposta pela Constituição Federal e que deve ser cumprida, principalmente diante de uma crise sanitária que exacerba a vulnerabilidade das pessoas idosas.

As medidas sanitárias, no entanto, como o distanciamento social necessárias para a tutela da saúde coletiva, impactaram diretamente no dever de cuidado dos filhos maiores com os idosos residentes em Instituições de Longa Permanência (ILPI). Pode-se constatar, por exemplo, o cenário preocupante de abandono afetivo inverso, com a restrição de visitação de parentes dos idosos em ILPI para proteção da saúde dos idosos residentes.

Dessa maneira, a pesquisa acerca do impacto do distanciamento social no afeto e visitação de parentes nas Instituições de Longa Permanência (ILPI) é de extrema relevância. Tendo em vista, que o atual cenário da pandemia requer adaptações a serem realizadas, como o caso de visitação de parentes dos idosos em ILPI. Nesse sentido, cabe

ao direito buscar encontrar uma solução adequada para proteger à saúde do idoso residente na instituição e assegurar o direito à convivência familiar.

O idoso no direito brasileiro

A pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se tutelada a partir de aportes constitucionais e infraconstitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana representou importante marco para tutela mais adequada da pessoa, especialmente das mais vulneráveis, como a pessoa idosa.

Nesse sentido, é possível verificar que a construção normativa da proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro se deu, especialmente com a Constituição Federal de 1988. Com a previsão constitucional passou-se a discutir a criação do Estatuto do Idoso. O Estatuto do Idoso representou perante a sociedade uma conquista na proteção à velhice, pois criou mecanismos específicos de proteção da dignidade da pessoa idosa.

Dessa maneira, passa-se a analisar a tutela normativa conferida ao idoso no direito brasileiro, especificamente a Constituição de 1988 e o Estatuto do Idoso. Sobre esse ponto, tem-se como objeto a analisar quais os motivos do constituinte e legislador ordinário para conceder uma proteção mais específica para esse grupo.

A Constituição Federal de 1988 representou uma conquista para os direitos das pessoas mais vulneráveis, especialmente após consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana e como fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecendo parâmetros mínimos de uma vida digna.

Neste processo, insta salientar o papel do sistema jurídico de proteger os interesses das pessoas, de modo a buscar equilíbrio nas relações entre os indivíduos¹. A Constituição Federal, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual fundamenta todo o Estado Democrático de Direito atua como uma cláusula geral de proteção e promoção da personalidade, devendo ser amplamente tutelada².

O Direito exerce papel essencial na tutela e promoção da dignidade humana. Sobre esse ponto, devendo criar mecanismos que coíbam eventuais violações³. No caso da proteção dos direitos do idoso a Constituição Federal, em seu título VIII, Capítulo VII, em especial no artigo 230, determina como dever da família, da sociedade e do Estado “amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”⁴.

¹BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito. *Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento*. [S.l.], v. 19, n. 3, 2014. p. 604.

²MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. *In.*: 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: 18 jul. 2021. p. 6.

³SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*. [S.l.], v. 212, p. 84-94, 1998. p. 21.

⁴VERBICARO, Dennis; ARRUDA, Sergie Gerrits. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso nas mensalidades dos planos de saúde em razão da idade na jurisprudência repetitiva do STJ (RESP 1.568.244/RJ). *Revista Direito em Debate*. [S.l.], v. 28, n. 51, p. 34-48, 2019. p. 41.

Nesse sentido, foi possível examinar que a partir da consagração da Constituição Federal de 1988 devido ao estabelecimento de uma série de princípios e valores passou-se a tutela mais enérgica em prol dos direitos dos idosos. Especialmente, após previsão da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Além disso, no artigo 229 da Constituição Federal, é possível verificar a preocupação do constituinte de amparar a pessoa idosa, considerando a possível vulnerabilidade decorrente da velhice.

O dever de amparo, neste caso, trata-se de um importante avanço para proteção da pessoa idosa, pois confere o dever dos filhos maiores, em assistir os pais e cuidar deles na velhice, na carência e na enfermidade.

No Brasil, após cinco anos de tramitação no Congresso Nacional, foi instituído o Estatuto que regulamenta os direitos dos idosos brasileiros⁵. Trata-se de um microsistema jurídico próprio com objetivo de trazer mecanismos necessários para tutelar a dignidade na velhice.

Assim, é possível averiguar que a necessidade de positivação dos direitos para as pessoas idosas surgiu devido ao aumento demográfico significativo deste grupo. Além disso, a necessidade de conferir igualdade para os cidadãos idosos⁶.

Os idosos, juntamente com as crianças e adolescentes e deficientes representam grupos específicos que requerem uma atenção especial do Estado, família e sociedade. Nesse sentido, a Constituição Federal faz proteção a estes indivíduos de maneira específica, levando em consideração o estado de sua vulnerabilidade de cada grupo.

As alterações da Constituição atual foram significativas, pois constituíram uma verdadeira cláusula de proteção ao ser humano, ao inserir o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental para sua elaboração. Nesse sentido, a vida com dignidade é protegida independente da etapa que se encontre, portanto, o idoso é digno de toda prerrogativa constitucional⁷.

Para Norberto Bobbio o homem como pessoa no aspecto de sua singularidade deve ser livre. Enquanto ser social, deve estar na mesma relação de igualdade. Nesse ponto, por isso foi de tamanha importância a criação de instrumentos normativos que viabilizem uma relação de igualdade com os idosos e os demais indivíduos da sociedade⁸.

A criação de legislação específica como o Estatuto do Idoso, representou um marco importante na concretização do princípio igualdade, pois levou em consideração a

⁵RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ZANUTTO, Denise Maria Lopes; NASCIMENTO, José Carlos Alves. Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos: análise da tutela da saúde mental dos idosos e a interface com os direitos da personalidade. *Revista Meritum*. [S.l.], v. 15, n. 3, p. 189-208, 2020. p. 193.

⁶NEVES, Hayanna Bussoletti; DA SILVEIRA, Sebastião Sérgio; SIMÃO FILHO, Adalberto. Estatuto do idoso e a Constituição Federal: uma análise da garantia do direito a dignidade humana como concreção da cidadania. *Revista Paradigma*. [S.l.], v. 29, n. 2, p. 130-145, 2020. p. 162.

⁷SANTIN, Janaína Rigo; BOROWSKI, Marina Zancanaro. O idoso e o princípio constitucional da dignidade humana. *Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano*. [S.l.], v. 5, n. 1, 2008. p. 148.

⁸BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho 5. ed. 1996. p. 7.

vulnerabilidade intrínseca do processo de envelhecimento, por consequência previu o envelhecimento com dignidade.

Dessa maneira, a partir da elaboração da Constituição Federal de 1988 o idoso passou a receber proteção constitucional específica. O envelhecimento digno é direito de todos que deve ser efetivado através de políticas públicas e ações que viabilizem o processo de envelhecer com respeito à pessoa idosa. Nesse sentido, é dever do Estado, sociedade e família garantir a proteção da dignidade do idoso.

Com base na previsão constitucional, o Estatuto do Idoso foi criado para a garantia da tutela do idoso brasileiro. A Lei nº 10.741/2003 objetivou concretizar os direitos dos idosos a partir de princípios, mecanismos de proteção e meios que efetivem um bem-estar e dignidade das pessoas idosas.

A criação do Estatuto do Idoso, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Pessoa com Deficiência representaram conquistas para a proteção dos direitos desses grupos de minorias e vulneráveis. Nesse sentido, materializaram a dignidade da pessoa humana. Sobre o conceito de minorias:

Minorias: traço cultural comum presente em todos os indivíduos, originando grupos específicos, são sujeitos ligados entre si, daí a denominação “minorias” [como especificação]. Entretanto, nem sempre diz respeito a um grupo que possui o menor número de pessoas, pelo contrário, por vezes são numerosos. A exemplo, indígenas, homossexuais, negros, crianças, idosos⁹.

Diante da previsão constitucional, artigos 229 e 230 estabelecidos pela Constituição de 1988, foi possível fortalecer diversos direitos à pessoa maior de 60 anos. Sendo garantida a observância à dignidade. Nesse sentido, o Estatuto do Idoso prevê a ampliação dos direitos dos idosos, especialmente quanto aos direitos fundamentais. Sendo que, em condições de liberdade e dignidade serão preservadas todas as oportunidades e facilidades para preservação da saúde.

Além disso, reforça a obrigação do dever de cuidado da família, comunidade, sociedade e do Poder Público de assegurar direitos dos idosos, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, em conformidade com o disposto na Constituição Federal.

O primeiro diploma legal a estabelecer direitos sociais dos idosos foi a Política Nacional do Idoso, estabelecida pela Lei nº 8.842/94. Com a finalidade de dispor sobre as necessidades dos idosos, bem como garantir a sua participação efetiva, integração social e autonomia durante a vida em sociedade. De modo, a promover o envelhecimento saudável¹⁰.

⁹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)*. [S.l.], v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

¹⁰ FERNANDES, David Augusto; BRANDÃO, Bruna de Azevedo. Estatuto do idoso: a dignidade da pessoa humana e sua proteção social no município de Macaé. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. [S.l.], v. 6, n. 12, p. 161-174, 2018. p. 168.

Nesse ponto, é importante destacar o conceito de autonomia privada, pois na velhice há constante violação quanto ao direito de escolha e autodeterminação individual. Sobre o conceito de autonomia privada:

A autonomia privada corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida. Ela expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios¹¹.

A Política Nacional do Idoso foi importante avanço no reconhecimento da autonomia privada da pessoa idosa. Nesse sentido, teve como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Os princípios que norteiam a política reforçam a ideia da defesa da dignidade e bem-estar do idoso, bem como estipula que o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos.

De outro lado, a novidade que a Lei nº 10.741/2003 que a norma infraconstitucional colocou em relação ao artigo 230 da Constituição Federal foi a introdução da comunidade como ente obrigado a garantir a dignidade à pessoa idosa¹².

Em relação à Política Nacional do Idoso – Lei nº 8.842/1994 houve ampliação das garantias às pessoas idosas. Nesse contexto, esta conquista se deve à inúmeras reivindicações feitas pela sociedade para que criasse mecanismos que permitissem a inclusão do idoso.

Assim, fomentar a solidariedade e a inclusão da pessoa idosa na sociedade, além de garantir o respeito ao idoso e a sua dignidade. Desse modo, as pessoas idosas devem ser vistas com respeito, não podem ser vistas como seres dispensáveis. O princípio da igualdade, previsto no art. 5, da Constituição Federal estabelece esta proibição¹³.

O Estatuto do Idoso vem estabelecer um novo paradigma de garantias dos direitos dos idosos. Nesse sentido, propõe-se a integrá-lo na sociedade através do reconhecimento de suas singularidades por meio de políticas públicas sociais.

Diante disso, construir uma sociedade fraterna direcionada a promover, a proteger e defender os direitos dos idosos. Sobretudo garantir os direitos do envelhecimento natural e digno, rompendo com preconceitos a respeito dos idosos.

Dessa maneira, nota-se que a Constituição Federal, juntamente com a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso dispõe normas para garantia dos direitos das pessoas idosas. Estabelecendo inclusive, a família como peça fundamental na tutela dos

¹¹ FERNANDES, David Augusto; BRANDÃO, Bruna de Azevedo. Estatuto do idoso: a dignidade da pessoa humana e sua proteção social no município de Macaé. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. [S.l.], v. 6, n. 12, p. 161-174, 2018. p. 168.

¹² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 141.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2020. p. 102.

direitos dos idosos, especialmente quanto à habitação, alimentação, respeito e afetividade¹⁴.

Além da obrigação da família, o Estatuto do Idoso coloca no Capítulo II – Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade como obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos.

O direito ao respeito segundo o Estatuto do Idoso em seu §2º, do art. 10 consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. Sobre esse ponto, importante destacar que a integridade psíquica e física é um dos aspectos da dignidade humana como bem menciona:

A integridade psicofísica é um dos aspectos da dignidade humana mais tradicionalmente protegidos, a abranger desde a vedação à tortura e lesões corporais no âmbito penal até o direito ao fornecimento de medicamentos no âmbito administrativo¹⁵.

A construção de uma sociedade mais solidária é essencial para a efetivação dos direitos dos idosos. Nesse sentido, necessita de uma atuação conjunta entre o Estado, família e sociedade para promoção e garantia da dignidade e bem-estar dos idosos. Sobre esse ponto, Simone de Beauvoir faz uma crítica do modo como a sociedade encara a velhice:

Paremos de trapacear; o sentido de nossa vida está em questão no futuro que nos espera; não sabemos quem somos, se ignoramos quem seremos: aquele velho, aquela velha, reconhecemo-nos neles. Isso é necessário, se quisermos assumir em sua totalidade nossa condição humana. Para começar, não aceitamos mais com infelicidade da idade avançada, mas sentiremos que é algo que nos diz respeito. Somos nós os interessados (...) O velho incapaz de suprir suas necessidades representa sempre uma carga¹⁶.

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso permanece como uma conquista nos direitos das pessoas idosas, mas a construção do envelhecimento com dignidade requer informação e conhecimento de todos sobre o processo de envelhecimento. De modo, a conscientizar e assegurar que o idoso não sofra discriminação de qualquer natureza.

Para defesa da dignidade da pessoa idosa é necessário a sua participação na comunidade, bem como assegurar os seus direitos de cidadania. Nesse sentido, deve o Estado criar condições que promovam sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, através de políticas públicas.

¹⁴ FERNANDES, David Augusto; BRANDÃO, Bruna de Azevedo. Estatuto do idoso: a dignidade da pessoa humana e sua proteção social no município de Macaé. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. [S.l.], v. 6, n. 12, p. 161-174, 2018. p. 168.

¹⁵ DE MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. *Revista de Saúde Pública*. [S.l.], v. 41, n. 5, 2007. p. 6.

¹⁶ BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 11.

Desta forma, a tutela jurídica da pessoa idosa foi um processo relativamente lento e gradual que trouxe destaque com a criação do Estatuto do Idoso. Nesse sentido, constatou-se que a conquista dos direitos dos idosos, representou avanço não somente na concretização do direito à igualdade, mas também na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Tutela-se, portanto, a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto do Idoso, além de seus direitos fundamentais, a dignidade e bem-estar do idoso, como cidadão e sujeito de direitos.

As obrigações dos filhos em face dos pais idosos e o abandono afetivo inverso

A pessoa idosa para efetivação do seu direito ao respeito e à convivência familiar e comunitária necessita de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações. Nesse sentido, os filhos possuem papel de extrema relevância para ajudar e amparar os pais idosos na velhice, carência ou enfermidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 229 prevê como dever dos filhos maiores “de ajudar e amparar os pais na velhice”, ou seja, não é um poder de escolha, trata-se na realidade, de um dever constitucional e que deve ser cumprido para assegurar à pessoa idosa o seu envelhecimento com dignidade.

Nesse sentido, o direito de família a partir da Constituição Federal de 1988 passou a receber tutela do Estado. No mesmo viés, dignidade humana do idoso passou a receber proteção, especialmente no âmbito familiar defendendo seu bem-estar, pois é grande o número de idosos que sofrem com abandono e a negação de afeto por seus familiares¹⁷.

A concretização do direito à integridade física, psíquica e moral do idoso está totalmente ligada às relações intergeracionais que o idoso possui, uma vez que necessita do convívio comunitário e familiar para se manter saudável. Sobre o reconhecimento de um direito fundamental e interdimensional ao afeto:

É possível sim, portanto, o reconhecimento de um direito fundamental interdimensional ao afeto, imanente à pessoa humana, sem o qual não é possível o pleno e digno desenvolvimento da personalidade, seja através da inclusão, do reconhecimento das mais variadas formas de famílias ou da imposição de um dever de cuidado¹⁸.

No caso do idoso, o convívio familiar é essencial para seu bem-estar e saúde, pois há necessidade, neste caso, durante a velhice de cuidados indispensáveis como: alimentos, tratamentos com a enfermidade e carência que são supridos pelos filhos.

Nesse ponto, cabe destacar a família nuclear e seus reflexos em relações intergeracionais. Ao longo dos últimos dois séculos, houve mudanças dos moldes de família, a perda da função econômica de produção, emancipação do gênero feminino,

¹⁷ BORIN, Roseli Borin; ARMELIN, Priscila Kutne. Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral. *Argumenta Journal Law*. [S.l.], n. 20, p. 199-221, 2014. p. 209.

¹⁸ KOWARSKI, Clarissa M. B. Brandão de Carvalho; ALVARENGA, Samanta Francine. Direito fundamental interdimensional ao afeto. *Revista Quaestio Iuris*. [S.l.], v. 13, n. 1, p. 103-122, 2020. p. 118.

divisão social do trabalho, aumento do planejamento familiar, fez com que se origina à chamada família nuclear, composta unicamente por pais e filhos¹⁹.

Além disso, como bem pontua Silva e Barletta, esse processo, obviamente afetou as relações no ambiente familiar, e a base familiar passou a ser composta apenas por pais e seus filhos. Portanto, deixou de existir a necessidade de coincidência geográfica dos núcleos de habitação. O idoso, nesse processo passou a necessitar de atenção mais acurada, pois muitas vezes são considerados invisíveis e excluídos do convívio familiar²⁰.

Nesse sentido, apesar das transformações no núcleo familiar, a tutela integral da pessoa no ambiente familiar deve ser mantida e orientada a partir do princípio da solidariedade. Como bem nos ensina Habermas a respeito da importância da noção de uma responsabilização solidária para com o outro:

A responsabilização solidária pelo outro como um dos nossos se refere ao “nós” flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas. Essa comunidade moral se constitui exclusivamente pela ideia negativa da abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados – e de cada marginalizado em particular - em da sociedade em que se aloja o sistema político²¹.

A situação de abandono afetivo inverso, no entanto, demonstra-se violadora do princípio da solidariedade, pois exclui o idoso do convívio familiar e afetivo. O conceito de abandono afetivo inverso, nada mais é do que o abandono dos filhos maiores com os pais na velhice, no sentido de amparo, assistência e cuidado.

Por outro lado, a Constituição Federal em seu artigo 229 prevê um dever fundamental de amparo ao estabelecer o seguinte: “(...) os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”²². Desse dispositivo, extrai-se a noção de um dever fundamental que os filhos possuem para com os pais idosos, de garantir o amparo necessário durante a velhice.

O conceito de abandono no campo jurídico é quando uma pessoa se abstém de forma intencional e negligenciar uma pessoa ou bem, causando consequências jurídicas. No caso dos idosos o abandono pode ser material, imaterial ou afetivo²³.

Nesse sentido, o abandono material será quando uma pessoa que possui dever legal de prover a subsistência de outro indivíduo deixa de prestar os recursos necessários. A previsão legal do abandono material pode ser encontrada no Código Penal e no Estatuto

¹⁹ SILVA, Denis Franco; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Solidariedade e tutela do idoso: o direito aos alimentos? In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *A tutela jurídica da pessoa idosa*. São Paulo. Editora Foco, 2020. p. 180.

²⁰ Id., p. 182.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. Edições Loyola, 2002. p. 07.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

²³ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFRGS*. [S.l.], v. 11, n. 3, 2016. p. 182.

do Idoso configurando-se como crime, passível de detenção e multa, conforme previsão nos art. 244 e art. 99, respectivamente.

Em relação ao abandono afetivo, ele é tutelado pela Constituição da República, disposto em seu art. 229. Trata-se de um dever recíproco entre pais e filhos que, devem valorizar as relações afetivas. Nesse sentido, o abandono afetivo configura-se com a ausência de participação dos filhos maiores na vida do idoso. A disposição constitucional revela uma percepção de solidariedade intergeracional.

Importante destacar que o dever de cuidado, não é o mesmo que o assistencialismo, pois remete uma espécie de paternalismo. A partir da concretização do melhor interesse do idoso e da dignidade da pessoa humana na velhice é que se pode exercer o dever de cuidado dos filhos maiores com os pais idosos. Nesse sentido, levando em consideração a capacidade de autodeterminação do idoso e conseqüentemente sua dignidade²⁴.

Assim, é importante destacar que o afeto é inerente à pessoa humana e, por conseqüência, um não pode ser desvinculado do outro. Sendo imprescindível a proteção da dignidade e o desenvolvimento psíquico. Nesse sentido, o idoso enquanto pessoa e sujeito de direitos, deve ser tutelado em todas as esferas, inclusive nas existenciais, denotando-se a importância de um olhar com afeto²⁵.

Dessa maneira, para tutela integral da pessoa humana, há que se proteger as pessoas mais vulneráveis que necessitam de uma proteção específica, isto considerando a vulnerabilidade intrínseca, como no caso dos idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Nesse contexto, o afeto é imprescindível como princípio nas relações familiares, por conseqüência, uma tutela mais energética da dignidade da pessoa humana em todos os momentos e situações da vida humana.

Por fim, o dever de cuidado dos filhos maiores para com os pais na velhice, não pode se dar somente com a assistência material. A partir da interpretação do art. 229 da Constituição Federal, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana, é possível constatar que o dever de cuidado e amparo ao idoso estabelecido para os filhos maiores, deve ser baseado no princípio do afeto nas relações familiares. Com isso, concretizar o princípio da solidariedade intergeracional e da dignidade da pessoa humana.

O impacto do distanciamento social no afeto e visitação de parentes dos idosos nas Institui es de Longa Permanência – ILPI

A pandemia da Covid-19 impactou diretamente as rela es sociais e familiares, uma vez que houve a necessidade de se manter o distanciamento social como medida sanitária de preven o e prote o ao novo coronavírus. Nesse sentido, o primeiro

²⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da; DE MATTOS, Mariana Moncorvo; NUNES, Marina Lacerda. Velhice digna: escolha do tratamento médico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. [S.l.], n. 30, p. 173-195, 2016. p. 181.

²⁵ KOWARSKI, Clarissa M. B. Brandão de Carvalho; ALVARENGA, Samanta Francine. Direito fundamental interdimensional ao afeto. *Revista Quaestio Iuris*. [S.l.], v. 13, n. 01, p. 103-122, 2020. p. 110.

ensinamento que o coronavírus trouxe a humanidade, diz respeito à fragilidade do ser humano e ao mesmo tempo, a total interdependência, ou seja, todos estão expostos às catástrofes, como a atual pandemia²⁶.

No início da pandemia, o idoso foi um dos grupos dos mais atingidos pelo novo coronavírus. Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde²⁷ os idosos têm maior probabilidade de apresentar sintomas graves, complicações e morte, especialmente com 80 anos ou mais. Ainda, como bem pontua²⁸ “A pandemia do novo coronavírus esconde uma faceta cruel e traiçoeira: são cada vez mais comuns os casos de idosos abandonados à míngua em asilos, em meio à disseminação da Covid-19”.

Para a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) é necessário atenção especial para a proteção dos direitos dos idosos durante a crise de saúde. Em primeiro lugar, o direito à saúde deve ser para todos, sem discriminação em razão da idade. Em segundo lugar, a proteção do direito à vida engloba o direito do idoso de envelhecer com dignidade, até o fim dos dias²⁹.

Nesse sentido, alguns grupos sociais foram mais atingidos pela pandemia. Para Boaventura de Sousa Santos³⁰ qualquer quarentena é sempre discriminatória, mais difícil para alguns grupos sociais do que para outros. Especialmente, para os grupos que padecem de uma especial vulnerabilidade que precede a crise de saúde e se agrava com ela. Sobre os idosos durante a pandemia, expõe o autor:

Em tempos normais, os idosos passaram a viver nestes alojamentos como espaços que garantiam a sua segurança (...) estariam mais seguros se pudessem voltar às casas onde viveram toda a vida, no caso improvável de elas ainda existirem? Os familiares que, por exclusiva conveniência própria, os alojaram em lares não sentirão remorsos por sujeitar os seus idosos a um risco que lhes pode ser fatal? E os idosos que vivem isolados não correrão agora um risco maior de morrer sem que ninguém dê conta?³¹

O cenário de medo e incerteza sobre a doença, com a informação das autoridades sanitárias do pertencimento dos idosos ao grupo de risco do novo coronavírus, afastaram inclusive, muitos parentes da convivência com os indivíduos idosos, com receio de transmitirem a doença para os mais velhos.

Consequentemente, atingiu a saúde mental dos idosos durante a pandemia da Covid-19, pois deparam-se com um cenário muitas vezes de exclusão social e familiar.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. O vírus põe a globalização de joelhos. Tradução de Moisés Sbardelotto. *Instituto Humanitas UNISINOS*. [S.l.], v. 18, 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli>. Acesso em 21 jul. 2021.

²⁷ Notícia. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 15. jul. 2021.

²⁸ CRAVEIRO, Rodrigo. A face mais cruel da pandemia: abandono de idosos choca o mundo. *Estado de Minas*. 19 de abril de 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/19/interna_internacional,1140146/a-face-mais-cruel-da-pandemia-abandono-de-idosos-choca-o-mundo.shtml. Acesso em 27. jul. 2021.

²⁹ CEPAL. *Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe*. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/notas/impacto-la-pandemia-covid-19-personas-mayores>. Acesso em 15. ago. 2021.

³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. São Paulo: Boitempo Editorial. 2020. p. 21.

³¹ Id., p. 22.

Nesse sentido, pontua o seguinte: “o direito à convivência familiar mostra-se de extrema importância para o pleno crescimento e desenvolvimento psíquico e social desse indivíduo”³².

Além disso, ao contrário do que é veiculado na mídia e por organizações internacionais, a pandemia não só torna mais “visíveis” como reforça a injustiça, a discriminação, a exclusão social. Em face do pânico as assimetrias se tornam mais invisíveis, uma vez que o desespero se apodera dos que não estão habituados a ele³³.

Nesse sentido, pode-se constatar que durante a pandemia com o risco de contágio da Covid-19, muitas pessoas idosas não mantiveram o contato com familiares ou amigos. O distanciamento social necessário para prevenção da Covid-19 impactou diretamente na saúde e bem-estar dos idosos. Nesse sentido de acordo com pesquisa feita pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL):

O confinamento em casa tem impactos na saúde mental dos idosos porque dificulta o contato com familiares ou amigos, enfraquece suas redes de apoio social e envelhece suas rotinas diárias. A insegurança causada pelo medo do contágio é agravada pela solidão e pelo sentimento de abandono, pois não podem receber visitas de seus familiares ou não podem ir para participar de eventos comunitários, como reuniões com seus pares em associações de adultos mais velhos³⁴.

Por outro lado, durante a pandemia da Covid-19 poucos foram tão afetados como os idosos que vivem em casas e asilos de repouso. O isolamento, em muitos casos foi tão árduo que acabou fragilizando as relações familiares e, por consequência, resultou em casos de abandono para os idosos que vivem em Instituições de Longa Permanência (ILPI)³⁵. Configurando-se, muitas vezes, no abandono afetivo inverso, quando o filho maior não cumpre com o dever de cuidado para com seus pais idosos.

Nesse sentido, a conceituação do abandono afetivo inverso, pode ser constituída “pela inação de afetou ou especificamente, pela ausência de cuidado dos filhos em face de seus genitores idosos”³⁶. Trata-se de condição disposta pela solidariedade familiar que a Constituição Federal de 1988 estipulou em seu art. 229.

A restrição total da visitação de parentes dos idosos que vivem em Instituições de Longa Permanência (ILPI) devido ao risco de contágio do novo coronavírus deve ser

³² SOUZA, Angela Aparecida Rocencete; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. A invisibilidade da pessoa idosa e a responsabilidade civil pelo abandono afetivo inverso. *Revista Jurídica Cesumar*. [S.l.], v. 21, n. 1, 2021. p. 2.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. São Paulo: Boitempo Editorial. 2020. p. 21

³⁴ CEPAL, N. U. *Challenges for the protection of older persons and their rights during the COVID-19 pandemic*. 2020. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46488>. Acesso em 20 jul. 2021.

³⁵ MACHADO, Renato; LADEIRA, Pedro. Idosos em asilos enfrentam o coronavírus, a solidão e muitas vezes o abandono da família. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 31 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/12/idosos-em-asilos-enfrentam-o-coronavirus-a-solidao-e-muitas-vezes-o-abandono-da-familia.shtml>. Acesso em 27 jul. 2021.

³⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFRGS*. [S.l.], v. 11, n. 3, 2016. p. 188.

analisada com cautela. Do ponto de vista jurídico, pode acabar configurando em uma medida desrazoável e, até mesmo, violadora da dignidade do idoso.

Neste caso, é necessário ponderar os princípios e valores para encontrar medida uma justa, que proteja a saúde do idoso, mas também encontre possibilidades de manter o convívio familiar do idoso, sob pena de violação da dignidade no processo de envelhecimento desses idosos que permanecem nas Instituições.

Assim, durante uma situação emergencial de saúde como a pandemia da Covid-19 o parâmetro para estabelecimento de restrição de direitos deve ser a Constituição Federal de 1988, bem como seus valores e princípios devem ser o norte e a fita métrica das decisões políticas tomadas para superar a crise sanitária.

Nesse contexto, os filhos maiores devem exercer a solidariedade intergeracional e proteger melhor os pais idosos, especialmente os que vivem em Instituições de Longa Permanência (ILPI). As medidas sanitárias decorrentes da pandemia, não podem acarretar numa forma de não cumprir com seu dever fundamental de cuidado para com os pais idosos.

Para a perita das Nações Unidas de direitos das pessoas idosas Rosa Kornfeld-Matte: "Essa exclusão social é exacerbada pelas medidas de distanciamento social, como impedir a entrada de visitantes nas casas de repouso. Distanciamento social não pode se tornar exclusão social"³⁷.

O isolamento é extremamente necessário para tutela da coletividade. No entanto, devido à vulnerabilidade dos idosos que vivem em Instituições de Longa Permanência é necessário manter o convívio mútuo familiar, sob pena de violar a integridade psíquica do idoso residente. Além disso, o cuidado e o afeto podem ser mantidos, através de outros meios que respeitem as medidas sanitárias.

Nesse ponto, a restrição total do direito de visita ao atingir diretamente a saúde e bem-estar do idoso que, se sente excluído sem o convívio familiar, acaba por configurar em uma medida desrazoável e, deve ser analisada de acordo com o caso concreto.

A dignidade do idoso que se vê impedido de receber visitas de parentes, acaba sendo violada, pois para tutela integral da pessoa humana é necessário manter esse contato. Assim, uma alternativa razoável durante o período de pandemia é a busca de mecanismos alternativos e que mantenham a visita, mesmo que de maneira virtual.

Durante a pandemia, enquanto estiver configurada uma situação grave de casos e mortes de Covid-19, uma solução que se demonstra razoável é manter a visita de parentes de idosos em Instituições de Longa Permanência (ILPI), mas de maneira remota. Como bem pontua especialista da ONU: "Distanciamento físico é crucial, mas é preciso encontrar maneiras seguras e criativas de aumentar as conexões sociais. As pessoas idosas devem ter maneiras de estar em contato online, incluindo nas casas de repouso e

³⁷ UNIC, Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil. *Especialista da ONU pede melhor proteção para idosos na pandemia do novo coronavírus*. Rio de Janeiro. Online. Disponível em: <https://unicrio.org.br/especialista-da-onu-pede-melhor-protacao-para-idosos-na-pandemia-do-novo-coronavirus/>. Acesso em 27 jul. 2021.

nas áreas remotas”³⁸.

Outrossim, deve-se levar em consideração a situação de saúde do idoso que irá receber a visita de parentes, de modo a buscar encontrar alternativas de socialização com as famílias e comunidade durante a pandemia. Nesse sentido, cabe às Instituições de Longa Permanência averiguar e garantir o bem-estar do idoso residente e do visitante.

As medidas de restrição de direitos são necessárias durante a crise sanitária, para a proteção do bem-estar da coletividade. No entanto, é essencial que a tomada de decisões do Poder Público e das Instituições de Longa Permanência (ILPI) protejam a dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse dos idosos que residem nela.

Por outro lado, durante a pandemia a manutenção do cuidado não está proibida, ao contrário, trata-se na realidade, de uma obrigação constitucionalmente prevista em nosso ordenamento jurídico. Portanto, pode-se extrair-se o seguinte em tempos de pandemia “As ressignificações das formas de manifestação de afeto e cuidado surgidas a partir da pandemia ensinam que o afastamento presencial e a aproximação virtual são formas de amor”³⁹.

Nesse sentido, cabe aos filhos maiores a manutenção do cuidado para com os idosos em tempos de pandemia. Como bem pontua:

A manutenção do cuidado para com os idosos em tempos de COVID-19 é uma evidência de carinho e, portanto, de manutenção e contínua aversão ao abandono afetivo inverso. Manter o afeto e a solidariedade nas possibilidades desse contexto é, não só uma prova de amor, mas de respeito e uma forma de cumprimento da obrigação prevista constitucionalmente⁴⁰.

A Constituição Federal de 1988, seus princípios e valores estabelecidos devem ser as fitas métricas para as medidas restritivas durante a crise sanitária. Nesse sentido, o cuidado e o afeto durante a pandemia não estão proibidos, pelo contrário, a Constituição estabelece aos filhos maiores o dever de manter o cuidado aos pais idosos, durante toda a velhice.

Desta forma, pode-se constatar que a pandemia da Covid-19 ressaltou a urgência de proteção especial a determinados grupos sociais, levando em consideração a sua condição de vulnerabilidade já existente e evidenciada durante a crise sanitária.

Assim, as medidas de distanciamento social devem levar em consideração as assimetrias existentes nas relações jurídicas, de modo a proteger não somente a saúde da coletividade, mas também a vida com dignidade dos mais vulneráveis, como o caso de idosos que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI).

³⁸ UNIC, Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil. *Especialista da ONU pede melhor proteção para idosos na pandemia do novo coronavírus*. Op. cit.

³⁹ SILVA, Larissa Tenfen. Como ficam as visitas aos idosos residentes em ILPIs durante as festas de final de ano? Reflexões necessárias. *Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1618>. Acesso em 27 jul. 2021.

⁴⁰ QUEIROZ, Laise Guimarães; CONSALTER, Zilda Mara. Abandono afetivo inverso: responsabilidade dos filhos face a pais omissos mesmo em tempos pandêmicos. *Brazilian Journal of Development*. [S.l.], v. 6, n. 10, p. 78571-78589, 2020. p. 78585.

Por fim, pode-se constatar que a pandemia afetou significativamente a vida e o cotidiano dos idosos que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI). Com a necessidade do distanciamento social, houve a orientação e muitos casos a restrição de visitas de parentes dos idosos nas ILPI. Ocorre que, nesses casos, os filhos maiores têm o dever de cuidado com os pais idosos, e esta medida sanitária, não pode representar o não cumprimento com o dever constitucional de cuidado e afeto para com os idosos.

Considerações Finais

A pandemia da Covid-19 trouxe inúmeras mudanças na sociedade, com objetivo de proteger a coletividade houve a necessidade, inclusive, de restrição de direitos e garantias fundamentais. Contudo, as medidas sanitárias, como o distanciamento social impactam severamente as pessoas idosas que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI). Em muitos casos, diante das medidas de combate à pandemia do novo coronavírus, implementar a proibição de visitação de parentes como forma de prevenção da nova doença.

Nesse contexto, pode-se constatar, durante a pandemia da Covid-19 o impacto direto no direito de convivência familiar e comunitária dos idosos que residem nas ILPI. A efetivação deste direito é obrigação da família, comunidade, sociedade e do Poder Público, de acordo com o Estatuto do Idoso, no disposto no art. 3º, que deve ser estabelecido com absoluta prioridade.

Durante a pandemia, um cenário preocupante revelou a de falta de cuidado e amparo dos filhos para com seus pais idosos, pois houve um aumento significativo de casos de abandono afetivo inverso, especialmente dos idosos que residem em Instituições de Longa Permanência (ILPI). Com as medidas de restrição de visitação da família nas instituições, por exemplo, averiguou-se além do abandono de idosos, a ausência de afeto, impactando diretamente no direito de envelhecer com dignidade.

A pesquisa acerca do aumento do abandono afetivo inverso durante a pandemia do coronavírus é de extrema relevância para família, sociedade e Poder Público, pois busca conscientizar a todos o cenário preocupante do abandono, ausência de afeto e cuidado com o idoso. Nesse sentido, pode-se observar que com a imposição de certas medidas sanitárias, agravaram-se os casos de abandono afetivo inverso. Isto se deve a inúmeros fatores, como a necessidade de distanciamento social, o medo do convívio com idoso e risco contágio e morte da doença do Covid-19. Todavia, as medidas de distanciamento social, não podem ser utilizadas como pretexto para o abandono afetivo inverso, sob pena de violação da dignidade dos idosos.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 ago. 2021.

BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho 5. Ediouro, 1996.

BORIN, Roseli Borin; ARMELIN, Priscila Kutne. Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral. *Argumenta Journal Law*. [S.l.], n. 20, p. 199-221, 2014.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito. *Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento*. [S.l.], v. 19, n. 3, 2014.

CEPAL, N. U. *Challenges for the protection of older persons and their rights during the COVID-19 pandemic*. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46488>. Acesso em 20 jul. 2021.

CRAVEIRO, Rodrigo. A face mais cruel da pandemia: abandono de idosos choca o mundo. *Estado de Minas*. 19 de abril de 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/19/interna_internacional_1140146/a-face-mais-cruel-da-pandemia-abandono-de-idosos-choca-o-mundo.shtml. Acesso em 27 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. O vírus põe a globalização de joelhos. Tradução de Moisés Sbardelotto. *Instituto Humanitas UNISINOS*. [S.l.], v. 18, 2020.

FERNANDES, David Augusto; BRANDÃO, Bruna de Azevedo. Estatuto do idoso: a dignidade da pessoa humana e sua proteção social no município de Macaé. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. [S.l.], v. 6, n. 12, p. 161-174, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da; DE MATTOS, Mariana Moncorvo; NUNES, Marina Lacerda. Velhice digna: escolha do tratamento médico. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. [S.l.], n. 30, p. 173-195, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. Edições Loyola, 2002.

MACHADO, Renato; LADEIRA, Pedro. Idosos em asilos enfrentam o coronavírus, a solidão e muitas vezes o abandono da família. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 31 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/12/idosos-em-asilos-enfrentam-o-coronavirus-a-solidao-e-muitas-vezes-o-abandono-da-familia.shtml>. Acesso em 27 jul. 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. *In: 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 18 jul. 2021.

NEVES, Hayanna Bussoletti; DA SILVEIRA, Sebastião Sérgio; SIMÃO FILHO, Adalberto. Estatuto do idoso e a Constituição Federal: uma análise da garantia do direito a dignidade humana como concreção da cidadania. *Revista Paradigma*. [S.l.], v. 29, n. 2, p. 130-145, 2020.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O Estatuto do Idoso: primeiras notas para um debate. *Revista de Políticas Públicas*. [S.l.], v. 8, n. 2, p. 135-140, 2004.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ZANUTTO, Denise Maria Lopes; NASCIMENTO, José Carlos Alves. Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos: análise da tutela da saúde mental dos idosos e a interface com os direitos da personalidade. *Revista Meritum*. [S.l.], v. 15, n. 3, p. 189-208. 2020.

DA SILVA, Sitia Márcia Costa et al. Estatuto do idoso: e os meios de concretização. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 99-107, 2013.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. *Revista de Saúde Pública*. [S.l.], v. 41, n. 5, 2007.

OMS. Organização Mundial da Saúde. *Atualização da Estratégia COVID-19*, Genebra, 14 de abril. Disponível em: <https://www.who.int/publications-detail/covid-19-strategy-update>. Acesso em 20 jul. 2021.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; BOROWSKI, Marina Zancanaro. O idoso e o princípio constitucional da dignidade humana. *Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano*. [S.l.], v. 5, n. 1, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*. [S.l.], v. 212, p. 84-94, 1998.

SILVA, Denis Franco; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Solidariedade e tutela do idoso: o direito aos alimentos? In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA Vitor (Coords.). *A tutela jurídica da pessoa idosa*. São Paulo. Editora Foco, 2020.

SILVA, Larissa Tenfen. Como ficam as visitas aos idosos residentes em ILPI's durante as festas de final de ano? Reflexões necessárias. *Instituto Brasileiro de Direito de Família* -

IBDFAM. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1618>. Acesso em 27 jul. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)*. [S.l.], v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

SOUZA, Angela Aparecida Rocencete; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. A invisibilidade da pessoa idosa e a responsabilidade civil pelo abandono afetivo inverso. *Revista Jurídica Cesumar: Mestrado*. [S.l.], v. 21, n. 1, 2021.

QUEIROZ, Laise Guimarães; CONSALTER, Zilda Mara. Abandono afetivo inverso: responsabilidade dos filhos face a pais omissos mesmo em tempos pandêmicos. *Brazilian Journal of Development*. [S.l.], v. 6, n. 10, p. 78571-78589, 2020.

UNIC. *Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil*. Especialista da ONU pede melhor proteção para idosos na pandemia do novo coronavírus. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://unicrio.org.br/especialista-da-onu-pede-melhor-protecao-para-idosos-na%20pandemia-do-novo-coronavirus>. Acesso em 27 jul. 2021.

KOWARSKI, Clarissa M. B. Brandão de Carvalho; ALVARENGA, Samanta Francine. Direito fundamental interdimensional ao afeto. *Revista Quaestio Iuris*. [S.l.], v. 13, n. 01, p. 103-122, 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFRGS*. [S.l.], v. 11, n. 3, 2016.

VERBICARO, Dennis; ARRUDA, Sergie Gerrits. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso nas mensalidades dos planos de saúde em razão da idade na jurisprudência repetitiva do STJ (RESP 1.568. 244/RJ). *Revista Direito em Debate*. [S.l.], v. 28, n. 51, p. 34-48, 2019.

Data de Recebimento: 21/09/2021.

Data de Aprovação: 15/10/2021.

O ENQUADRAMENTO COLETIVO DO HABEAS CORPUS: CARACTERIZAÇÃO, FUNDAMENTOS TEÓRICOS E LEGADO JURÍDICO

THE COLLECTIVE LEGAL FRAMEWORK OF HABEAS CORPUS: CHARACTERIZATION, THEORETICAL FOUNDATIONS AND LEGAL LEGACY

Carolina Trevisan de Azevedo*

Camilo Zufelato**

Danieli Rocha Chiuzuli***

RESUMO

O presente artigo busca analisar o enquadramento do *habeas corpus* como um instrumento processual coletivo e os efeitos de sua decisão, como também a construção de seu legado jurídico. Investiga-se, assim, sua fundamentação teórica dentro de um campo novo do Direito Processual Penal Coletivo, visando à tutela efetiva do direito fundamental de locomoção. Trata-se de construção jurisprudencial cujo potencial é analisado não apenas sob a perspectiva dos efeitos imediatos da decisão, mas também a partir de construções mais complexas que envolvem uma concepção ampla do direito. Por meio de uma revisão bibliográfica, apresenta-se conclusões exploratórias: a pertinência do enquadramento coletivo do instrumento do HC, ressaltando a importância desse espectro de atuação; as particularidades dos efeitos de sua decisão que, por estarem divididos em duas fases, tornam mais desafiadora a concretização de seus efeitos imediatos; e a existência de efeitos indiretos que compõem o legado jurídico das decisões envolvendo a medida.

Palavras-chave: *Habeas Corpus* Coletivo; Direitos fundamentais; Decisão coletiva; Efeitos; Legado Jurídico.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the framing of *habeas corpus* as a collective procedural instrument and the effects of its decision, as well as the construction of its legal legacy. Thus, its theoretical foundation is investigated within a new field of Collective Criminal Procedural Law, aiming at the effective protection of the fundamental right of locomotion. It is a jurisprudential construction whose potential is analyzed not only from the perspective of the immediate effects of the decision, but also from more complex constructions that involve a broad conception of law. Through a literature review, exploratory conclusions are presented: the pertinence of the collective framing of the HC instrument, highlighting the importance of this performance spectrum; the particularities of the effects of its decision, which, for being divided into two phases, make the realization of its immediate effects more challenging; the existence of indirect effects that make up the legal legacy of the decisions involving the measure.

* Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Advogada.

** Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Livre Docente e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito pela Università degli Studi di Roma - Tor Vergata; Advogado.

*** Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Advogada; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Advogada.

Key-words: Collective *Habeas Corpus*; Fundamental rights; Collective decision; Effects; Legal Legacy

INTRODUÇÃO

A admissão do *Habeas Corpus* (HC) coletivo como forma de tutelar o direito fundamental de ir e vir é discutida já há algum tempo pela doutrina e jurisprudência brasileiras, recebendo, contudo, novo destaque a partir do HC nº 143.641. A admissão unânime da medida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a estrutura da decisão com extensão de efeitos para todo o território nacional, trouxe novos elementos para a investigação e compreensão do instrumento do HC coletivo em meio à indefinição existente na jurisprudência nacional à época de seu deferimento e que atualmente começa a ganhar contornos mais efetivos e usuais. Passado um tempo da decisão, torna-se possível discutir com base em novos elementos suas potencialidades, questões em aberto e obstáculos enquanto instrumento para mobilização do direito.

É nesse processo de construção que se insere o objetivo geral deste artigo: analisar o possível enquadramento do HC como modalidade de ação coletiva, inclusive no que se refere à sua decisão enquanto decisão coletiva e seus respectivos efeitos. Nesse sentido, o artigo transitará por algumas construções teóricas que serão delimitadas ao objetivo geral para fins de aparelhá-lo: as modalidades e princípios do processo coletivo e o intercâmbio principiológico com o campo do processo penal coletivo; a fundamentação constitucional e processual do instrumento do HC coletivo; e os elementos da decisão coletiva e seus efeitos. Além disso, será explorado o legado jurídico da construção da medida a partir de uma noção ampla do direito, voltada não apenas aos efeitos imediatos das decisões, mas também a seus desdobramentos mais complexos.

Em termos de formatação metodológica, o artigo consiste, de forma predominante, em uma investigação teórico-bibliográfica, com o HC nº 143.641 como caso a partir do qual o problema em questão é pautado, justamente pelo seu caráter paradigmático. As principais considerações formuladas ao final são exploratórias e se referem ao enquadramento coletivo do HC, os efeitos de suas decisões e suas potencialidades sobre a efetividade da tutela.

Modalidades de ações coletivas e princípios da tutela coletiva: intercâmbios com o processo penal coletivo

A construção do HC coletivo se insere em um campo novo do Direito Processual Penal Coletivo, representando uma expansão da tutela coletiva de direitos para proteger o direito fundamental de ir e vir. A partir disso, o presente tópico procura realizar algumas considerações a respeito das ações coletivas, que possam servir de base para, na sequência, aprofundar o enquadramento do novo instrumento coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

As ações coletivas são definidas a partir do objeto litigioso coletivo. Apesar de outros elementos serem levados em consideração como distintivos do processo individual - como legitimação e coisa julgada - o elemento fundante e definidor dessa ação consiste na natureza coletiva dos direitos tutelados e que definem, inclusive, os demais elementos distintivos dessa categoria de ação. Os direitos que podem compor essa tutela coletiva são classificados, legalmente, a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC), como direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos¹.

Contudo, a definição pelo núcleo legal das ações coletivas não significa, estritamente, que apenas aqueles direitos ou algumas espécies de ações sejam admissíveis. A presença de quaisquer direitos que apresentem alguma dimensão de transindividualidade repercute ativamente no encadeamento das possíveis tutelas a serem consideradas para além das previsões legais, de forma que a interpretação não está adstrita ao rol legal, sob risco de restarem espécies de direitos fora da tutela jurisdicional. É nesse sentido que a própria coletividade dos direitos não está associada estritamente à sua natureza - como, por exemplo, os direitos individuais homogêneos, que são ontologicamente individuais -, mas, sobretudo, ao espectro e relevância dos direitos “o que faz que a ação coletiva seja transindividual em relação ao seu escopo e não em relação à sua essência”².

O princípio da “máxima utilidade da tutela penal coletiva” reforça a possibilidade de estreia de novas dimensões de tutela coletiva a depender das exigências da realidade posta, assim como o próprio art. 83 do CDC apresenta disposição geral acerca da admissibilidade de instrumentos coletivos que sejam necessários para a devida tutela dos direitos e interesses protegidos pelo Código em questão³⁻⁴.

Com essa abertura que é estabelecida no sistema de tutelas coletivas, identifica-se um movimento de compreensão do direito processual penal em âmbito coletivo. A individualidade ou coletividade desse sistema seria regida pela própria natureza dos bens jurídicos tuteláveis que, por sua vez, são individuais e coletivos. Logo, considerando o direito processual penal coletivo como “garantia constitucional fundamental social” a coletividade do bem jurídico - difuso, coletivo ou individual homogêneo - exigiria uma ressignificação do processo penal para que ele seja responsável pela realização dos objetivos constitucionais a ele reputados. É nesse sentido que o direito processual penal coletivo se desenvolve como um novo “paradigma”, que traz um plexo de princípios partilhados com aqueles reputados à tutela coletiva tradicional, sendo que essa

¹ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

² *Ibidem*, p.66

³ BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: A tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 136.

comunicabilidade principiológica indica a formação de um sistema coletivo que circunscreve a lógica da tutela coletiva de bens⁵.

Dentre os diversos princípios que fundamentam a ordem jurídico-constitucional e que, portanto, já se aplicam ao processo penal coletivo (como às demais áreas), um dos princípios que pode ser considerado fundante e que se estabelece em interlocução com o sistema de tutelas coletivas é o da primazia da tutela coletiva. A “supremacia do interesse social” encontra respaldo constitucional e se alinha mais a uma lógica coletiva de tutela do que a uma perspectiva individual. Nesse sentido, a regra do art. 5º, §1º, da Constituição Federal (CRFB) - aplicabilidade imediata das regras de direitos fundamentais - irradia esse princípio, na medida em que a tutela coletiva figura como norma de garantia de direitos fundamentais⁶⁷.

A tutela coletiva tem como potencial - não necessariamente explorado em sua completude - a resolução de conflitos em diversas dimensões de coletividades, desde aquelas que podem ser identificadas como coletivas, como também as situações individuais que se interrelacionam pelo contexto sinônimo. Como efeitos, além da maior coerência decisional e potencial alcance de tutela, há também o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a esfera individual dos integrantes da coletividade afetada, permitindo, portanto, um maior aproveitamento da atuação jurisdicional⁸.

Esses elementos, portanto, lançam luz sobre novas modalidades de ações coletivas que se inserem no contexto do processo penal. A conjugação da abertura do processo coletivo a depender do contexto fático, a construção jurisprudencial que já estreia caminhos novos nessa área e o intercâmbio principiológico entre a coletividade civil e a penal traçam linhas contextuais para o instrumento do HC coletivo enquanto modalidade de ação coletiva. Contudo, a despeito de tal contexto, faz-se necessário esmiuçar em que medida há a devida compatibilidade entre o instrumento processual do HC e o direito que tutela com a sistemática processual coletiva.

O HC coletivo como modalidade de ação coletiva

Apesar de as discussões a respeito do HC coletivo já existirem antes, a medida adquiriu maior visibilidade após a ordem concedida no HC nº 143.641, por meio do qual a 2ª Turma do STF reconheceu de forma unânime o cabimento da medida, decidindo por maioria o alcance da decisão. A ação, impetrada inicialmente pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), com posterior assunção do polo ativo pela Defensoria Pública da União, apresenta como pacientes todas as mulheres em prisão provisória,

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: A tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 174.

⁶ A inserção da tutela jurídica do direito coletivo na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I) representa uma inovação que apresenta alguns impactos como o caráter de imediatidade que passa a ser conferido a tais direitos.

⁷ ALMEIDA; COSTA. *Op. cit.*

⁸ ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. Salvador: Juspodivm, 2010.

grávidas e/ou mães de filhos menores de 12 anos/deficientes, desde que não sejam acusadas de crimes envolvendo violência ou grave ameaça ou, ainda, voltados aos próprios descendentes⁹.

A ordem concedida determinou a substituição da prisão preventiva dessas mulheres por prisão domiciliar, salvo situações excepcionalíssimas, estendendo-a também às adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas que se encontrem em situação análoga. A análise da decisão do HC nº 143.641 do STF relaciona-se com a interpretação que este artigo faz da viabilidade da aplicação do microsistema processual coletivo ao instrumento do HC. Como se trata de uma genuína construção jurisprudencial, sua denotação coletiva vem sendo tomada e analisada por produções acadêmicas que tentam responder ao questionamento acerca da legalidade e legitimidade de tal formatação processual.

Diante do reconhecimento do HC coletivo, com base na alegação de divergência jurisprudencial, entre outras, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) impetrou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 758), requisitando a declaração de inconstitucionalidade da admissão do HC Coletivo e, em caráter subsidiário, a manifestação da Corte Suprema acerca dos critérios de conhecimento e aplicação da medida (legitimidade ativa,¹⁰ competência, modulação de efeitos da sentença). Apesar de ter sido, por enquanto, indeferida liminarmente pelo Relator Ministro Gilmar Mendes, em decisão datada de 03 de dezembro de 2020, a ação indica que o tema referente à coletivização do HC e seus parâmetros de aplicação continua em discussão.¹¹

A ausência de uma previsão legal, somada ao caráter recente da jurisprudência, coloca, portanto, a questão em aberto para investigações como esta que pretendem esmiuçar o possível enquadramento do HC enquanto uma modalidade de ação coletiva, trazendo consigo efeitos também a serem investigados. O HC nº 143.641 coloca-se como parâmetro para a análise, uma vez que sua decisão estreia caminhos não apenas no que se refere à utilização e à admissão do instrumento em formato coletivo, mas também para reflexões sobre a tutela de direitos individuais homogêneos em âmbito de encarceramento e condições do cárcere.

Como mencionado acima, há um movimento de compreensão da possibilidade de conexão entre o processo coletivo e o processo penal, de modo que, nessas pontes principiológicas e metodológicas, haja a possibilidade de enquadramento do direito

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus nº 143.641*. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Frago e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 07 jan. 2020.

¹⁰ No caso do HC nº 143.641, foi rejeitada a legitimidade ativa do impetrante inicial (Coletivo de Advogados em Direitos Humanos) e reconhecida a Legitimidade da Defensoria Pública da União, com base em uma analogia com o mandado de injunção coletivo.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 758*. Impetrante: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. Data de julgamento: 03 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345219706&ext=.pdf>. Acesso em 09 dez. 2020.

processual penal em uma dinâmica coletiva. O HC, nesse contexto, passaria a ser interpretado como uma modalidade de ação coletiva no campo do direito processual penal coletivo, arrogando, pois, seus princípios, regras e objetivos. Antunes, tomando como referencial a teoria estruturante do direito e suas dimensões de interpretação, conclui pelo cabimento do instrumento do HC coletivo, desde que cumpridos seus elementos formais estipulados constitucional e infraconstitucionalmente. A partir disso, essa modalidade processual existiria no direito brasileiro como a necessária transposição da norma abstrata para uma realidade coletiva que emerge no seu campo de aplicação¹².

Nesse espectro relacional entre instrumento processual e direito material tutelado dentro da dinâmica de uma tutela processual que seja, de fato, efetiva, o dimensionamento do HC para obstruções (ou ameaça de) da liberdade será dado pela própria abrangência individual ou coletiva da constrição. Tal alinhamento processual-material apresenta fundamentação na CRFB/88, mas também no próprio Pacto de São José da Costa Rica que, ao prever em seu art. 25 a necessidade de um modelo processual “simples, rápido e efetivo”, preconiza como fundo que a formatação do instrumento processual não possa figurar como impeditivo para a consecução do próprio direito fundamental tutelado¹³.

Dessa forma, a coletividade admitida para o HC em questão está alinhada ao arcabouço principiológico constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, os quais estão associados a uma lógica de tutela jurisdicional efetiva que admite, por sua vez, um polo passivo individual ou coletivamente delimitado. A conformação do HC - individual ou coletivo - seria um reflexo da própria extensão que o ato constritor e ilegal alcançaria, podendo, por sua vez, constituir efeitos transindividuais e uma coletividade como potencial paciente de HC. Pode-se considerar o que Almeida e Costa trazem sobre a existência de bens jurídicos penais individuais e coletivos e de que a caracterização destes últimos é atravessada pela coletividade lesionada ou ameaçada, bem como pelos próprios direitos fundamentais que os caracterizam¹⁴¹⁵

Ressalta-se que a coletividade abrangida pelo HC coletivo não implica necessariamente a existência de uma pluralidade de indivíduos, a princípio, componentes de um todo unitário indeterminado ou potencialmente determinável, mas representa uma coletividade para além desses termos indivisíveis. Isso significa que os direitos individuais homogêneos são tutelados por este instrumento, contudo, partindo-se de uma

¹² ANTUNES, Felipe Pedrosa. *Habeas Corpus Coletivo: uma análise a partir da teoria estruturante do direito*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2017.

¹³ SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. O cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira. Parecer. UERJ Direitos. Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da UERJ, 2015, p. 1-28.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: A tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

coletividade situacional que interliga os sujeitos individualmente considerados e a ela submetidos.¹⁶

Nesse contexto, Chequer esmiúça a aplicação do HC coletivo às diferentes modalidades de direitos coletivos - difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos - e exemplifica cada caso. No que se refere aos difusos, expõe que a restrição à liberdade de ir e vir pode recair sobre o contexto fático desses direitos, o que pode ser identificado no caso do HC coletivo ajuizado para as questões de “toque de recolher” de crianças e adolescentes. Em relação aos coletivos em sentido estrito, a violação ou ameaça tutelada em sede de HC pode ser dimensionada coletivamente sobre um grupo de sujeitos indeterminados, porém determináveis, transpondo para uma situação prática alguns casos de movimentações populares, manifestações feitas por associações, dentre outros. Por fim, os direitos individuais homogêneos também podem ser tutelados via HC coletivo, como nos casos de encarceramento em situações desumanas, em que a situação é individual, contudo, deflagrada pelo mesmo contexto de violações, o que é contemplado no caso do HC 143. 641.

Dessa forma, em seu julgamento foram juntadas listas que trouxeram dados acerca de mulheres grávidas, puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade presas preventivamente e que, portanto, poderiam figurar como pacientes no processo. Para além da admissão da formatação coletiva do HC, a decisão do STF não restringiu seus termos às mulheres que compuseram o quadro processual, estendendo os efeitos de ofício para todas aquelas que estivessem na mesma situação (sob o mesmo ato constritor), bem como às adolescentes em medidas socioeducativas¹⁷.

Em âmbito penal, a assunção dessa dimensão coletiva de atuação processual já foi identificada como necessária no próprio Plano Estratégico do Poder Judiciário (CNJ), haja vista se tratar de demandas que, ainda que individuais, podem ser deflagradas em um mesmo contexto fático de obstrução do direito de ir e vir e que apresentam, sobretudo, uma ordem de urgência da essência dos próprios casos. Como ressaltam Sarmiento, Borges e Gomes, se o mesmo ato que impõe ilegais restrições de locomoção a pessoas encarceradas é identificável igualmente para todas aquelas que estão a ele submetidas, não se deve exigir que para algumas delas seja possível a tutela via HC e para outras reste inoperante a defesa de direitos¹⁸.

A existência do HC coletivo, portanto, traz a própria tentativa (ainda que muitas vezes o resultado da aplicação se apresente pouco efetivo) de ruptura com o padrão penal em termos de atuação estatal que, por sua vez, gera um “processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas” e intensifica o seu arsenal repressivo sobre populações historicamente marginalizadas¹⁹.

¹⁶ CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. *Habeas Corpus Coletivo: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova summa divisio constitucionalizada direitos individuais e coletivos*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Itaúna, Itaúna, 2014.

¹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira, 2019. *Op. cit.*

¹⁸ SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla, 2015, *Op. cit.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 7.

O sistema carcerário brasileiro foi classificado pela ADPF 347/STF como uma situação de “estado de coisas inconstitucional”, devido aos índices que demonstram altas taxas de mortalidade e insalubridade das presas e presos no país, o que se intensifica pelo fato de que mais de um $\frac{1}{3}$ da população prisional é resultante de prisões provisórias. Compõe ainda este quadro o fato de que a seletividade do sistema penal alimenta a manutenção de desigualdades, na medida em que o percentual mais alto de composição da população carcerária é daqueles que cometeram crimes contra o patrimônio e da Lei de Drogas, crimes esses que estão associados “à pauperização, desigualdade e restrição de mobilidade social, em definitiva condição estrutural do sistema de justiça criminal”²⁰.

Nesse cenário, a figura do HC (individualmente considerada) apresenta uma tramitação preferencial, justamente pelo fato de tutelar situações de potenciais coações ilegais e restrição de direitos fundamentais. Ocorre que, com o asoamento dos tribunais e cortes com o número excessivo de HC’s (inclusive de pessoas na mesma situação de obstrução), a própria ordem preferencial de julgamento acaba se desnaturalizando, vez que essas prioridades se anulam, gerando tempos médios de julgamento similares aos procedimentos ordinários²¹.

Em parecer para HC coletivo no caso dos “flanelinhas”, Sarmiento, Gomes e Borges ressaltam a característica que denominam como “plasticidade” do instrumento do HC - tanto material, como processual. Em termos materiais, o HC já foi utilizado para tutelar matéria para além daquela delimitada constitucionalmente, mas que com ela mantinha relação²². No que se refere ao âmbito processual, a própria autorização legal de extensão processual para corréus do HC durante o seu processamento (art. 580, do CPP) indica sua possibilidade de englobar pacientes em situações sinônimas. Essa flexibilidade que o HC traz por definição indicia a viabilidade de sua coletivização²³.

Outro aspecto que pode ser levado em consideração para a análise do perfil coletivo do HC é a sua inserção no denominado processo constitucional e, na medida em que partilha desse contexto de enquadramento, a sua possibilidade de transacionar com os demais remédios constitucionais nele inscritos. O texto constitucional desde sua promulgação já previra a figura do mandado de segurança coletivo, bem como a absorção da já existente ação popular (arts. 5º, LXX e LXXIII, respectivamente), previsões estas

²⁰ LIMA, Débora Nachmanowicz de. Seletividade penal, encarceramento em massa e a decisão pela prisão domiciliar de mães & grávidas. In *Pela Liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças*. São Paulo: Instituto Alana, 2019. p. 70.

²¹ ANTUNES, Felipe Pedrosa. *Habeas Corpus Coletivo: uma análise a partir da teoria estruturante do direito*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2017.

²² Os autores falam da capacidade de adaptação do *habeas corpus*, que apresenta um histórico de se ajustar às demandas da época. Como exemplo Chequer menciona a ampliação do âmbito de utilização desse instrumento no início da República para fazer frente a coações de direito que iam além da liberdade de locomoção, uma vez que ainda não existiam outros remédios como o mandado de segurança. Surgiu, nessa época, a chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, cuja tradição de ampliação da medida segue influenciando a literatura acadêmica e contribui para a construção do HC coletivo.

²³ SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Parecer. UERJ Direitos. Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da UERJ, 2015. p. 1-28.

associadas aos perfis individuais e coletivos dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assim delineados²⁴. Além disso, a possibilidade reconhecida pelas cortes do mandado de injunção coletivo mesmo antes da previsão legal explícita traz a ideia de que a legitimidade da dimensão coletiva pode ser reconhecida jurisprudencialmente se assim for necessário. Considerando as esferas em que ambos os instrumentos estão, é reconhecível que o HC apresenta ainda mais necessidade de tal interpretação, dada a fundamentalidade dos direitos que tutela²⁵.

Logo, a figura do HC coletivo apresenta, conforme exposto, uma fundamentação teórico-jurídico, legal e jurisprudencial, na medida em que seus respaldos já são encontrados no próprio quadro jurídico brasileiro - apresentando-se como uma inferência constitucional no âmbito das tutelas coletivas - e na própria realidade das violações coletivas a direitos fundamentais por meio do encarceramento, que exige instrumentos de tutela compatíveis com a dimensão da violação. Entendendo-se, pois, a dimensão coletiva da ação e dos direitos tutelados, faz-se necessário refletir sobre os efeitos que a decisão do HC apresenta enquanto modalidade coletiva de coisa julgada.

Eficácia da decisão judicial em sede de HC coletivo: extensão *erga omnes*

Para realizar considerações exploratórias a respeito dos contornos das decisões em âmbito de HC coletivo, considerando a ausência de previsão legal expressa, torna-se pertinente abordar um caso concreto, em cotejo com reflexões teóricas. A decisão do HC nº 143.641 representa, nesse contexto, uma ordem de cumprimento que parametriza os critérios para a prisão domiciliar de grávidas e mães de crianças. Os elementos reputados a essa decisão serão analisados dentro de um paralelo com a teoria da coisa julgada nas ações coletivas de Zufelato.²⁶

A extensão *erga omnes* das decisões é, neste momento do artigo, colocada sob enfoque, em decorrência da extensão de efeitos do HC em análise. A despeito de se tratar de demanda envolvendo a tutela de direitos individuais homogêneos na qual houve a apresentação nominal das mulheres colacionadas ao feito, o que poderia indicar uma vinculação e limitação da sua abrangência, a ordem concedida foi estendida de ofício a todas as mulheres que se enquadrassem na situação fática descrita, devendo ser cumprida por todas as instâncias do Poder Judiciário.²⁷

Essa projeção dos efeitos da decisão, segundo a Conamp, requerente da ADPF 758, vem sendo também adotada por HC's que sucederam ao HC nº 143.641, o que é alvo de crítica por parte da Associação, que afirma a dificuldade dos juízos de primeiro grau de cumprirem as decisões diante da ausência de identificação dos casos alcançados, gerando insegurança jurídica. A alegação suscita o debate sobre os efeitos *erga omnes* em conexão

²⁴ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁵ SARMENTO; BORGES; GOMES *Op cit*.

²⁶ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: A tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

com o que, dentro do microsistema coletivo, é reputado à discussão sobre a coisa julgada coletiva, de modo a demonstrar que a extensão de efeitos em questão é consequência natural do caráter coletivo do direito discutido e, portanto, da própria decisão que tutela esse direito.

Os direitos coletivos e difusos, devido à sua natureza indivisível, apresentam coisa julgada coletiva com efeitos absolutos: ou a coletividade abrangida é afetada pela decisão ou não o é. Já os direitos individuais homogêneos definem, em decorrência da sua natureza individual e tratamento processual coletivo, uma coisa julgada que poderá apresentar efeitos não unitários, mas sim partilhados entre os sujeitos que demonstram interesse nos efeitos da decisão. É nesse contexto que se distingue a “formação *secundum eventum*” da decisão e sua imutabilidade - no caso dos direitos coletivos e difusos - e a “extensão *secundum eventum*” do contexto coletivo para o individual - para os direitos individuais homogêneos.²⁸ A extensão *secundum eventum* pode ser identificada em elementos da decisão do HC 143.641 devido à natureza dos direitos em pauta, com a concessão da ordem sendo aplicada aos casos concretos a partir de suas especificidades, podendo haver, por exemplo, determinação de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de forma concomitante à prisão domiciliar.

Há, nesse caso, uma transposição *in utilibus* da sentença coletiva para os casos individuais, permitindo adequações a partir da análise do caso concreto. Os efeitos da decisão coletiva, nesse sentido, não se restringem às partes que integram formalmente a demanda coletiva. Em uma ação individual, a identificação da ação ocorre pela tríade partes (elemento subjetivo), causa de pedir e pedido (elementos objetivos). No entanto, na demanda coletiva, bastam os elementos objetivos para caracterizar a ação, formando seu objeto, sobre o qual recairá a imutabilidade da decisão, de forma que seus efeitos serão delineados em uma lógica de “subordinação dos limites subjetivos aos limites objetivos”.²⁹

Em um primeiro momento, não se faz necessário identificar os sujeitos beneficiários da decisão, apenas o grupo, a coletividade. Para se referir aos direitos defendidos de forma coletiva, Mancuso faz uso da expressão “direitos dessubstantivados”, sendo que, no caso dos direitos individuais homogêneos, sua identificação será importante posteriormente, no momento da liquidação e execução da decisão. Como já visto, a possibilidade de identificar as beneficiárias do HC nº 143.641 no decorrer da tramitação ou ao final do processo foi justamente um dos argumentos apresentados a favor do reconhecimento do instrumento em sua modalidade coletiva. A imutabilidade da decisão afeta todos aqueles que estejam sob determinada condição jurídica ou fática, sendo dispensável uma definição exata quanto a serem partes ou terceiros, a qual integra a noção individualista entre o sujeito e o direito material.³⁰

²⁸ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216-217.

²⁹ *Ibidem*, p. 222.

³⁰ *Ibidem*.

Nesse sentido, Grinover³¹ afirma ser indispensável para a serventia do tratamento coletivo de bens e interesses a qualidade de imutabilidade da decisão, projetando-se em relação a todos os indivíduos que podem ser beneficiados por ela (ou seja, aqueles submetidos à mesma situação jurídica deduzida em juízo, que compõe, como explica Zufelato³², o objeto litigioso processual). Quanto à dimensão dos efeitos *erga omnes* da decisão, pode ser identificada no voto do relator:

O fato de que a ordem, acaso concedida, venha a ser estendida a todas aquelas que se encontram em idêntica situação, não traz nenhum acento de excepcionalidade ao desfecho do julgamento do presente *habeas corpus*, eis que tal providência constitui uma das consequências normais do instrumento.³³

Para além dessas considerações, é possível observar que existe uma forte carga de efetividade nas ações coletivas devido à conjunção entre os efeitos *inter alios*³⁴ da decisão resultante e a natureza/função dos direitos coletivos, de essência solidarista, na sociedade contemporânea. Houve uma evolução na noção de efetividade do processo, cuja expansão e compromisso atual com a realização de direitos sociais e políticos refletem na busca pela concretização de objetivos capazes de ultrapassar os direitos das partes. Deste modo, o grau de efetividade de um processo se relaciona, atualmente, à tutela do direito material subjacente ao conflito envolvido no processo, mas também à repercussão social resultante da atividade jurisdicional para a situação fática em análise, o que será alvo de reflexões no próximo tópico.³⁵

A partir disso, conclui-se pelo potencial de efetividade máxima das ações que defendem interesses coletivos/transindividuais, visto que tais interesses apresentam forte dimensão social. Assim, a decisão de mérito, nesses casos, além de beneficiar um número extenso de sujeitos, atinge a qualidade do provimento jurisdicional, sendo a autoridade a ela conferida em sede de interesses socialmente relevantes, que vincula a todos, a chave para a efetividade do processo que tenha como objeto a defesa de direitos coletivos.³⁶ No caso do HC nº 143.641, o potencial de efetividade da decisão se torna ainda maior por ter sido proferida pelo STF, cuja autoridade possui hierarquia máxima, devendo, ao menos em tese, ser cumprida por todas as demais jurisdições, além de trazer maior visibilidade para as questões discutidas no decorrer do processo.

Outros efeitos esperados para as ações coletivas são a economia de ações e a garantia de um tratamento jurídico igualitário aos indivíduos que possuam situações

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A coisa julgada perante a Constituição, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

³² ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus nº 143.641*. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 07 jan. 2020. p.19.

³⁴ Entre as partes do processo.

³⁵ ZUFELATO. *Op cit.*

³⁶ *Ibidem*.

jurídicas análogas, o que se efetiva a partir do efeito *erga omnes* da decisão e com a operacionalização da interação da mesma com as demandas individuais correlatas à ação coletiva.³⁷ No caso do HC em estudo, o relator buscou garantir às mulheres que figuram como pacientes da ação o mesmo tratamento, evitando a realidade denunciada na petição inicial de que aproximadamente metade delas possuíam seus pedidos de prisão domiciliar negados pelo sistema de justiça.³⁸

Assim como nas ações coletivas de natureza civil, nas quais, conforme elucida Zufelato, existe um procedimento bifásico quando se trata da defesa de direitos individuais homogêneos, no HC nº 143.641, a efetividade da ação também demandou duas fases: uma primeira fase na qual se estabeleceu uma decisão genérica e uma segunda fase destinada à execução dessa decisão, incluindo a impetração de HC's individuais pelas pacientes, a despeito de o relator ter recomendado o cumprimento de ofício da ordem pelas demais instâncias (o que favorece a economia/celeridade processual).³⁹ Diante disso, a identificação dos efeitos da decisão e suas potencialidades deslocam os olhares para sua efetiva aplicação e alinhamento com a imutabilidade dela decorrente, assim como para os efeitos sociais provenientes dela.

Potencialidades coletivas do HC coletivo com base em uma visão ampla do direito: um olhar a partir do HC nº 143.641

Nos tópicos anteriores abordou-se o modo como o HC nº 143.641 representa um marco para a admissão do HC Coletivo e para reflexões a respeito da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos em âmbito de encarceramento e condições carcerárias. A partir disso, o objetivo do presente tópico consiste em explorar o legado jurídico dessa decisão, utilizada como parâmetro para pensar a figura do HC coletivo, de modo a tecer considerações acerca das potencialidades e impactos da medida para a mobilização do direito⁴⁰ por diferentes movimentos sociais, sobretudo aqueles voltados à população privada de liberdade.

Dados divulgados após a concessão da ordem indicam que a autoridade da decisão do STF não tem sido respeitada, como os tabulados pela Secretaria Estadual da Administração Penitenciária (SAP), a pedido da GloboNews.⁴¹ Os dados em questão indicam que, após a decisão do HC nº 143.641, haviam sido julgados 3.957 pedidos de

³⁷ ZUFELATO, Camilo. *Op. cit.*

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus nº 143.641*. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Frago e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 07 jan. 2020.

³⁹ ZUFELATO. *Op. cit.*

⁴⁰ Entendida por Fanti como a utilização por indivíduos e atores coletivos de normas, discursos ou símbolos jurídicos com o objetivo de exercer influência sobre políticas públicas ou comportamentos

⁴¹ ARCOVERDE, Léo; TEIXEIRA, Milena; PAULO, Paula Paiva. Justiça de São Paulo nega 60% dos pedidos de prisão domiciliar para mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos. *G1 SP*, São Paulo, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/06/justica-de-sp-nega-60percent-dos-pedidos-de-prisao-domiciliar-para-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-de-ate-12-anos.ghtml>. Acesso em 15 fev. 2021.

prisão domiciliar de mulheres grávidas ou com filhos menores de 12 anos até 30 de janeiro de 2020, sendo 60,4% (2.390 casos) negados pela Justiça de São Paulo. A reportagem expôs que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) foi procurado e afirmou que, à época da decisão, acompanhou os números de decisões relacionadas às mulheres que já estavam presas naquele momento e poderiam ter direito ao benefício.

O órgão acrescentou, no entanto, que, de acordo com o previsto no próprio HC, no caso das mulheres que foram presas após a decisão, a prisão domiciliar passou a ser apreciada pelos juízes nas próprias audiências de custódia, com participação e fiscalização do Ministério Público, assim como da Defensoria Pública ou de advogado constituído. O Tribunal concluiu, assim, pela inexistência de um controle central destes casos, considerando a natureza difusa da apreciação. Quanto ao percentual de negativas nos pedidos das mulheres, o TJ/SP não emitiu nota e destacou ser garantia dos magistrados a autonomia e a independência quanto às decisões dos processos, a partir dos documentos juntados aos autos, sendo que, em caso de discordância das partes, fica assegurada a possibilidade de recorrer em segunda instância.

Já com relação à atuação do referido tribunal em segunda instância, com base em uma análise qualitativa, Ravagnani; Ito; Neves⁴² examinaram acórdãos que decidiram pedidos de prisão domiciliar, negados em 85% dos casos. Os autores concluíram pela relutância da magistratura paulista quanto à concessão da prisão domiciliar para mães ou gestantes em situação de cárcere. A partir dos resultados de sua análise empírica, apontaram que os desembargadores se utilizaram da abertura conferida pela exceção genérica que facultou aos julgadores indeferirem o pedido em situações excepcionálíssimas para tornar regra o indeferimento do pedido e não sua concessão, como foi determinado.

Entre as justificativas encontradas para a negativa do pedido, consideraram serem válidas apenas a de crime praticado mediante violência/grave ameaça ou contra os descendentes. Entre as demais justificativas estão: a não comprovação da imprescindibilidade da presença materna; o resguardo à ordem pública; a reincidência específica; o crime praticado na presença do filho (dentro da residência da presa); a maternidade não poder ser usada como fundamento para a concessão da prisão domiciliar; a não comprovação de que o estabelecimento prisional não possuía estrutura e tratamento; garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, além do não comparecimento a ato processual⁴³.

⁴² RAVAGNANI, Christopher Abreu; ITO, Josielly Lima; NEVES, Bruno Humberto. Maternidade e prisão: pesquisa empírica no TJSP após o HC coletivo nº 143.641 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. [S.l.], v. 7, n. 2, 2019, p. 129-145.

⁴³ Os autores analisaram que, apesar da existência prévia de bases a serem aplicadas pelos julgadores em benefício das gestantes e mulheres com filhos de até 12 - a exemplo das Regras de Bangkok, o Estatuto da Primeira Infância, o Pacto de São José da Costa Rica, o artigo 318 do CPP e a própria CRFB/88, na qual recebe destaque a defesa da dignidade humana -, a impetração de um recurso coletivo foi necessária diante da inefetividade/inaplicabilidade dessas normas e, no mesmo sentido, entenderam que, apesar da decisão do STF nesse recurso coletivo, as violações aos direitos fundamentais das presas e, por consequência, dos seus filhos continuam práticas rotineiras.

No mesmo sentido, outras pesquisas qualitativas como a de Tabuchi⁴⁴ e a de Rudncki; Silva; Veeck⁴⁵, voltadas respectivamente ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e ao Tribunal de Justiça do Paraná (TJPA), também identificaram o descumprimento majoritário da ordem concedida, pontuando, de igual modo, a recorrência da utilização da situação de hipótese excepcionalíssima para negar o pedido. Em ambos os estudos apareceu como central a questão do tráfico de drogas, presente na maior parte dos HC's analisados, sendo a menção à gravidade do crime, entre outros aspectos a ele relacionados, decisivos para a negativa dos pedidos.

A despeito dos resultados de diferentes pesquisas indicarem uma resistência no cumprimento da ordem concedida, adotando o Direito como “conjunto de sentidos que medeia as relações e práticas sociais e é construído por meio delas”⁴⁶, é possível inferir que os impactos das decisões judiciais vão além de seus efeitos imediatos. Nesse sentido, McCann pontua a existência de duas dimensões da mobilização do Direito: uma instrumental, relacionada ao alcance de determinadas demandas⁴⁷, e outra simbólica, voltada ao âmbito cultural do Direito e o modo como, para além dos aspectos formais, ele exerce uma troca de valores com a sociedade.⁴⁸

A partir dessa análise, é possível tecer considerações mais complexas acerca do Direito, das decisões judiciais e da forma como impactam os indivíduos diretamente afetados por elas, os movimentos sociais e a sociedade como um todo. Entre os efeitos potenciais de decisões judiciais elencados pelo autor estão a legitimação das demandas de determinados grupos e a conscientização de seus direitos, podendo influenciar a forma como se organizam e constroem suas agendas de luta. Da mesma forma, podem servir para promover discussões, abrindo um novo espaço para os movimentos sociais, além de trazer ênfase para omissões estatais, sendo um mecanismo de pressão política.

Dessa forma, apesar da importância de acompanhar as conquistas e obstáculos mais diretos da ordem concedida pelo HC nº 143.641, uma análise mais ampla permite observar as diversas facetas de seu legado jurídico. A legitimação do direito das pacientes incentivou o acompanhamento da ordem concedida por diferentes grupos, que elaboraram petições destinadas ao STF com o objetivo de denunciar seu descumprimento. Apesar de contar com órgãos oficiais como o DEPEN, as petições foram elaboradas em grande parte por membros da sociedade civil como o CADHu, resultando em uma nova decisão do STF, no mesmo HC, em outubro de 2018, com novos esclarecimentos a respeito

⁴⁴ TABUCHI, Mariana Garcia. Maternidade e Cárcere: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná frente a Lei 13.769/2018. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. [S.l.], v. 8, n. 1, p. 155-174, 2020.

⁴⁵ RUDNCKI, Dani; SILVA Joana Coelho da; VEECK Matheus Oliveira. O HC143.641/STF e a Prisão Domiciliar de Mães no Rio Grande do Sul. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. [S.l.], n. 5, 2020. p.529.

⁴⁶ FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico. *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV. [S.l.], v. 1, p. 241-274, 2017. p. 10-11.

⁴⁷ Nesse sentido, mesmo quando o pedido é negado, pode contribuir para iniciar uma discussão em torno da demanda requerida, dando encaminhamento para as lutas de diferentes grupos.

⁴⁸ Apud FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico. *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV. [S.l.], v. 1, p. 241-274, 2017.

da ordem concedida, como o fato de a acusação pelo crime de tráfico de drogas não representar hipótese excepcionalíssima passível de afastar a prisão domiciliar⁴⁹.

Os impactos da decisão podem ser observados também em âmbito legislativo, tendo em vista que as diretrizes da decisão foram incorporadas ao artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP) por meio da lei 13.769, de dezembro de 2018⁵⁰. Os efeitos mencionados demonstram que a decisão favoreceu a organização de grupos voltados aos direitos das mulheres e de seus familiares, que acompanharam o cumprimento da decisão, demonstrando uma atuação de longo prazo, assim como serviu para exercer pressão política em prol de uma alteração legislativa. Os temas discutidos na decisão trouxeram à tona diversas omissões estatais e violações sistemáticas aos direitos da população privada e liberdade, principalmente das mulheres.

Ao levantar a questão do desamparo daqueles que dependem dos cuidados das pacientes para as quais foi requerida a prisão domiciliar, o HC incitou novas discussões, como a necessidade de romper com a divisão sexual do trabalho, reconhecendo que não apenas as mães são responsáveis pelo cuidado de seus filhos. Nesse sentido, em outubro de 2020, o STF ampliou seu entendimento ao julgar o HC 165.704, voltado a todas as pessoas em situação de prisão e que têm sob sua única responsabilidade deficientes e crianças. Ao alargar a hipótese de concessão de prisão domiciliar para além das mães, a decisão cumpre também um importante papel considerando o contexto de crise sanitária no qual está inserida.⁵¹

As péssimas condições de higiene e saúde encontradas no cárcere brasileiro, agravadas pelo quadro geral de superlotação, tornaram as pessoas privadas de liberdade um grupo especialmente vulnerável durante a pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19), considerando seu elevado grau de transmissibilidade. Diante do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação 62, atualizada algumas vezes, sugerindo medidas de desencarceramento a serem efetivadas pelos magistrados de todo o país.⁵²

O reconhecimento unânime da admissibilidade do HC coletivo, assim como a concessão de uma medida que confronta a política de encarceramento, fazem com que o HC nº 143.641, enquanto precedente, tenha favorecido a impetração de novos HC's coletivos diante da crise sanitária, como o HC 188.820⁵³, que apresenta como pacientes todas as pessoas pertencentes ao grupo de risco da pandemia e que não respondem por

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-Corpus nº 143.641*. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Frago e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 24 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>. Acesso em 8 jan. 2019.

⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal [...]). Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em 15 jul. 2021.

⁵¹ VIEIRA, Regina Stela Corrêa; TRAMONTINA, Robison; ANGOTTI, Bruna. Cuidado e direitos fundamentais: o caso do *habeas corpus* coletivo para pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. *Espaço Jurídico: Journal of Law*. [S.l.], v. 21, n. 2, p. 563-576, 2020.

⁵² VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da Covid-19. *Direito Público*. [S.l.], v. 17, n. 94, 2020.

⁵³ No qual o HC nº 143.641 é citado como precedente para afirmar a possibilidade de impetração do HC coletivo.

crimes envolvendo violência ou grave ameaça. O pedido de liminar requisitando a concessão de prisão domiciliar para o grupo foi parcialmente aceito, em decisão confirmada pela 2ª Turma do STF em março de 2021.⁵⁴

Diante do exposto, apesar de, conforme abordado no início do artigo, o HC coletivo ser uma medida ainda em processo de sedimentação, com questões em aberto e obstáculos para o cumprimento de suas decisões, já é possível elencar impactos positivos provenientes de sua construção. Nesse sentido, destaca-se a existência de efeitos imediatos e de outros mais complexos, sendo necessário, para que se possa aprimorar a medida, a construção de novas pesquisas, teóricas e empíricas, capazes de seguir acompanhando a construção desse instrumento.

Considerações finais

O artigo teve como objetivo analisar o possível enquadramento do instrumento processual do HC enquanto ação coletiva, assim como seus contornos decisórios e potencialidades dos efeitos a partir de uma concepção ampla do direito e da preocupação com os desdobramentos sociais das decisões. Nesse sentido, alguns elementos e fundamentos foram analisados e articulados, uma vez que a admissão do HC na modalidade coletiva ainda se encontra em sedimentação nos tribunais nacionais, bem como apresenta pouca produção a respeito de suas possibilidades e efeitos. A análise foi feita em grande parte a partir do HC nº 143.641, que representou verdadeiro paradigma jurisprudencial sobre o tema e trouxe para este texto elementos fáticos de análise que puderam ser compreendidos à luz das regras da tutela coletiva.

Foi possível identificar, por diversos fatores, que a modalidade coletiva do HC é possível dentro do quadro legal brasileiro e alça relevância quando refletido dentro da lógica de desigualdades que permeiam as violações dos direitos por ele tutelados. Com relação à decisão coletiva proveniente da medida, a caracterização de seus efeitos *erga omnes*, capazes de ultrapassar as partes que compõem formalmente o processo, assim como o caráter bifásico das decisões envolvendo direitos individuais homogêneos, contribuem para pensar um ponto chave do processamento do HC coletivo: a individualização dos pacientes, que, conforme abordado, pode ocorrer ao longo do processo ou na fase de execução, na qual se mostra efetivamente necessária.

Com relação aos efeitos das decisões, observou-se a importância de analisá-los em sua complexidade, que vai além da aplicação imediata da decisão, considerando efeitos indiretos que afetam a mobilização do direito. No caso do HC nº 143.641, ressaltou-se, por um lado, indícios do descumprimento majoritário da ordem concedida pelo STF e, por outro, a forma como os efeitos simbólicos da decisão serviram para incentivar a organização de grupos cuja atuação não se limitou à decisão proferida, além de incentivar novas discussões e alterações legais, consistindo em um precedente importante para

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 188. 820*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF. Data de julgamento da liminar: 17 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>. Acesso em 15 jan. 2021.

novos HC's coletivos, que, inclusive, tornaram-se um instrumento em prol de medidas desencarceradoras durante a pandemia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: A tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ARCOVERDE, Léo; TEIXEIRA, Milena; PAULO, Paula Paiva. *Justiça de São Paulo nega 60% dos pedidos de prisão domiciliar para mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos*. G1 SP, São Paulo, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/02/06/justica-de-sp-nega-60percent-dos-pedidos-de-prisao-domiciliar-para-mulheres-gravidas-ou-com-filhos-de-ate-12-anos.ghtml>. Acesso em 15 fev. 2020.

ANTUNES, Felipe Pedrosa. *Habeas Corpus Coletivo: uma análise a partir da teoria estruturante do direito*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

BRASIL. *Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (*Código de Processo Penal* [...]). Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm. Acesso em 15 jul. 2021

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus n. 143.641*. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 07 de jan. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Hábeas-Corpus n. 143.641*. Impetrante: Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF. Data de julgamento: 24 out. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-concede-hc-coletivo.pdf>. Acesso em 8 jan. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 188.820*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF. Data de julgamento da liminar: 17 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>. Acesso em 15 jan. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 758*. Impetrante: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF. Data de julgamento: 03 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345219706&ext=.pdf>. Acesso em 09 dez. 2020.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. *Habeas Corpus Coletivo: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova summa divisio constitucionalizada direitos individuais e coletivos*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Itaúna, Itaúna, 2014.

FANTI, Fabiola. *Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico*. Sociologia Política das Instituições Judiciais. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, v. 1, p. 241-274, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A coisa julgada perante a Constituição, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LIMA, Débora Nachmanowicz de. Seletividade penal, encarceramento em massa e a decisão pela prisão domiciliar de mães & grávidas. In: *Pela Liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças*. São Paulo: Instituto Alana, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; ITO, Josielly Lima; NEVES, Bruno Humberto. Maternidade e prisão: pesquisa empírica no TJSP após o HC coletivo 143.641 do STF. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal. [S.l.], v. 7, n. 2, 2019, p. 129-145.

RUDNCKI, Dani; SILVA Joana Coelho da; VEECK Matheus Oliveira. O HC143.641/STF e a Prisão Domiciliar de Mães no Rio Grande do Sul. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. [S.l.], n. 5, 2020.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. *O cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Parecer. UERJ Direitos. Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da UERJ, 2015.

TABUCHI, Mariana Garcia. Maternidade e Cárcere: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Paraná frente a Lei 13.769/2018. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. [S.l.], v. 8, n. 1, p. 155-174, 2020.

VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. O Direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da Covid-19. *Direito Público*. [S.l.], v. 17, n. 94, 2020.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa; TRAMONTINA, Robison; ANGOTTI, Bruna. Cuidado e direitos fundamentais: o caso do habeas corpus coletivo para pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência. *Espaço Jurídico: Journal of Law*. [S.l.], v. 21, n. 2, p. 563-576, 2020.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. Salvador: Juspodivm, 2010.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Data de Recebimento: 20/10/2021.

Data de Aprovação: 25/01/2022.

O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NAS TEORIAS CONSTITUCIONAIS DE MATRIZ SISTÊMICA¹

THE ROLE OF CONSTITUTION IN THE CONSTITUTIONAL THEORIES OF SYSTEMIC MATRIX

Matheus Figueiredo Nunes de Souza*
Fernando Tonet**

RESUMO

O presente artigo aborda o papel da Constituição nas teorias da interconstitucionalidade, do constitucionalismo social e do constitucionalismo periférico. O objetivo é identificar as principais teorias da constituição de matriz sistêmica na atualidade e, por conseguinte, descrever o papel da Constituição para o sistema jurídico, em cada uma delas. Pretende-se aqui responder a seguinte questão: como é possível descrever a Constituição como fenômeno sociológico na sociedade mundial? O método científico utilizado foi o funcionalista. As técnicas de pesquisa empregadas foram a revisão de literatura, material documental e categorias e conceitos operacionais. O principal resultado observado é a possibilidade de condensação dos principais elementos das teorias constitucionais sistêmicas e a função exercida pela Constituição dentro do sistema jurídico, a partir de cada uma dessas descrições.

Palavras-chave: Constitucionalismo social; interconstitucionalidade; Marcelo Neves; teoria da constituição; teoria dos sistemas.

ABSTRACT

This article addresses the role of the Constitution in the theories of interconstitutionality, social constitutionalism and peripheral constitutionalism. The objective is to identify the main theories of constitution of systemic matrix today and, therefore, describe the role of the Constitution for the legal system, in each of them. The intention here is to answer the following question: how is it possible to describe the Constitution as a sociological phenomenon in world society? The scientific method used was the functionalist. The research techniques used were literature review, documental material and operational categories and concepts. The main result observed is the possibility of condensing the main elements of systemic constitutional theories and the role played by the Constitution within the legal system, based on each of these descriptions.

¹ O presente artigo é baseado na dissertação “Os efeitos heteronomizantes da insuficiência de diferenciação funcional na sustentabilidade ambiental: uma interpretação do caso brasileiro”, Faculdade Meridional – IMED, 2019, 185 p. Este trabalho é resultado de pesquisa realizada com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

*Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, com bolsa de estudos modalidade Isenção Integral. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável (MACKENZIE/SP). Professor e Coordenador do Curso de Direito da UNIDEAU - Getúlio Vargas. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2439297883147393>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8985-2637>. E-mail: matheus.nunes13@gmail.com.

**Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com estágio pós-doutoral pela UNISINOS e UNIJUI. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0661346004702683>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6577-7476>. E-mail: fernando.tonet@hotmail.com.

Keywords: Interconstitutionality; Marcelo Neves; social constitutionalism; systems theory; theory of constitution.

INTRODUÇÃO

A Constituição do Estado moderno deve ser compreendida a partir de uma perspectiva evolutiva. Essa mudança estrutural acontece a partir do princípio de organização interna dos processos comunicativos da sociedade: deixa-se uma segmentação estruturada hierarquicamente, onde o sistema político representava a própria sociedade (como *societas civilis*); e se passa a uma diferenciação funcional, que organiza a sociedade em subsistemas autônomos, que cumprem funções determinadas na busca de resolução de problemas sociais específicos.

À medida que Política e Direito são constituídos com elementos, operações e processos próprios, há uma necessidade de regulação das relações entre esses sistemas. Essa é a função primária da Constituição: servir como uma estrutura de interpenetração (acoplamento estrutural) entre a complexidade de ambos os sistemas, procurando oferecer uma resposta jurídica para os problemas da referencialidade política e uma resposta política para os problemas da referencialidade jurídica.

Desde Hobbes, o problema fundamental da política a qual se depara é o problema da violência e a legitimação do poder – ou seja, como legitimar e justificar uma situação em que algum (ou alguns) exerce(m) poder sobre outros? Não é possível oferecer uma resposta axiomática, pois o problema (da autolegitimação) não pode ser resolvido sem uma externalização. É preciso recorrer a semântica do constitucionalismo e/ou da soberania popular².

A Constituição moderna passa a estabelecer a disjunção legal/ilegal como secundária para o sistema político, fazendo com que seja considerado legítimo apenas aquele poder que segue a observância dos procedimentos constitucionais. Na Política moderna, a esfera jurídica tem uma função neutralizadora, principalmente a partir da divisão de poderes, que permite o Judiciário controlar e limitar o poder político. Dessa maneira, quem governa politicamente, não está mais ancorado nas proeminências, no apoio do clero e da nobreza ou no poder militar. Essa forma de operacionalização fez com que a política se democratizasse, colocando o poder em “circulação” entre quem o detém e quem faz uma oposição legítima³.

Não menos importante, os direitos fundamentais são como uma “religião civil”, de maneira que os valores contidos nesses direitos são a própria forma de legitimação da constituição. Assim como o controle e a divisão de poderes servem ao estabelecimento

² LUHMANN, Niklas. *Der Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000a.

³ LUHMANN, Niklas. Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems. *Der Staat* 12. [S.l.], p. 165-185, 1973.

das fronteiras internas, enquanto os direitos fundamentais servem à perspectiva externa, cumprindo o papel basilar na proteção da diferenciação funcional⁴.

Por outro lado, a Constituição também atua em uma perspectiva jurídica, face o problema da (in)decidibilidade. Na tradição, esse problema era resolvido a partir da distinção entre direito natural e direito positivo, onde o primeiro estabelecia princípios imutáveis que deveriam ser observados pelo segundo.

No entanto, a partir dos contextos revolucionários do final do século XVIII, as bases que haviam sido postuladas pelo jusnaturalismo são destronadas, substituindo o direito natural em sua visão cosmológica ou o direito racional no seu viés transcendental. A antiga intangibilidade do direito passa a ser substituída pela lei constitucional – ou seja, expulsa-se toda justificação externa (Deus, Natureza, Razão...) e a fundamentação da juridicidade passa a ser na própria ordem constitucional⁵.

Em um movimento de duplicação do código binário direito/não-direito, o sistema jurídico desenvolve uma codificação adicional, constitucional/inconstitucional, para a criação de um segundo nível de normas para tratar de colisões e dos limites de alterabilidade da própria Constituição. Ou seja, a Constituição atua como um mecanismo reflexivo, contendo-se em si mesma, quando estabelece regras para suas próprias emendas e as formas e critérios para o exercício da jurisdição constitucional⁶.

Com isso, é possível verificar que as Constituições modernas e o Estado de Direito que começa a se estabelecer a partir dos contextos revolucionários do século XVIII, não podem ser observados como objetos prontos e acabados. Trata-se, antes, de um processo evolutivo, de atualização constante, de (re)planejamento por meio de interpretações e mutações próprias que contribuíram para as inovações semânticas e conceituais.

Diante do exposto, a presente pesquisa se justifica pela ampliação de pesquisas anteriores dos autores. Visa-se preencher uma lacuna na produção científica aprofundada que apresente à comunidade científica, especialmente do direito, as teorias basilares da Constituição que tomam como base a teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann. A originalidade e relevância da pesquisa se expressam através da alta concentração de carga teórica e objetividade para a apresentação dos principais pressupostos técnicos que ajudam na compreensão da função da Constituição na sociedade mundial, a partir de um desdobramento histórico, material e teórico.

O objetivo é identificar as principais teorias constitucionais de matriz sistêmica na atualidade e descrever o papel da Constituição, em cada uma delas, para o sistema jurídico. O problema de pesquisa que moveu esse texto é o seguinte: como é possível descrever a constituição como fenômeno sociológico na sociedade mundial?

Para cumprir com o proposto, o método científico utilizado foi o funcionalista, associado à teoria dos sistemas. Esta análise descreve a relação entre os problemas e suas

⁴ LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. In: *Rechtshistorisches Journal*. [S.l.], v. IX, 1990, p. 176-220.

⁶ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

possíveis soluções: trata-se de um esquema de confrontação entre várias soluções a problemas, soluções que aparecem como intercambiáveis enquanto são equivalentes à mesma função. Consiste em levar em consideração as soluções funcionais equivalentes em relação ao problema em questão⁷. Houve a aplicação da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como teoria de base, desenvolvendo-se uma pesquisa qualitativa, essencialmente teórica e descritiva. Os procedimentos instrumentais (técnicas de pesquisa) utilizados foram a revisão de literatura, selecionada, respectivamente, pelos critérios de relevância, acessibilidade e atualidade; material documental; e categorias e conceitos operacionais.

A investigação se dividiu em três partes. Iniciando, apresenta-se a teoria da interconstitucionalidade, situando brevemente o leitor no debate de superação do paradigma dirigente anteriormente elaborado por Canotilho, identificando, então, as características que filiam essa vertente à matriz sistêmica, apontando, assim, os elementos que caracterizam a interconstitucionalidade (I). Em segundo, explora-se as constituições civis e o constitucionalismo societário de Gunther Teubner, descrevendo a ideia de fragmentação social e hibridização como o ponto em que se afasta das postulações tradicionais do corifeu da autopoiese, elencando, por fim, as bases do constitucionalismo societário para um contexto de globalização (II). Por último, tem-se a concepção de Constituição como subsistema do sistema jurídico. Aqui há uma contraposição inicial entre a concepção de direito e Constituição formulada por Niklas Luhmann e uma releitura proposta por Marcelo Neves, haja vista que as normas constitucionais também são expectativa de comportamento estabilizadas contrafactivamente. Essa releitura passa pelo entendimento de que se está diante, na verdade, de um mecanismo reflexivo do direito que tem três prestações: uma para a positividade do Direito; outra para a função social do direito constitucional; e a terceira para o sistema político (III).

Constituição e interconstitucionalidade (J. J. Gomes Canotilho)

Ao contrário do pensamento que havia exposto em seu escrito “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, onde expressa que o dirigismo constitucional estava associado de forma direta ao Estado moderno, com leis que advinham de um único órgão, produzidas de forma centralizada, com programas constitucionais baseados em normas-tarefa e normas-fins, planejando uma ordem constitucional futura, Gomes Canotilho, influenciado pelo pensamento sistêmico, no que concerne à interorganização, reconhece a falência da Constituição dirigente⁸, tendo em vista que esta não teria

⁷ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 86.

⁸ “O texto constitucional deixava de ser uma lei, para se transformar numa ‘bíblia de promessas’ [...]”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 31.

capacidade de se comunicar em um nível interconstitucional, fazendo com que o Estado se tornasse agente passivo das evoluções consequentes de um processo globalizatório⁹.

No entanto, as sociedades modernas são plurais e se organizam em termos de complexidade, radicando-se em um primado de auto-organização, gerando, por sua vez, sistemas diferenciados com códigos funcionais particulares, sendo, portanto, impensável buscar um código unitarizante de vários sistemas sociais, a fim de dirigir constitucionalmente a sociedade¹⁰.

A teoria da interconstitucionalidade busca estudar as relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias Constituições e vários poderes constituintes que se encontram em um mesmo espaço político, promovendo uma inovação na teoria da Constituição em cinco pontos. O primeiro diz respeito à existência de uma rede de constituições de estados soberanos, interligados comunicativamente de forma constante; o segundo se refere às turbulências que acontecem na organização constitucional dos Estados constitucionais, em decorrência de outras organizações políticas; o terceiro afirma uma recombinação das dimensões constitucionais clássicas por meio de sistemas organizados de estrato superior; o quarto diz respeito à articulação de uma coerência constitucional por parte do Estado em conformidade com a diversidade de constituições presentes nessa rede interconstitucional de comunicação; por último, o quinto ponto trata da necessidade de articulação de um esquema jurídico e político que seja caracterizado por determinado grau de confiança condicionada entre as diferentes Cartas Magnas que estão entrelaçadas na rede e a “Constituição” revelada pela organização política daquele estrato superior¹¹.

Os elementos da teoria da interconstitucionalidade são quatro: (1) texto da interconstitucionalidade; (2) interculturalidade; (3) interparadigmaticidade constituinte; e (4) intersemiotividade.

As questões relativas ao texto da interconstitucionalidade se dividem em outros dois pontos que devem ser compreendidos: a autodescrição e autossuficiência nas constituições nacionais e um texto interorganizativo. Para compreender a concepção de autodescrição utilizada por Gomes Canotilho, é necessário retornar aos estudos de Niklas Luhmann que concebem autodescrição como a produção de um texto, ou de suas equivalentes funcionais, com as quais a organização se identifica consigo mesma¹² - quer dizer, o texto constitucional cumpre funções de autorreferência¹³. Sobre o texto

⁹ A Constituição dirigente estava em falta com a imediatividade de atuação e concretização de normas e princípios constantes no seu texto, que tinha se proposto a fazer: ou seja, estava apenas delegando tarefas ao Estado, buscando estatizar o mundo e a vida. CANOTILHO, J. J. Gomes, 2012. *Op. cit.*, p. 113.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. p. 221.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 1425.

¹² LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 2000b. p. 331.

¹³ De forma ampla, Luhmann explica que a autorreferência é a capacidade de um sistema produzir relações consigo mesmo e então diferenciá-las das do ambiente. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos

interorganizativo, deve-se compreender a necessidade autodescritiva do estrato organizacional superior, isso quer dizer que existe uma replicação da autorreferência dos sistemas nacionais dentro da organização superior, criando um ambiente que possibilita diversas observações e descrições nacionais e supranacionais¹⁴.

Em termos sistêmicos, o que acontece é o fechamento operacional do sistema e então a aplicação da distinção sistema/ambiente dentro do próprio sistema, criando assim uma formação estrutural reflexiva. A partir disso, torna-se possível uma pluralidade de descrições e observações em diversos pontos.

O segundo elemento diz respeito à interculturalidade. Segundo explica o constitucionalista, deve-se reconhecer o papel integrador que os textos constitucionais implicam, fazendo, portanto, que exista a inserção de conteúdos comunicativos que possibilitem a estruturação de comunidades inclusivas. Dessa forma, por interculturalidade deve-se entender uma partilha de cultura, de ideias ou formas de encarar o mundo e os outros. Interconstitucionalidade e interculturalidade apontam para a ideia de uma Constituição cultural e um Estado constitucional cultural¹⁵. Assim, com a troca comunicativa existente, aconteceria uma cultura constitucional que reconduz às ideias, valores e ações de indivíduos e grupos, sendo, portanto, a interculturalidade esta partilha comunicativa, que pode possibilitar uma tendencial normatização¹⁶.

O terceiro ponto pela qual a teoria da interconstitucionalidade perpassa é a interparadigmaticidade constituinte, que se subdivide em dois pontos: paradigmas fundacionais e não-fundacionais e um poder constituinte evolutivo. O primeiro termo designa que existem diversos paradigmas de poderes constituintes, sendo sugerida a distinção entre paradigmas fundacionais e não-fundacionais. Os fundacionais dizem respeito a uma norma fundamental constituída como norma individual, referida a determinados atos constituintes, ao passo que os paradigmas não-fundacionais estabelecem uma norma geral que reclama a competência por e para todos os atos de certa natureza. Em relação à autodescrição que identifica a organização política superior, pode haver esta oscilação entre estas duas compreensões. Já por poder constituinte evolutivo devem ser compreendidos os paradigmas citados. Em uma perspectiva de um paradigma não-fundacional, o poder constituinte evolutivo não necessita identificar o ato constituinte originário, ao passo que, em um paradigma fundacional, tal identificação é indispensável para a relegitimação democrática de momentos anteriores e para desenhar os esquemas de interorganização constitucional para tempos futuros¹⁷.

Por último, quando se fala em interconstitucionalidade e intersemiotividade, é necessário compreender esta última no sentido de que não há uma dispensa de investigação e descoberta de um conjunto de regras que digam respeito à produção e à

Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016^a. p. 30. No mesmo sentido, cf. KAUFFMAN, Louis. Self-reference and recursive forms. *Journal of Social and Biological Structures* 10. [S.l.], p. 53-72, 1987. p. 53.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, 2003. *Op. cit.*, p. 1426/1427.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 134 ss.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, 2003. *Op. cit.*, p. 1427/1428.

¹⁷ *Ibid*, p. 1428/1429.

interpretação dos textos constitucionais e dos próprios discursos e práticas sociais com os quais estão relacionados. Isso significa dizer que o direito constitucional europeu não pode ser construído contra as constituições nacionais, mas que deve ser materialmente informado pelos princípios que estruturam os Estados de Direito democrático-constitucionais que compõem as estruturas políticas da União Europeia¹⁸.

Os pressupostos autopoiéticos que estão assentados na teoria da interconstitucionalidade de Gomes Canotilho dizem respeito à autodescrição de cada organização política, as quais são operativamente fechadas e cognitivamente abertas¹⁹, ou seja, as organizações políticas operam apenas dentro de suas estruturas, mas possuem a capacidade de observar o seu entorno²⁰.

Assim sendo, Estado e Constituição dirigente perdem, significativamente, seu papel de centralidade tanto política, quanto jurídica, obrigando-se a reconhecer a emergência de novos atores que também constroem a realidade político-jurídica. Os direitos fundamentais passam a ser reconhecidos a partir de sua função, de maneira que não estão mais vinculados apenas ao Estado, mas podem ser identificados em outros espaços, como, por exemplo, na proposta de uma “Constituição Europeia”. Essa perspectiva, no entanto, pode ser vista como uma tentativa de elevação da pirâmide kelseniana, com a criação de um constitucionalismo em nível comunitário.

Isso faz com que o *locus* comunicativo seja transferido da organização política Estado para uma rede construída pela interligação dos diferentes poderes constituintes que integram um mesmo espaço político.

Constituições civis e o constitucionalismo social (Gunther Teubner)

Ao passo em que a teoria da interconstitucionalidade está voltada para uma perspectiva (ainda) estatalizada, Teubner propõe que em um contexto de globalização, a sociedade mundial (*Weltgesellschaft*) passa por um processo de fragmentação, resultando em setores sociais autônomos e uma hibridização das relações, levando à construção de acoplamentos firmes entre os novos regimes, fazendo com que as normatizações de direito privado não sejam encontradas, exclusivamente, em transações de mercado.

A organização social na forma de redes²¹ aumenta exponencialmente a pluralidade de descrições (policontextualidade). Isso porque nem o Direito Público, nem o Direito

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, 2003. *Op. cit.*, p. 1429/1430.

¹⁹ TONET, Fernando; ROCHA, Leonel Severo. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, jul./dez. 2017.

²⁰ Tendo em vista que o constitucionalista português compartilha da concepção de sociedade fornecida pela teoria dos sistemas autopoiéticos, ou seja, como sociedade funcionalmente diferenciada, sem centro ou topo hierárquico, não há a possibilidade de falar em uma supra-ordenação do Estado sobre a sociedade, “nem qualquer direção política imperativamente conformadora de fins”. CANOTILHO, J. J. Gomes, 2012. *Op. cit.*, p. 160.

²¹ A concepção de rede aqui utilizada é aquela proposta por Fritjof Capra ao explicar que a primeira propriedade de qualquer rede é a não-linearidade, e, portanto, suas relações não acontecem de forma linear, haja vista que elas se estendem em todas as direções. A ideia de auto-organização está ligada a padrões de

Privado estão em condições de desenvolver estruturas jurídicas que se adequem às diversas texturas da sociedade civil. Ademais, nem a fusão entre estes consegue promover respostas satisfatórias: nem tudo se converte em vida pública (tudo é política), ao passo em que o direito privado não deve ser visto apenas por sua proximidade com a economia. O setor privado possui, além da proximidade econômica, afinidade com os diversos setores autônomos da sociedade civil, perpassando a educação, a ciência, o sistema de saúde, os meios de comunicação, entre outros. O ponto determinante é uma simultânea despolitização e deseconomização do direito privado e a produção de uma distância relativa do próprio setor privado e do setor público²².

Nesse sentido, uma proposta não reducionista estabeleceria instituições de direito privado não apenas no setor econômico, como também nos diversos âmbitos sociais, em especial naqueles pontos da sociedade onde existem produções normativas espontâneas que atuam como fonte de imposição normativas jurídicas, tais processos se distinguem de forma fundamental daqueles realizados pela regulamentação política do Estado. No direito privado os processos de construção normativa são tanto econômicos, quanto não-econômicos, institucionalizados por meio de contratos, normatizações, códigos de condutas, redes coordenadas, entre outros. Tendo em vista que há uma fragmentação do social, refletindo na autonomia social e na capacidade de autorregulamentação de um sistema social, o direito privado deve aprender com a teoria social que não está limitado ao mecanismo de mercado do sistema econômico, e necessita realizar-se nos diversos mundos de sentido social, de diversas maneiras²³.

A partir da perspectiva proposta, as novas formas de direito privado poderão ser relacionadas à intensidade do acoplamento estrutural entre serviços públicos e privados. Quer dizer, o seu aperfeiçoamento futuro vai depender do processo de privatização levar a um acoplamento firme ou fraco²⁴ dos serviços públicos com os processos que operam sob a lógica de mercado. Dessa forma, se verifica duas reações: uma é fragmentação, ou seja, a multiplicidade de âmbitos de autonomias sociais que se acoplam frouxamente a processos econômicos; ao passo que a segunda se trata de uma hibridização, que é uma reação a um acoplamento firme à economia²⁵.

redes, pois mensagens podem viajar ao longo de um caminho cíclico, gerando laços de realimentação, possibilitando a capacidade das redes de comunicação, de organizarem a si mesmas. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2006. p. 78.

²² TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 236/238.
²³ *Ibid*, p. 239/240.

²⁴ Acoplamentos fracos estão ligados à imagem de que eventos acoplados são responsivos, mas que cada evento também preserva sua própria identidade e alguma evidência de sua separação física ou lógica. WEICK, Karl E. Educational Organizations as loosely coupled systems. *Administrative Science Quarterly*. [S.l.], v. 21, n. 1, p. 1-19, March, 1976. p. 3. Já quando os componentes de um sistema são altamente interdependentes, ou seja, *linkados* a vários componentes de uma maneira dependente do tempo, é possível se falar em sistemas acoplados firmemente, pois uma alteração nos elementos influencia o todo, fazendo com que pequenas perturbações acabem por causar grandes efeitos rapidamente. PERROW, Charles. Organizing to reduce the vulnerabilities of complexity. *Journal of Contingencies and crisis management*. [S.l.], v. 7, n. 3, p. 150-155, September 1999. Ainda sobre acoplamentos firmes, cf. PERROW, Charles. *Normal Accidents: living with high risk Technologies*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

²⁵ TEUBNER, Gunther, 2005a. *Op. cit.*, p. 255.

Dito isso, a ideia de policontexturalidade em Teubner deve ser vista sob a seguinte ótica: serviços públicos privatizados têm uma dupla filiação nos setores sociais, já que integram, ao mesmo tempo, o sistema econômico e social enquanto desempenham suas funções. O direito privado deve quebrar o firme acoplamento do monopólio da economia e criar acoplamentos estruturais firmes para os demais sistemas sociais participantes – aqueles outros originários da fragmentação. As regras juridicamente vinculantes de um contrato estão baseadas em dois mecanismos de autorregulação, que possuem igualdade em eficácia: (a) uma transação econômica; e (b) um acordo produtivo no setor social, ou seja, é uma reconstrução jurídica, como um projeto produtivo em um dos muitos mundos sociais, que, cada um ao seu modo, geram expectativas normativas. Em suma, o direito privado não aceita a reconstrução econômica das relações sociais pelo seu simples valor nominal, mas as identificaria como relações genuinamente híbridas²⁶.

Uma divisão entre centro e periferia tomara lugar: enquanto tribunais ocupam o centro do direito, a periferia dos diversos regimes jurídicos autônomos é composta pela política, economia, religião, coletividades ou individualidades de sujeitos de direito, os quais estão bem nos limites do direito, estabelecem um contato muito próximo com os setores sociais autônomos. Isso é possível por causa da fragmentação da sociedade mundial, que estabelece novos cismas entre o centro jurídico, a periferia jurídica e o ambiente social do direito. Nas zonas de contato entre a periferia jurídica e os setores sociais autônomos, uma diversidade de mecanismos de produção normativa são estabelecidos, tais como os contratos padronizados, acordos de associações profissionais, códigos de conduta, consensos entre Organizações Não-Governamentais (ONG's). Quer dizer, por meio de suas normas secundárias independentes, que diferem fundamentalmente do direito estatal ou internacional,²⁷ regimes autocontidos se estabelecem como união de regras que estabelecem direitos, deveres e poderes específicos, bem como regras relacionadas com as administrações de tais regras, incluindo regras contra as violações²⁸.

O problema que o jurista alemão identifica como sendo do constitucionalismo moderno é que, desde o surgimento dos estados-nações, o constitucionalismo tem se deparado com questões não resolvidas de como a Constituição deveria governar áreas não-estatais da sociedade. Quer dizer, a economia, a ciência, a educação ou demais atividades sociais deveriam estar sujeitadas aos parâmetros normativos da constituição do Estado? Tais instituições sociais deveriam ter suas próprias constituições? O constitucionalismo social se origina não pela globalização, mas pelo processo de fragmentação do social e sua autonomização. Os “*Welfare States*” do século XX

²⁶ TEUBNER, Gunther, 2005a. *Op. cit.*, p. 259/260.

²⁷ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. [S.l.], v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004a. p. 1012/1013.

²⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission by Martti Koskenniemi, 2006. p. 81, parágrafo 152. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf. Acesso em 27 jul. 2020.

encontraram um balanceamento entre o constitucionalismo estatal, que, progressivamente, tem estendido seus princípios para as esferas sociais, e o pluralismo constitucional, no qual o Estado respeita certa autonomia das subconstituições sociais²⁹.

As bases do constitucionalismo social são três: a) uma sociedade mundial fragmentada, heterogênea, incapaz de interação coletiva unitária, sem qualquer tipo de hierarquia, que só pode se constitucionalizar em fragmentos, ou seja, em setores sociais; b) o Direito global atual não existe como unidade, mas como multiplicidade de sistemas jurídicos, cada um produzindo constitucionalizações separadamente; c) impossibilidade de se aguardar a integração das constituições parciais em uma constituição política única, mas em uma generalização de conexões entre elas³⁰.

No contexto da globalização, as transformações do constitucionalismo demonstram que vários ordenamentos constitucionais podem coexistir em um mesmo espaço jurídico e político, não há apenas um valor jurídico ou um princípio único que possa dar salvaguarda a generalidade das expectativas normativas comportamentais. Dessa forma, a concepção de constitucionalismo social, atrelado à perspectiva de policontextualidade, denota que a Constituição do Estado não consegue reger todas os espaços sociais fragmentados e autônomos, motivo pelos quais estes buscam se autoconstituir, dando origem a uma multiplicidade de constituições civis.

Assim, a Constituição da sociedade mundial não advém, exclusivamente, das instituições representativas da política internacional, nem consegue tomar espaço em uma unidade global que sobrepõe todas as áreas sociais, mas emerge da constitucionalização dos subsistemas autônomos da sociedade mundial³¹.

Constitucionalismo periférico: a constituição como subsistema do sistema jurídico (Marcelo Neves)

Em contraposição as outras teorias apresentadas, e ao próprio Luhmann, Marcelo Neves propõe uma investigação que toma como diferença-guia o contraste e o conceito de Constituição e positividade do direito fornecido pela teoria dos sistemas face a realidade e o vivenciar jurídico das sociedades periféricas regionalmente delimitadas, a fim de demonstrar que o primado da diferenciação funcional não se estabeleceu mundialmente da mesma forma, nas diferentes regiões.

²⁹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 5/6.

³⁰ TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado. In. GÓMEZ-JARA, Carlos. *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Lima: Ara, 2005b. p. 118/119.

³¹ TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: alternatives to Stated-centred Constitutional Theory? In. JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). *Constitutionalism and Transnational Governance*. Oxford: Oxford Press, p. 3-28, 2004b. p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=876941>. Acesso em: 28 jul. 2020.

Quando Luhmann define direito “[...] como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”,³² significa que ele é responsável pela estabilização de expectativas normativas por meio da regulação de suas generalizações temporais, sociais e objetivas, ou seja, o sistema jurídico permite saber quais expectativas poderão encontrar aprovação social e quais não, possibilitando que as decepções da vida cotidiana possam ser encaradas com maior serenidade³³.

No entanto, ao passo que Luhmann coloca a Constituição como uma estrutura que acopla os sistemas do direito e da política, Neves vai além e destaca a Constituição como um subsistema do sistema jurídico. Isso porque a norma constitucional é um caso peculiar de norma jurídica, e, dessa forma, também representa um tipo de expectativa de comportamento estabilizada contrafactivamente³⁴.

Assim, ao se observar o direito como um conjunto de expectativas que são institucionalizadas, que dizem como a sociedade pode esperar que os outros se comportem³⁵, não é possível compreender que a vigência das normas constitucionais decorre unicamente do procedimento constituinte e da reforma constitucional enquanto procedimento de filtragem especificamente orientado para este fim, mas como uma concretização constitucional, como pluralidade destes processos de filtragem. Isso quer dizer que a Constituição não possui apenas um aspecto estrutural, mas também operativo, onde inclui as comunicações que se fundamentam nas expectativas constitucionais vigentes e, simultaneamente, serve também de base a estas.

Nesse sentido, a Constituição enquanto subsistema do direito, levanta três questões: a primeira delas remete ao significado que a Constituição moderna tem para a positivação do direito; a segunda aborda a função social que o direito constitucional positivo deve preencher; e a terceira questão diz respeito à prestação do direito positivo às exigências dos demais sistemas sociais, especificamente, a prestação política³⁶.

O sentido da Constituição moderna para a positivação do direito

Os sistemas sociais são sistemas autorreferentes, o que significa que eles designam algo que lhes pertence ao passo em que lhe difere de outra coisa. A operação do sistema não é referenciada como a operação em si mesma – uma tautologia –, mas sim algo com a qual ela se identifica. Essa identificação pode acontecer de três formas diferentes: a autorreferência basal; a reflexividade; e a reflexão³⁷.

³² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

³³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b. p. 175.

³⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 67-68.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 70.

³⁶ NEVES, Marcelo, 2011. *Op. cit.*, p. 68.

³⁷ LUHMANN, Niklas, 2016a. *Op. cit.*, p. 502.

A “reflexão” indica uma forma específica de auto-observação que um sistema pode utilizar, caracterizada pela utilização da distinção sistema/entorno e, então, observar a unidade do sistema em seu conjunto. Quer dizer, acontece uma *re-entry* da distinção sistema/ambiente dentro do próprio sistema, levando a duas consequências: uma é a própria autopoiese do sistema e sua continuidade, ao passo que a segunda é a própria diferença, levando a uma unidade contingente com possibilidades alternativas. Isso significa que a “reflexão” faz com que o estado do sistema seja confrontado com estados diferentes, questionando as vantagens e desvantagens ao buscar a transformação do sistema da maneira mais favorável³⁸.

Na “reflexão”, a própria diferenciação entre o sistema e o mundo circundante encontra-se à base, preenchendo, assim, as características da referência sistêmica, onde a operação autorreferencial é imputada ao próprio sistema por meio da designação de que este se diferencia em relação ao seu ambiente³⁹. O que acontece aqui não é uma simples “cópia” do ambiente no interior do sistema, mas uma especulação da complexidade do mundo.

Dessa forma, a Constituição, concebida como subsistema do direito, deve ser entendida como um mecanismo reflexivo, que concede autonomia operacional e surge como fruto de uma diferenciação funcional interna do próprio direito (constitucional/infracostitucional), pois há uma necessidade de critérios internos para a aplicação jurídica concreta e para o estabelecimento de normas jurídicas gerais (esse é o papel do direito constitucional). O que acontece é que a partir da positivação do direito, o sistema jurídico passa a se autodeterminar, ou seja, não há mais uma posição vertical-hierárquica, onde, por exemplo, representações morais válidas para todos os âmbitos da sociedade ou uma ordem política soberana viessem a fundamentar o direito⁴⁰. A Constituição enquanto mecanismo de autonomia operacional significa a desnecessidade do sistema jurídico em buscar suas justificações em padrões externos.

De acordo com o pensamento sistêmico, a positividade deve ser entendida como a alterabilidade e decidibilidade do direito. Dessa forma, a existência de uma legislação não é suficiente para que se constate a positividade do direito. Apenas pode-se falar em positividade quando o próprio direito se estabelece como base do direito – quer dizer, quando a decisão se tornou base do direito⁴¹. O direito vigora pela lembrança de um ato legislativo que aconteceu em determinado período histórico, bem como pela vigência referida em uma decisão – da decisão enquanto escolha entre diversas outras possibilidades. Isso faz com que seja conferido um caráter dinâmico ao sistema do direito, no sentido de poder ser revogável e modificável⁴².

³⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. p. 137-138.

³⁹ LUHMANN, Niklas, 2016a. *Op. cit.*, p. 503.

⁴⁰ NEVES, Marcelo, 2016. *Op. cit.*, p. 69.

⁴¹ LUHMANN, Niklas, 1983. *Op. cit.*, p. 236.

⁴² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 9.

O sistema jurídico moderno, enquanto direito positivo, deve ser a (única) estrutura social que controla as comunicações jurídicas, por meio do código binário lícito/ilícito, devendo estabelecer critérios e programas para a aplicação deste código. Assim, a Constituição, enquanto mecanismo reflexivo, é responsável pela normatização de processos de produção normativa, imprescindível à positividade e autodeterminação operativa do direito⁴³. Dizer isso significa que ela é responsável por organizar o próprio sistema, estabelecendo as formas de funcionamento e regulando o processo de produção normativa, seja ela infraconstitucional, que, necessariamente, deve estar de acordo com a Constituição; ou constitucional, onde há uma autorregulação, por meio do estabelecimento de programas que possibilitam a alterabilidade do que está disposto na lei constitucional.

Portanto, a Constituição vai além de um vínculo estrutural, apresentando-se como um limite interno ao sistema jurídico, com relevante importância para a autodeterminação e autonomia operacional, o que permite o aprendizado de forma independente.

Função social do direito constitucional positivo

A função social que o direito constitucional positivo presta está atrelada à institucionalização dos direitos fundamentais. Isso significa que estes não aparecem apenas como um conjunto de normas, mas como um complexo fático de expectativas de comportamento que, quando entrelaçadas a um rol social, se voltam atuais, e, de maneira geral, podem contar com o consenso social. Dessa forma, falar em instituições é falar em expectativas de comportamento temporal, objectual e socialmente generalizadas, que são responsáveis por formarem as estruturas⁴⁴ dos sistemas sociais⁴⁵.

Esta institucionalização é responsável pela concretização do princípio da não identificação da Constituição. Quer dizer, com o reconhecimento da (hiper)complexidade social, acontece a dissolução de critérios de orientação universalmente aceitos, portanto, ocorre a impossibilidade de um único sistema ser superior a todos os demais. A não identificação com concepções abrangentes que sejam de natureza moral, religiosa, filosófica ou ideológica é uma necessidade, caso contrário haveria um bloqueio do sistema jurídico, produzindo efeitos disfuncionais desdiferenciantes para o próprio direito, impossibilitando uma diferenciação funcional. Uma Constituição que se identifica não é

⁴³ NEVES, Marcelo, 2011. *Op. cit.*, p. 71.

⁴⁴ As estruturas são responsáveis pela articulação de uma comunicação à outra, além da vinculação de informações, fazendo com que haja uma apreensão por parte do sistema de tudo aquilo que pode ser relevante. Elas consistem na restrição das relações que são admitidas no sistema. Dessa forma, selecionar estruturas significa fixar restrições, o que possibilita ao sistema distinguir entre parâmetros (restrições externas) e restrições internas. LUHMANN, Niklas, 2016a. *Op. cit.*, p. 318-320.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 85-86.

diferenciada juridicamente, mas pretende estabelecer princípios constitutivos supremos válidos para todos os domínios ou mecanismos sociais⁴⁶.

Dessa forma, os direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em múltiplos níveis diferenciados, exercendo a função de “proteção” da diferenciação funcional, ou seja, contra o perigo de acontecer uma desdiferenciação. Segundo Neves, por meio dos direitos fundamentais “[...] a Constituição moderna, enquanto subsistema do direito positivo, pretende responder às exigências do seu ambiente por livre desenvolvimento da comunicação [...]”⁴⁷, mantendo a ordem comunicativa diferenciada.

Para que haja uma mínima realização de direitos fundamentais clássicos, Luhmann reforça a necessidade de um Estado de bem-estar social, que se orienta pelo princípio da inclusão. O Estado de bem-estar é caracterizado por dotar extensas prestações sociais a determinadas camadas da população, sendo que para que se alcancem estes propósitos, requer novos custos, em um ritmo que se eleva cada vez mais. Dessa forma, por meio da inclusão, o Estado consegue incorporar a população global às prestações dos diferentes sistemas funcionais da sociedade. À medida que a inclusão vai sendo concretizada, os grupos que não participavam da vida social vão desaparecendo⁴⁸.

Assim, quando se fala em direitos fundamentais e Estado de bem-estar social, alude-se à diferenciação funcional e a implementação do princípio da inclusão, para que o sistema jurídico consiga cumprir satisfatoriamente com sua função, isto é, a estabilização de expectativas normativas comportamentais. No entanto, na modernidade periférica não há uma suficiente institucionalização e identificação de sentido dos direitos fundamentais declarados nos textos constitucionais, ao passo que, no que tange ao Estado de bem-estar, as normas constitucionais acabam por ser deturpadas no plano da concretização, tanto pela omissão, quanto pela atividade positiva dos poderes estatais⁴⁹.

Logo, quando uma Constituição acaba por se “identificar”, os direitos fundamentais enquanto instituições são deturpados, ou até mesmo excluídos, impactando negativamente a diferenciação funcional em uma sociedade complexa e bloqueando estruturalmente o sistema jurídico.

Prestação política

A prestação política que o sistema jurídico fornece ao sistema político, por meio da Constituição, apresenta-se em três tópicos específicos, que são: a regulação jurídica do procedimento eleitoral; a separação entre política e administração e a divisão de poderes.

O primeiro diz respeito à regulação do procedimento eleitoral, que se dá porque a Constituição é responsável por estabelecer a universalidade do direito ao voto, a

⁴⁶ NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 70-71.

⁴⁷ NEVES, Marcelo, 2011. *Op. cit.* p. 75.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 47-48.

⁴⁹ NEVES, Marcelo, 2018. *Op. cit.*, p. 224; 231.

igualdade do valor do voto, além do caráter secreto do voto, fazendo com que tudo isso contribua para que a eleição sirva como um apoio descarregante para o sistema político, além de servir como um mecanismo de sua diferenciação funcional. Porém, é óbvio que a simples existência de tais previsões não são suficientes, observando-se nos países periféricos uma verdadeira deformação no seu processo de concretização, por falta de pressupostos sociais. Nesse sentido, percebe-se que o problema reside no fato de os subintegrados terem seus votos transformados em bens de troca, revelando uma indiferença do papel de leitor, isso porque suas necessidades vitais não são satisfeitas⁵⁰.

A segunda prestação, que diz respeito à separação entre política e administração, tem sua fundamentação no direito constitucional positivo, pois vem no sentido de neutralizar a administração, ou imunizá-la contra interesses concretos e particulares.

Isso quer dizer que o sistema administrativo, que se torna diferenciado funcionalmente, passa a dispor de mecanismos que são próprios de filtragem frente à atuação de fatores externos. Já em países periféricos, quando não acontece tal divisão, decorre-se uma particularização ou politização, e, conforme dito acima, os subintegrados, por não terem suas necessidades básicas atendidas prontamente, acabam sendo facilmente manipuláveis por meio de concessões administrativas que se mostram contrárias aos princípios da impessoalidade, da legalidade ou da moralidade administrativas, ao passo que quando se parte da perspectiva dos sobreintegrados, há o bloqueio da administração pelos interesses dos grupos privilegiados⁵¹.

A última prestação que o sistema jurídico fornece ao sistema político é a divisão de poderes. Esta é responsável pela limitação do poder político frente a uma esfera jurídica autônoma, podendo ser classificada, dessa forma, como um mecanismo reflexivo do direito. Assim, a divisão dos poderes cumpre, também, funções de filtragem entre política e administração, além de prolongar a cadeia do poder⁵². Dessa forma, a influência que o código do poder possui sobre a comunicação que ocorre de acordo com o código do direito passa a ser mediada pelo próprio sistema do direito, ou seja, os próprios processos decisórios da política passam a ser regulados pela via do direito⁵³. Em uma realidade de modernidade periférica, há uma debilidade dos Poderes Legislativo e Judiciário frente a uma preponderância do Executivo, e essa preponderância se dá porque se trata de uma legislação abstrata e uma jurisdição “passiva” que possibilita manipular as necessidades concretas e acabar por distribuir os privilégios⁵⁴.

Considerações finais

O presente trabalho se propôs a identificar as principais teorias constitucionais de matriz sistêmica da atualidade e descrever o papel que a Constituição cumpre em cada

⁵⁰ NEVES, Marcelo, 2018. *Op. cit.*, p. 247/248; 255.

⁵¹ NEVES, Marcelo, 2011. *Op. cit.*, p. 81/82.

⁵² NEVES, Marcelo, 2018. *Op. cit.*, p. 260/261.

⁵³ NEVES, Marcelo, 2011. *Op. cit.*, p. 80/81.

⁵⁴ NEVES, Marcelo, 2018. *Op. cit.*, p. 262.

uma delas para o sistema jurídico, a partir de uma leitura sociológica, cumprindo, portanto, satisfatoriamente, o objetivo delineado. Ademais, muito embora haja uma gama de trabalhos que se utilizem dessas construções apresentadas, carece-se de um aprofundamento e sintetização dos mesmos em um único escrito.

Dessa maneira, o principal resultado observado é a condensação dos principais elementos das teorias constitucionais sistêmicas e a função exercida pela Constituição dentro do sistema jurídico, a partir de cada uma dessas descrições, de maneira a permitir que o leitor tenha um acesso rápido e objetivo a informações relevantes sobre os conteúdos apresentados.

Importante destacar, no entanto, que essa pesquisa é limitada a identificar e descrever o papel que as Constituições, enquanto fenômeno sociológico na sociedade mundial, cumprem no sistema jurídico, a partir das diferentes exposições produzidas pelas teorias da Constituição que se utilizam da epistemologia construtivista e teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann como teoria de base. Tendo em vista isso, outros elementos que não são compreendidos pelo (estrito) papel a ser cumprido pela Constituição, abordado nessas vertentes, não foram aprofundados, a fim de não haver fuga ao objeto de pesquisa proposto.

Por último, está-se ciente que a teoria do transconstitucionalismo poderia, ainda, ser tranquilamente inserida nessa pesquisa. No entanto, levando em conta as últimas ponderações autocríticas de Neves⁵⁵, deixou-se de fazer essa inclusão, haja vista as dificuldades empíricas de verificação de concretização do transconstitucionalismo na atual sociedade mundial assimétrica.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

⁵⁵ De forma geral, sobre as limitações do transconstitucionalismo, ver: NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica pressupostos conceptuais e ponderações autocrítica. *Revista da AGU*. [S.l.], v. 3, p. 37-58, 2015; NEVES, Marcelo. From transconstitucionalism to transdemocracy. *European Law Journal*. [S.l.], v. 23, p. 380-394, 2017. De forma específica, identifica-se três limitações ao transconstitucionalismo, a saber: (i) condições empíricas negativas – “There are relevant negative conditions for the realization of transconstitucionalism in today’s world society. [...] via the superimposition or ‘colonisation’ of legal orders by social systems that instrumentalize the law [...]”; (ii) falta de reconhecimento da fragmentação do direito (falta de unidade do direito) – “In this theoretical context, when fragmentation is not recognised, the alternative prescribed is ‘constitutional utopia’; e (iii) problema da inclusão social face a superação da hegemonia e da comunidade política. NEVES, Marcelo. Paradoxes of transconstitucionalism in Latin America. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo. (Org.). *Sociology of Constitutions – a paradoxical perspective*. 1. ed. Londres e Nova Iorque: Routledge / Taylor & Francis Group, 2016. p. 244-245.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KAUFFMAN, Louis. Self-reference and recursive forms. *Journal of Social and Biological Structures* 10. [S.l.], p. 53-72, 1987.

LUHMANN, Niklas. *Der Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000a.

LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 2000b.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

LUHMANN, Niklas. Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems. *Der Staat* 12. [S.l.], p. 165-185, 1973.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In. *Rechthistorisches Journal*. [S.l.], v. IX, 1990, p. 176-220.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Comparando transconstitucionalismo em uma sociedade mundial assimétrica pressupostos conceptuais e ponderações autocrítica. *Revista da AGU*. [S.l.] v. 3, p. 37-58, 2015.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. From transconstitutionalism to transdemocracy. *European Law Journal*. [S.l.], v. 23, p. 380-394, 2017.

NEVES, Marcelo. Paradoxes of transconstitutionalism in Latin America. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo. (Org.). *Sociology of Constitutions – a paradoxical perspective*. 1. ed. Londres e Nova Iorque: Routledge / Taylor & Francis Group, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral. International Law Commission. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission by Martti Koskenniemi, 2006.

PERROW, Charles. Organizing to reduce the vulnerabilities of complexity. *Journal of Contingencies and crisis management*. [S.l.], v. 7, n. 3, p. 150-155, September 1999.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. [S.l.], v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004a.

TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: alternatives to Stated-centred Constitutional Theory? In: JOERGES, Christian; SAND, Inge-Johanne; TEUBNER, Gunther (Eds.). *Constitutionalism and Transnational Governance*. Oxford: Oxford Press, 2004b.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005a.

TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoria constitucional centrada en el Estado. In: GÓMEZ-JARA, Carlos. *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Lima: Ara, 2005b.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TONET, Fernando; ROCHA, Leonel Severo. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 115, p. 473-496, jul./dez. 2017.

WEICK, Karl E. Educational Organizations as loosely coupled systems. *Administrative Science Quarterly*. [S.l.], v. 21, n. 1, pp. 1-19, March, 1976.

Data de Recebimento: 09/10/2020.

Data de Aprovação: 02/07/2021.

PARA COMEÇAR A ENTENDER O ILUMINISMO E O DIREITO: UM BREVE OLHAR A PARTIR DO PENSAMENTO DE IMMANUEL KANT (1724-1804)

TO BEGIN TO UNDERSTAND THE ENLIGHTENMENT AND THE LAW: A BRIEF LOOK AT THE THINKING OF IMMANUEL KANT (1724-1804)

Silvana Beline Tavares
Sofia Alves Valle Ornelas***

RESUMO

O presente artigo discute os significados do Iluminismo, a partir da indagação feita pelo ilustrado Immanuel Kant (1724-1804), com o intuito primordial de perceber suas repercussões sobre o pensamento jurídico. Procuramos compreender os sentidos dados pelos iluministas ao direito, assim como este movimento intelectual contribuiu para a criação de uma ciência jurídica moderna. Destaca-se que o direito ilustrado, ainda no século XVII, reconstruiu o sentido do jusnaturalismo em uma perspectiva mais humanista e racional. As legislações também passaram a ser organizadas em códigos sistematizados de forma racional dedutiva. Em nossa abordagem, optamos pela análise qualitativa dos discursos ilustrados contextualizados a partir de uma atualizada revisão bibliográfica sobre o assunto. Damos ênfase ainda aos princípios e aos nomes do Iluminismo que mais repercutiram sobre o direito – sem deixar de lado as controvérsias sobre o movimento.

Palavras-chave: Iluminismo; direito ilustrado; códigos modernos; Cesare Beccaria.

ABSTRACT

This article discusses the meanings of the Enlightenment, based on the inquiry made by the illustrated Immanuel Kant (1724-1804), with the primary aim of perceiving its repercussions on legal thinking. We seek to understand the meanings given by the Enlightenment to Law, just as this intellectual movement contributed to the creation of a modern legal science. It is noteworthy that the illustrated law, still in the 17th century, reconstructed the sense of jusnaturalism in a more humanistic and rational perspective. Legislation has also started to be organized into systematized codes in a rationally deductive manner. In our approach, we opted for the qualitative analysis of the speeches illustrated from an updated bibliographic review on the subject. We also emphasize the principles and illustrated authors that most impacted the Law – without leaving aside the controversies about the movement.

Key-words: Enlightenment; Illustrated Right; modern codes; Cesare Beccaria.

* Doutora e Mestra em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, graduada em Ciências Jurídicas, graduada em Ciências Sociais, graduada em Cinema e Professora Associada do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás – Regional Goiás. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4228767970774561>. E-mail: beline@ufg.br.

** Doutora e Mestra em História pela Universidade Federal de Minas Gerais, Membro da Cátedra UNESCO/UFMG-DRI "Territorialidades e Humanidades: a Globalização das Luzes", Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Licenciada em História pela Universidade Federal de Minas Gerais e Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás – Regional Goiás. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2964017886244766>. E-mail: sofiavalle@ufg.br.

Questões acerca das definições das Luzes

A condenação sumária das Luzes feita pelos filósofos Adorno e Horkheimer sempre nos incomodou¹. Especialmente, porque “em lugar de considerar o Iluminismo, concretamente, como um fenômeno situado no tempo e no espaço, eles [Adorno e Horkheimer] o perdem de vista enquanto “especulam sobre todo o curso da civilização ocidental”². Entre críticas possíveis à esta perspectiva, faltou uma historicização compreensiva das Luzes, para se evitar esse tipo de leitura reducionista acerca do movimento intelectual ilustrado.

A análise que se segue acerca das Luzes parte do pressuposto da necessidade de compreendê-las a partir de sua historicidade e de sua diversidade de formas e de recepção em todo o contexto ocidental. Nossa proposta é historicizar, sinteticamente, as Luzes, ou seja, vislumbrá-las conforme os lugares, tempos e os *philosophes*, e percebê-las a partir de uma nova e única forma de reflexão filosófica elaborada por meio da autonomia racional frente a todos os dogmatismos³, que privilegiava o “que escolhemos e decidimos por nós mesmos em detrimento daquilo que nos é imposto por uma autoridade externa”⁴.

O Iluminismo, amplo espectro solar de ideias, até mesmo contraditórias, atingiu todos os âmbitos da vida. Entre eles, o direito e o Estado estiveram na ordem do dia nas discussões ilustradas. Dada essa importância, feitas as considerações sobre as Luzes como acima proposto, investigamos em nosso artigo o direito e suas repercussões no contexto histórico marcado pelas discussões ilustradas. A partir das mesmas, o direito reviu as noções antigas e medievais acerca da lei e de sua organização, da justiça e dos direitos, o que permitiu algumas conquistas revolucionárias para humanidade, tais como a elaboração dos direitos do homem, a humanização do direito penal e os códigos modernos. Assim sendo, o presente artigo discute, em poucas linhas, os significados do Iluminismo com o intuito primordial de perceber suas repercussões sobre o pensamento jurídico.

A expressão inglesa *Enlightenment* foi utilizada para designar o Iluminismo apenas no século XIX, “concorrendo com a expressão *Age of Reason*”⁵. O termo francês dominante, mais comum a partir de 1750, era *Lumières*, ou seja, “inteligência, conhecimento, clareza de espírito”⁶. A Espanha preferiu a palavra *Ilustración*, ou seja, Ilustração. O termo alemão *Aufklärung*, antes com sentido apenas meteorológico, passou a ser utilizado para designar

¹ As críticas que mais nos incomodam feitas pelos filósofos dizem respeito à correlação do movimento iluminista ao fascismo e ao desprovimento ilustrado de qualquer ética em prol da soberania racional. Ver HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

² DARNTON, Robert. *Os dentes falsos de George Washington*: um guia não convencional para o século XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 30.

³ FLÓREZ MIGUEL, Cirilo. *El siglo XVIII y la idea de Europa de La Ilustración*. Madrid: Editorial Síntesis, 2008. p. 25.

⁴ Todorov, Tzvetan. *O espírito das luzes*. Tradução de Mônica Cristina Corrêa. São Paulo: Barcarola, 2008. p. 14

⁵ HOF, Ulrich Im. *A Europa no século das luzes*. Tradução de Maria Antônia Amarante. Lisboa: Editorial Presença, 1995. p. 12.

⁶ HOF, 1995. *Op. cit.*, p. 13.

a época esclarecida do pensamento humano a partir de 1780. *Iluminismo* foi a palavra italiana que se tornou corrente no século XX. O vocábulo *Iluminismo* predominou no Ocidente e foi sendo incorporado a outras áreas linguísticas como em Portugal, nos países nórdicos, na Polônia, na Suíça, nos Países Baixos, na Rússia e nas duas Américas⁷.

As controvertidas traduções da expressão Iluminismo não permanecem apenas no campo etimológico. As tentativas de definição teórica desse movimento intelectual são várias. Nesse diapasão de um verdadeiro caleidoscópio das Luzes, cada iluminista passou a refletir sobre temas recorrentes ao pensamento europeu como a natureza, a razão, a tolerância, a felicidade, o ceticismo, o individualismo, a liberdade civil e o cosmopolitismo.

O círculo intelectual efervescente formado pelos *philosophes* reuniu em suas discussões Kant (1724-1804)⁸, Voltaire (1694-1778)⁹, Rousseau (1712-1778)¹⁰, Montesquieu (1679-1775)¹¹, Beccaria (1738-1794)¹², Barão de Holbach (1723-1789)¹³, Diderot (1713-1784)¹⁴, D'Alembert (1717-1783)¹⁵, Thomas Jefferson (1743-1826)¹⁶, Antônio Pereira de Figueiredo (1725-1797)¹⁷ e outros¹⁸. Eles se encontravam nos salões ou academias, trocavam cartas, folhetos e escritos acerca desse processo de esclarecimento do homem que perpassava algumas das questões, tais como a valorização da razão, a supremacia absoluta do monarca, a autoridade da Igreja, o avanço das ciências na elaboração do conhecimento, o desenvolvimento econômico. Desejavam pensar sobre esses assuntos, mas, especialmente, divulgar as Luzes. Sentiam-se imbuídos em uma verdadeira missão de uma causa ilustrada¹⁹.

As divergências entre os *philosophes* eram enormes, por isso “não é fácil dizer exatamente o projeto das Luzes”²⁰. Rousseau²¹ acreditava na República e em Deus, Voltaire²² era deísta e monarquista constitucional, Barão de Holbach²³ e Diderot²⁴ eram

⁷ HOF, 1995. *Op. cit.*, p. 13- 15.

⁸ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.

⁹ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social* (1762). Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2006.

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

¹³ HOLBACH, Barão de. *O sistema da natureza ou das leis do mundo físico e do mundo moral*. Tradução de Regina Schöpke. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁴ ALEMBERT, Jean, DIDEROT, Denis. *Enciclopédia ou dicionário raciocinado das ciências, das artes e dos ofícios*: discurso preliminar e outros textos. Tradução de Pedro Paulo Pimenta e Maria das Graças de Souza. São Paulo: UNESP, 2015.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. (Col. Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1973.

¹⁷ FIGUEIREDO, Antônio Pereira. *Tentativa Teológica*. Lisboa, 1769.

¹⁸ Optamos por citar autores ilustrados referenciados do contexto setecentista ocidental e suas obras mais relacionadas à temática conceitual das Luzes.

¹⁹ DARNTON, 2005, *Op. cit.*, p. 19.

²⁰ TODOROV, 2008, *Op. cit.*, p. 13.

²¹ ROUSSEAU, 2006, *Op. cit.*

²² VOLTAIRE, *Op. cit.*, 2008.

²³ HOLBACH, *Op. cit.*, 2010.

²⁴ ALEMBERT, Jean, DIDEROT. *Op. cit.*, 2015.

ateus²⁵. Havia radicais, moderados e conservadores nos mesmos ambientes ditos ilustrados. As dúvidas ainda incomodam: será que se tratava de um mesmo movimento? Predominaram radicais ou moderados? Qual seria a originalidade do Iluminismo?²⁶

As questões acima sofreram profundo debate entre os intérpretes do Iluminismo no século XX. Flávio Rey Carvalho²⁷ faz um bom resumo sobre as abordagens acerca do Iluminismo. Ele sintetiza que, até os anos 70, predominou o posicionamento compartilhado pelo filósofo alemão Ernst Cassirer²⁸, pelo historiador francês Paul Hazard²⁹ e pelo historiador norte-americano Peter Gay³⁰. Em poucas palavras, para Gay, Cassirer, e Hazard, o Iluminismo foi um movimento intelectual, eminentemente, francês e único: dissonante em muitas de suas ideias, mas harmonioso no programa geral “de secularismo, humanidade, cosmopolitismo e, sobretudo, liberdade, liberdade em todas as suas muitas formas”³¹.

Dorinda Outram³², inspirada nos estudos sociais das ideias, discordou deste entendimento consolidado e apontou que haveria vários “iluminismos”, dependendo do contexto de cada país. Outram considera que havia uma pluralidade de opiniões, debates entre os iluministas que impediria que o mesmo fosse compreendido como uma única matriz teórica, ou seja, não se deve pensar o Iluminismo como uma “expressão que fracassou em englobar a complexa realidade histórica, mas, preferencialmente como uma cápsula contendo um conjunto de debates, tensões e preocupações”³³.

Jonathan Israel³⁴ e Thomas Munck³⁵ compreendem a crítica de Outram³⁶ acerca da diversidade das ideias iluministas a partir da história de cada país, mas insistem que o Iluminismo precisa ser estudado sem que se perca a noção de que o mesmo foi um fenômeno único, “internacional e pan-europeu” que contribuiu para o processo de racionalização e secularização do homem ocidental.

²⁵ DARNTON. *Op. cit.*, 2005.

²⁶ OUTRAM, Dorinda. *The Enlightenment*. Cambridge: University Press, 1995.

²⁷ CARVALHO, Flávio Rey de. *Um iluminismo português? A reforma da universidade de Coimbra (1772)*. São Paulo: Annablume, 2008. p. 29-31.

²⁸ CASSIRER, Ernst. *A filosofia do Iluminismo*. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

²⁹ HAZARD, Paul. *O pensamento europeu no século XVIII*. Portugal: Editora Presença; Brasil: Livraria Martins Fontes, 1974.

³⁰ GAY, Peter. *The Enlightenment: the rise of modern paganism*. v. 2. New York: W.W. Norton & Company, 1995.

³¹ *Ibidem*, p. 12.

³² OUTRAM, Dorinda. *The Enlightenment*. Cambridge: University Press, 1995.

³³ Conforme o original: “Nor is ‘the’ Enlightenment any longer seen as a unitary phenomenon. Not only are we now aware of significant national, regional and confessional differences in the Enlightenment experience, but we are also now aware of the different ‘Enlightenments’ experienced” (OUTRAM, 1995, p. 12).

³⁴ Jonathan Israel fez um primoroso estudo acerca do Iluminismo radical. O autor procura demonstrar que o radicalismo não foi parte isolada do movimento ilustrado, mas dominante. Israel também dá ênfase em sua discussão às influências de Espinosa e do Espinosismo na construção do chamado Iluminismo radical. Ver: ISRAEL, Jonathan. *O Iluminismo radical*. Tradução de Cláudio Blanc. São Paulo: Madras, 2009.

³⁵ MUNCK, Thomas. *História social de la ilustración*. Tradução de Gonzalo G. Djembé. Barcelona: Crítica, 2001.

³⁶ OUTRAM, *Op. cit.*, 1995.

Sobre a origem francesa do movimento, Robert Darnton, acredita que a capital da República das Letras era Paris, mas que o Iluminismo foi difundido a partir de vários pontos: Paris, Edimburgo, Nápoles, Halle, Amsterdã, Genebra, Berlim, Milão, Lisboa, Londres, Filadélfia e uma vez que “o movimento ganhou força, ele se espalhou, e à medida que se espalhou, sofreu mudanças, adaptando-se a outras condições e incorporando outras ideias³⁷.

Thomas Munck nos alerta que qualquer tentativa de uma conceituação do Iluminismo será sempre vaga. Ele defende que, em geral, a busca de uma definição exata reduz as ideias e os personagens, de maneira a compartimentá-las em correntes de pensamento, deixando de analisar as repercussões do movimento ou mesmo as suas contradições³⁸.

Assim sendo, compreendemos o Iluminismo como um amplo espectro solar de ideias, até mesmo contraditórias, sobre a sociedade, os governos, a religião, a natureza, o direito, a emancipação da mulher, a escravidão, as colônias americanas no século XVIII. Tal espectro solar ilustrada parte de uma mesma matriz teórica, expressa com muita clareza por Kant, que considerou o Iluminismo como a emancipação do homem pela razão crítica, ou seja, a sua saída da menoridade³⁹. Os sentidos das Luzes dados pelos *philosophes* estiveram ligados a este mesmo processo de pensar autônomo que inaugurou uma nova e única forma de reflexão filosófica: a autonomia racional frente a todos os dogmatismos⁴⁰. Portanto, sem maiores dilemas, entendemos que é possível falar de um “projeto das Luzes”⁴¹, a partir de três noções fundamentais: “a autonomia, a finalidade humana de nossos atos, e enfim, a universalidade”⁴².

Depois de todas as considerações acima expostas e das dificuldades conceituais acerca do Iluminismo, vamos analisá-lo, especialmente abordando suas repercussões sobre o direito, a partir das noções principais de Kant sobre a saída da menoridade do homem e a autonomia racional.

Luzes sobre o direito: ideias e autores fundamentais

A questão sobre o que é o Iluminismo foi respondida pelo filósofo prussiano Immanuel Kant (1724-1804), em um ensaio de 1784. Kant afirmou que ninguém tinha sido capaz de resolver importante indagação acerca do significado das Luzes⁴³.

Nas primeiras linhas do seu artigo sobre o tema, a resposta kantiana foi sendo alinhada: “O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado”⁴⁴. A menoridade é a “incapacidade de se servir do entendimento sem orientação

³⁷ DARNTON, *Op. cit.*, 2005, p. 20.

³⁸ MUNCK, *Op. cit.*, 2001.

³⁹ KANT, *Op. cit.*, 1995, p. 11.

⁴⁰ FLÓREZ MIGUEL, *Op. cit.*, 2008.

⁴¹ TODOROV, *Op. cit.*, 2008, p. 14.

⁴² TODOROV, *Op. cit.*, 2008, p. 14.

⁴³ KANT, *Op. cit.*, 1995, p. 11.

⁴⁴ KANT, *Op. cit.*, 1995, p. 11.

de outrem”⁴⁵. Kant destacou a necessidade do homem de pensar sem ajuda ou determinação de outrem, “sobretudo nas coisas da religião”⁴⁶. Era preciso que o homem se livrasse de seus tutores de pensamento, ou seja, de realizar a sua vocação de raciocinar por si mesmo. Tratava-se do momento da busca pela autonomia do homem que consiste em “privilegiar o que escolhemos e decidimos por nós mesmos em detrimento daquilo que nos é imposto por uma autoridade externa”⁴⁷.

Por meio da razão crítica, o homem ilustrado deveria pensar por si mesmo e não pelos caminhos ditados pelo que foi construído pelos pensadores do passado – eis aí a chamada maioria ou emancipação kantiana. Assim sendo, não haveria mais uma única verdade advinda da Bíblia ou de Aristóteles. O texto sagrado ou o filósofo grego deveriam ser avaliados, interrogados, constituir-se como objeto de reflexão e, se houvesse uma concordância racional, servir de orientação ao homem autônomo. Caso contrário, a razão poderia desprezar os livros bíblicos ou as ideias aristotélicas, uma vez que nenhuma verdade seria alcançada pela mera tradição. Nesse sentido, Kant acreditava em verdadeira revolução sobre o pensar: não haveria limites para os questionamentos do homem. E nesse universo da dúvida, o único guia possível a ser utilizado para o conhecimento humano seria a razão.

Para Kant, o esclarecimento do homem era inevitável e infinito. A partir do uso crítico da razão, o homem compreenderia suas leis naturais e poderia desenvolver uma realidade muito melhor. Essa seria uma posição otimista do ilustrado sobre a capacidade humana de pensar sobre si mesmo e que, necessariamente, alcançaria o bem de todos.

O apreço à razão pelos ilustrados vem, especialmente, da tradição renascentista. No século XVII, Newton (1643-1727) e Locke (1632-1704) deram seguimento ao racionalismo da Renascença ao questionarem o método dedutivo, mas foram incapazes de sistematizar o conhecimento, uma vez que não acreditavam nessa possibilidade racional. Outros racionalistas como Descartes (1596-1650) e Leibniz (1646-1716), apostaram em uma potencial razão humana, mas que dependeria da razão de Deus. A verdade não poderia ser alcançada pelos homens, porque Deus era a razão absoluta. De maneira bem diferente, os ilustrados defendiam um saber enciclopédico a partir do uso da razão como faculdade humana, sem a intervenção divina, de descobrir e conquistar o saber⁴⁸.

No século XVIII, o *philosophe* Diderot (1713-1784) afirmou que um dos objetivos de sua “Enciclopédia” (1750-1772) era também reunir os conhecimentos dispersos pela terra, mas derrubando as velhas barreiras do passado, que não tinham sido elaboradas com base na razão. Competia, então, à “Enciclopédia” libertar o homem de todo pensamento que não pudesse ser comprovado pela razão. Tal saber racional da “Enciclopédia” se caracterizaria, especialmente, pela filosofia experimental⁴⁹. Sob as

⁴⁵ KANT, *Op. cit.*, 1995, p. 11.

⁴⁶ KANT, *Op. cit.*, 1995, p.18.

⁴⁷ TODOROV, *Op. cit.*, 2008, p. 14.

⁴⁸ MARTÍNEZ, Rogelio Blanco. *Caracteres generales de la ilustración en Europa y en España*. Madrid: Endymion, 1999.

⁴⁹ FLÓREZ MIGUEL, *Op. cit.*, 2008, p. 22.

influências de Newton e Francis Bacon (1561-1626), o conhecimento apregoado pelo ilustrado se basearia na observação e no experimento. Assim sendo, o conhecimento se iniciaria pela experimentação e culminaria com a avaliação da mesma a partir da razão crítica⁵⁰. Por fim, caberia aos ilustrados ensinarem aquilo que aprenderam a partir de suas experimentações, sem que isso pudesse constituir um “peso na consciência”⁵¹.

De alguma forma, uma ideia sobre o direito, semelhante à da razão kantiana, já aparecia mencionado no século XVII. Como posto por José Reinaldo de Lima Lopes, o jurista francês Jean Domat (1625-1696) já afirmava que o direito romano é o “repositório da razão escrita”, mas era preciso criticá-lo racionalmente⁵². Percebemos que o entender de Domat está relacionado à noção de saída da menoridade mencionada por Kant, por meio do uso da razão crítica, ou seja, esclarecer o homem, mas o autor não consegue abandonar, totalmente, a autoridade romana. Sob a perspectiva racionalista da crítica ilustrada não bastavam ensinamentos romanos ou lições medievais de Bartolo para determinar o que seria o direito, uma vez que não haveria verdade jurídica vinda da mera autoridade dos antepassados. Era preciso realizar a crítica racional dos textos e, depois, avaliar se deveriam ser aplicados ou não, o que foi alcançado com os iluministas.

Por causa do apreço medieval à autoridade, a tradição jurídica defendia que as leis somente deveriam ser modificadas “por causas graves ou quando manifestamente inconvenientes”⁵³. São Tomás (1225-1274) reforçou esta noção em sua *Suma Teológica*. O racionalismo crítico ilustrado permitiu uma guinada na ciência do direito, pois a mudança na lei passou a ser uma alternativa plenamente viável, na medida em que o controle sobre a mesma não seria mais a autoridade, mas a razão crítica.

Ao citar pensadores dos séculos XVI e XVII, ponderamos que muitas das ideias ilustradas não eram completamente originais. O iluminismo jurídico, na verdade, retomou várias noções que vieram do século XVII – como visto em Domat e será percebido na lei natural de Hugo Grotius (1583-1645) e Samuel Pufendorf (1632-1694). Os juristas ilustrados fizeram uma releitura dos temas anteriores e conseguiram colocar em prática muitas de suas teorias jurídicas – o que nos faz crer que os marcos cronológicos do Iluminismo não foram tão restritos ao século XVIII, mas tiveram início na segunda metade do século XVII como apontado por Israel⁵⁴.

O segundo ponto que podemos perceber na resposta kantiana acerca do Iluminismo é a crença na natureza comum como base de toda realidade racional do homem. Kant percebia a dificuldade da saída da menoridade humana, mas afirmava que esta possibilidade estava ao alcance de qualquer ser humano. O filósofo alemão não fazia distinção entre os homens pela sua origem, mas os considerava como parte de uma mesma natureza humana racional e universal.

⁵⁰ FLÓREZ MIGUEL, 2008. *Op. cit.*, p. 23.

⁵¹ KANT, 1995. *Op. cit.*, p. 14.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 186.

⁵³ LOPES, 2008. *Op. cit.*, p. 197.

⁵⁴ ISRAEL, 2009. *Op. cit.*, p. 20-21.

A partir da noção de uma natureza comum dos homens, os juristas dos séculos XVII e XVIII compreenderam a existência de um direito natural emanado das leis advindas apenas da natureza humana universal. Sob esse aspecto, o direito natural moderno seria o fundamento primeiro das leis positivas, no sentido de que deveria haver uma conformidade entre os preceitos das leis naturais e o que estaria posto nas leis escritas. Para esta concepção jusnaturalista, o direito tem como fonte e como medida de legitimação uma ordem ontológica que transcende a vontade humana e, é primordialmente, a expressão do justo decorrente da natureza. O direito natural ultrapassaria o homem, como o seu fundamento e é um exemplo de direito ideal, comum à natureza humana.

As concepções sobre o direito natural foram apropriadas pelos juristas ilustrados nas teorizações acerca dos direitos do homem. Cassirer afirma que “sobre as fundações assim preparadas pelos teóricos do direito natural foi edificada a doutrina dos direitos do homem e do cidadão, tal como a desenvolveu o século o século XVIII”⁵⁵. Lopes também constata que tanto a “Revolução Francesa quanto a Americana apropriaram-se do jusnaturalismo nascido no século XVII e enriquecido pela filosofia das luzes e dos enciclopedistas”⁵⁶.

Em uma breve síntese, apareceram pelo menos três versões principais, também com suas diferenças, para o conceito de direito natural ou jusnaturalismo⁵⁷. Uma primeira versão, conhecida especialmente na Antiguidade, determinava que a lei natural possuía origens na própria natureza de todos os seres animados “à guisa dos seus instintos”⁵⁸. Uma segunda versão, denominada jusnaturalismo teológico, consolidada na Idade Média, estabelecia que o direito natural provinha da vontade divina revelada aos homens. A terceira variante, característica dos séculos XVII e XVIII, chamada jusnaturalismo moderno, contemplava que a razão autônoma era a única forma de legitimação para o direito natural.

Apesar das variações de sentidos do termo direito natural no decorrer dos tempos, há alguns elementos comuns a todas elas, independentes da fase a que estejamos nos referindo. Não que exista uma definição única para a construção de uma noção de direito natural, mas apenas percebemos a “possibilidade da identificação de um padrão de pensamento tangente a todas as doutrinas jusnaturalistas”⁵⁹, que são passíveis de ser percebidas nas várias formulações acerca do tema.

Ressaltamos o significado comum do direito natural como qualificador das condutas humanas, na medida em que este estabeleceria pontos de referência para saber o que é justo ou injusto, bom ou mau, “ensejando uma permanente e estreita vinculação

⁵⁵ CASSIRER, 1997. *Op. cit.*, p. 332.

⁵⁶ LOPES, 2008. *Op. cit.*, p. 188.

⁵⁷ Fasó, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991. p. 656.

⁵⁸ BOBBIO, 1995. *Op. cit.*, p. 656.

⁵⁹ ARAÚJO, Viviane Nunes de. *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13.

entre Direito e moral, não podendo e não devendo a norma jurídica afastar-se dos valores que a informam e conferem-lhe legitimidade”⁶⁰.

Durante a Idade Média, o direito natural teológico serviu como um verdadeiro sistema de direito para a cristandade. Independentemente dos povos ou das leis escritas de cada lugar, o direito natural de ordem sagrada resolveria o conflito de leis ou o tipo de ordem que deveria ser seguida pela sociedade. Daí um motivo também para a sua predominância sobre a Europa durante tantos séculos.

Antes da ruptura completa com o paradigma jusnaturalista teológico e a chegada até sua concepção moderna, a Segunda Escolástica retomou o tema do direito natural em suas discussões jurídicas. Inspirados em São Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria (1485-1546), Francisco de Suárez (1548-1617), Luís de Molina (1536-1600), Roberto Belarmino (1542-1621) e outros acreditavam que a realidade humana estava circunscrita na esfera divina. Entretanto, os domínios da atuação eclesiástica e secular eram distintos, sendo que a figura do Papa não teria um poder coercitivo direto sobre as repúblicas. O Papa, como representante de Deus pela Igreja, deveria tratar de assuntos espirituais ou eclesiásticos, de forma que permaneceria com uma certa distância do poder temporal⁶¹. Parecia que os neoescolásticos estavam vislumbrando uma separação entre o homem e o poder divino.

José Reinaldo de Lima Lopes entende que a Segunda Escolástica foi precursora do jusnaturalismo moderno⁶². Paulo Marguti também considera que os jesuítas neoescolásticos colaboraram para a fundamentação da lei natural internacional, posteriormente desenvolvida por Hugo Grotius e Samuel Pufendorf⁶³. No entanto, como a escola de Salamanca estava ligada à Escolástica e ao tomismo, ficou impedida de dar forma ao direito natural com base na razão jurídica moderna. Com isso, temos que salientar que o direito natural para os membros da Segunda Escolástica ainda possuía uma fonte divina e que somente por meio dela o homem haveria de ter acesso ao direito natural.

O jurista holandês Hugo Grotius⁶⁴ (1583-1645), o “milagre da Holanda”⁶⁵, foi pioneiro na tentativa de encontrar um pensamento jurídico capaz de resolver as indagações expostas. Nascido em Delft, na Holanda, em 1583, estudou direito e línguas clássicas. Em 1597, em território francês, recebeu o título de doutor em direito civil e canônico. Ocupou vários cargos em missões diplomáticas na França, Suécia e Alemanha do Norte. Chegou a ser conselheiro de Maurício de Nassau na Holanda. Além de jurista, foi

⁶⁰ ARAÚJO, 1999. *Op. cit.*, p. 13.

⁶¹ VILLALTA, Luiz Carlos. *Reformismo ilustrado, censura e práticas de leitura: uso do livro na América Portuguesa*. Tese (Doutoramento em História) – FFLCH/USP, 1999.

⁶² LOPES, 2008. *Op. cit.*, p.183.

⁶³ MARGUTI, Paulo. *História da Filosofia do Brasil: o período colonial (1500-1822)*. São Paulo: Loyola, 2013.

⁶⁴ Em holandês, o jurista se chamava Huig de Groot. Hugo Grotius foi o nome latino empregado por ele na publicação de sua obra *De jure belli ac pacis (O direito da guerra e da paz)*. Na língua portuguesa, o nome do jurista pode ser traduzido como Hugo Grócio.

⁶⁵ Hespanha comenta que o rei Henrique IV, da França, apelidou Grotius, com apenas 15 anos, o “milagre da Holanda”. Ver: HESPANHA, António Manuel. *Direito luso-brasileiro no Antigo Regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

historiador e poeta. Morreu em Rostock no ano de 1645.

Hugo Grotius consagrou o direito natural advindo exclusivamente da razão humana. A razão invocada por Grotius não procurava conciliar vontade e apetite – tema da ética aristotélica-tomista. Tratava-se de uma razão estratégica, instrumental e moderna, que procurava operar a relação entre meios e fins previamente dados, diferentemente de uma razão prática anterior que visava, unicamente, deliberar sobre seus próprios fins.

Grotius reiterou a importância de determinados pensadores do passado, mas não os considerou como autoridades inatacáveis em suas reflexões. Eles eram testemunhas de certas questões, mas foi pelo critério racional que suas ideias foram ou não acolhidas em seu livro. Por meio desse juízo crítico, o jurista demonstrava que não era obrigado a sustentar o que já fora defendido pelos meros dizeres de outros autores. Grotius foi um pensador anterior ao movimento iluminado, mas que estava mais próximo das Luzes do que ele mesmo poderia supor. Por isso, convencemo-nos que o Iluminismo jurídico teve suas bases antes do século XVIII e que suas origens estariam na Holanda a partir de Hugo Grotius e Samuel Pufendorf.

Pela inovação do jusnaturalismo moderno e pelo método crítico utilizado por Grotius, suas obras foram plenamente recepcionadas pelos ilustrados de tal sorte que, entre os juristas do século XVIII, tornaram o tema do direito natural “verdadeira língua franca”⁶⁶. Toda a discussão jurídica do período setecentista ocidental perpassava o jusnaturalismo, sem abandonar mais as bases teóricas do século XVII de Grotius e de Pufendorf. Seguidor da escola de Hugo Grotius, Samuel Pufendorf (1632-1694) continuou a desenvolver a teoria jusnaturalista racionalista.

Filho de um pastor luterano, Pufendorf nasceu no povoado saxão de Dorfchemnitz, atual Alemanha, em 1632. Estudou na Escola do Príncipe da Saxônia onde aprendeu latim e grego e teve contato com os textos clássicos. Continuou sua formação nas Universidades de Leipzig e Iena. Em Leipzig, desistiu da carreira religiosa luterana e se aproximou do direito. Na faculdade de Iena, conheceu Descartes, Grotius e Thomas Hobbes (1588-1679). A orientação de Pufendorf acerca do direito natural foi, particularmente, marcada pelas ideias de Hobbes e Grotius e pelas guerras religiosas cristãs na Alemanha.

Em 1661, ocupou a primeira cátedra de Direito Natural e das Gentes na Universidade de Heidelberg. Convidado pelo rei da Suécia, Carlos Gustavo, Pufendorf foi lecionar Direito na Universidade de Lund a partir de 1670. Em 1672, publicou seu monumental tratado sobre o direito natural *Do direito natural e internacional (De Iure naturali et gentium)*. Em 1673, escreveu *Os direitos do homem e do cidadão de acordo com o direito natural (De officio hominis et civis iuxta legem naturalem)*, que ficou conhecido na Inglaterra como *The Whole Duty of Man, according to the Law of Nature*. Foi ainda historiador da corte sueca e escreveu sobre o sistema europeu de Estado.

Pufendorf⁶⁷ defendeu, claramente, o direito natural fundado somente na razão,

⁶⁶ LOPES, 2008. *Op. cit.*, p. 135.

⁶⁷ PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis de direito natural*. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

enquanto a teologia se fundamentava na revelação:

Mas a maior diferença entre elas [a divindade e a lei natural] é esta: que o principal fim e intenção do Direito Natural inclui-se no âmbito desta vida apenas, e então com isso um homem é informado sobre como viver em sociedade com o resto da humanidade, mas a divindade moral instruiu um homem dobre o modo de viver como cristão; o qual é não só obrigado a viver honesta e virtuosamente neste mundo, como também em fervorosa expectativa da recompensa de sua piedade após esta vida ⁶⁸.

Além do direito natural baseado apenas na razão, Samuel Pufendorf definiu o conceito de lei:

Essa norma é chamada de lei; a qual é um decreto pelo qual o superior obriga alguém que lhe está subordinado a acomodar suas ações às orientações nelas prescritas. Para que essa definição seja mais bem entendida, deve-se primeiro perguntar o que é uma obrigação; de onde ela surgiu; quem é capaz de ficar sob uma obrigação; e quem é que pode impô-la. Por obrigação quer-se geralmente dizer um elo moral pelo qual somos forçados a fazer isto ou aquilo, ou a nos abster de fazê-lo. Isto, é por meio disso, é aplicado uma espécie de rédea moral em nossa liberdade⁶⁹.

Sobre as fontes utilizadas por Pufendorf, em *Os direitos do homem e do cidadão de acordo com o direito natural*, chama a atenção o predomínio de referências a Hugo Grotius. *O direito da guerra e da paz* aparece citado em toda a obra ao longo de suas quase 500 páginas. O capítulo XVI recebeu o mesmo título da obra de Grotius: *Da Guerra e da Paz*. Fundamentalmente, Pufendorf repetiu as ideias de Grotius acerca da possibilidade de construção da paz entre os homens por meio da utilização de um direito natural racional que os impele aos acordos ou tratados de paz entre as nações⁷⁰.

A escola de direito natural moderna, formada por autores aqui abordados, tais como Hugo Grotius e Samuel Pufendorf, rompeu com as concepções anteriores que diziam respeito ao direito natural. Como foi colocado no decorrer deste capítulo, a ideia da existência de um direito natural, remonta à Antiguidade. No entanto, a partir do século XVII, a justificativa do mesmo passou a ser unicamente a razão humana, desvinculada de qualquer interferência divina. Trata-se de um direito natural que deixou de ter as suas raízes teológicas para estabelecê-las na razão privativa do homem: a única capaz de estabelecer preceitos jurídicos válidos e universais.

Apesar da não homogeneidade na escola de direito natural, insistimos que a mesma foi diferenciada por Hugo Grotius, porque trouxe um método novo de investigação ao direito racional e sistematizado – o que os escolásticos não conseguiram realizar. Além disso, o esforço maior dos jusnaturalistas modernos foi no sentido de afastarem-se da esfera “teológica-filosófica em que nasceram (aristotelismo, tomismo e jesuítismo) para

⁶⁸ PUFENDORF, 2007. *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 45-46.

⁷⁰ *Ibid.*

firmarem-se como província dos juristas”⁷¹. Por isso almejavam também construir um sistema racional de normas, de forma a não mais fundamentá-lo em bases teológicas

O sistema racional de normas baseado no direito natural de Grotius e Pufendorf influenciou a criação dos códigos setecentistas. A codificação moderna do direito passou a ser baseada em uma lógica estrutural diferente das compilações que formavam as ordenações de Portugal ou da França. Cassirer ressalta como marca do pensamento iluminista jurídico tal lógica. Segundo o filósofo, a nova lógica não se contentava em classificar ou ordenar o saber adquirido, mas pretendia ser instrumento do saber⁷². Os códigos modernos foram resultado dessa transformação no método usado pelo direito. Foi deixado de lado o mero ajuntamento de leis dos tempos medievais e passaram a se organizar códigos racionais-dedutivos com base em uma lógica demonstrativa e sistemática. Neste sentido, o jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo foram correntes que confluíram no “espírito de clareza do direito moderno”⁷³ por meio da adoção de um método sistemático de organização do conhecimento jurídico.

A partir do século XVIII, os soberanos esclarecidos convidaram juristas formados na escola do direito natural moderno e ligados às Luzes para produzirem os novos códigos. Os códigos iluministas e/ou racionalistas começaram a surgir a partir de meados do século XVIII. Cesare Beccaria (1738-1794), jurisconsulto ilustrado acima referenciado, foi chamado por Catarina II da Rússia para escrever o novo código do império. O jurista português Paschoal José de Mello Freire (1738-1798) propôs um novo código para Portugal a pedido de Dona Maria I.

Em 1756, foi criado o *Codex Bavaricus*, da Baviera. O Código Josefino, da Áustria, foi feito em 1794. No mesmo ano do austríaco D. José II, Frederico II inaugurou o Código Civil da Prússia.

A maior contribuição do direito natural moderno de Grotius e Pufendorf foi ter conduzido os pensadores ilustrados aos direitos do homem⁷⁴. No século XVIII, a teoria dos direitos do homem e do cidadão ganhou forma e defensores. O direito à integridade humana, o direito a um julgamento justo, o direito à posse de bens, os direitos à liberdade de consciência se tornaram temas das lutas revolucionárias da sociedade europeia e norte-americana. Até os déspotas esclarecidos, como Frederico II, da Alemanha, Catarina, da Rússia, D. José I, de Portugal pretendiam garantir os direitos naturais não escritos por meio de decretos e de medidas.

Cassirer assevera que a filosofia francesa ilustrada do século XVIII não descobriu a teoria dos direitos naturais inalienáveis⁷⁵. Como vimos no presente artigo, a discussão jurídica sobre o jusnaturalismo é antiga e percorreu longa trajetória teórica até chegar ao pensamento de Grotius e Pufendorf. Mas, foram os iluministas que fizeram dessa doutrina “verdadeiro evangelho moral, a aderir-lhe com paixão e a proclamá-la com entusiasmo”⁷⁶.

⁷¹ LOPES, 2008. *Op. cit.*, p. 164.

⁷² CASSIRER, 1997. *Op. cit.*

⁷³ LOPES, 2008. *Op. cit.*, p. 191.

⁷⁴ HOF, 1995. *Op. cit.*, p. 168.

⁷⁵ CASSIRER, 1997. *Op. cit.*, p. 334.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 334.

A conclusão de Cassirer é precisa: a teoria jusnaturalista foi unida à prática no que tange à garantia dos direitos naturais nos movimentos revolucionários do século XVIII⁷⁷.

Após a discussão sobre o direito natural e a natureza humana, o terceiro ponto que caracterizou o Iluminismo – que podemos destacar no ensaio de Kant – é o humanismo. De alguma forma, a partir do momento que Kant considerou a existência de uma natureza humana comum a todos, o filósofo foi demonstrando seu apreço à humanidade do homem. O olhar kantiano sobre o homem também é marcado pelo profundo otimismo na capacidade humana de pensar e rever a própria realidade.

Sob esse aspecto humanista, toda a responsabilidade da saída da menoridade kantiana estava no ser humano. O homem é o centro do ensaio kantiano, no sentido de que todos os propósitos iluministas se realizariam pelo homem e para o homem. A razão crítica e a natureza universal advêm do ser humano, independentemente das forças sobrenaturais ou religiosas. Trata-se de uma valorização antropocêntrica, inspirada no Renascimento, que torna o homem e a humanidade ponto de partida para os ilustrados⁷⁸.

O caráter humanista do iluminismo repercutiu, enormemente, no campo do direito. O direito penal setecentista ainda era fundamentado em autos de fé, penas de morte, castigos corporais, torturas, condenações sem investigação criminal e atuação civil de tribunais inquisitoriais. As reflexões ilustradas sobre o homem provocaram reformas nos sistemas criminais europeus, de maneira a torná-los mais humanos e justos. O contexto iluminista marcado pelos temas da liberdade de pensar, de crer ou descrer, da dignidade humana, acabou favorecendo a discussão jurídica acerca da reformulação de um sistema judicial viciado e medieval.

No livro VI do *Espírito das Leis*, Montesquieu⁷⁹ fez reflexão humanista acerca das penas e dos crimes. O *philosophe* insistiu na reformulação das regras criminais, na prevenção aos crimes, na proporcionalidade das punições em relação aos delitos praticados, no combate à tortura e à lei de talião, na condenação do réu apenas somente depois do processo:

A severidade das penas convém melhor ao governo despótico, cujo princípio é o terror, do que a monarquia ou à república que têm por mola a honra e virtude. (...) Um bom legislador encarregar-se-á menos de punir os crimes do que de preveni-los, aplicar-se-á mais a fortalecer os costumes do que os suplícios. (...) Portanto, ela [a tortura] não é naturalmente necessária⁸⁰.

Influenciado pelo pensamento de Montesquieu, Cesare Beccaria foi o maior expoente ilustrado do direito penal humanizado. Filho de um marquês, Beccaria nasceu em Milão em 1738. Aos 8 anos de idade, Cesare foi estudar com padres jesuítas no Colégio dos nobres. Destacou-se ali pela capacidade de expressar de forma lógica seu pensamento. Aos 16 anos, entrou para a Universidade de Pavia, onde cursou direito. Em Pavia,

⁷⁷ CASSIRER, 1997. *Op. cit.*, p. 337.

⁷⁸ MARTÍNEZ, 1999. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁹ MONTESQUIEU, 1979. *Op. cit.*, p. 81-95.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 83; p. 93.

conheceu autores ilustrados e passou a repudiar os velhos cânones do direito antigo e medieval. O próprio Beccaria afirmou que sua mente se abriu aos problemas do sistema penal quando leu *As Cartas Persas*, de Montesquieu, *Do espírito*, de Helvetius (1715-1771) e o *Contrato Social*, de Rousseau (1712-1778). Depois de formado, Cesare Beccaria se tornou juiz de Direito em Pavia e Milão⁸¹.

Em Milão, Beccaria continuou seu interesse pelo Iluminismo e passou a frequentar a Sociedade dos Punhos (*Società dei Pugno*). Nessa associação, o jurista discutia política, filosofia, economia, liberdade de pensamento com outros entusiastas das Luzes, como os irmãos Alessandro e Pietro Verri. Junto com Beccaria, os Verri publicaram, entre junho de 1764 e maio de 1766, um periódico denominado *Il Caffè*, que propagava ideias ilustradas e conclamava por reformas em todos os setores da sociedade. Cesare escreveu artigos sobre a educação dos jovens e sua menor inclinação ao crime, quanto maior era a escolaridade. Por causa desses escritos, Pietro Verri o incentivou a redigir *Dos delitos e das penas*, sua obra fundamental.

A obra *Dos delitos e das penas*⁸² foi publicada anonimamente por uma pequena editora de Livorno, na Toscana, em julho de 1764. Trata-se de um texto objetivo e sintético, com cerca de 100 páginas, dividido em 42 capítulos. Os membros da Academia ou Sociedade dos Punhos colaboraram com a publicação e interferiram com suas ideias na redação final do livro de Beccaria. Marcos Pereira acredita que a obra em questão foi um manifesto em forma de livro dos intelectuais dessa sociedade, que acabou ganhando a escrita de Cesare Beccaria⁸³.

O tema escolhido pelo manifesto de Beccaria foram os excessos da justiça criminal. A questão principal era sobre o direito de punir e a moderação das penas, bem como sobre a secularização da justiça criminal. Para Beccaria, a estrutura judiciária era irracional, uma vez que estava mais disposta a fazer sofrer os condenados, do que buscar o bem-estar dos cidadãos⁸⁴.

O prefácio da obra *Dos delitos e das penas* já anunciava que a mesma fora concebida a partir de princípios ilustrados, entre eles, o criticismo. Beccaria não só admitia a crítica sobre seu texto, como a incentivava, desde que fossem feitas sobre bases racionais:

Tenho a dizer, portanto, que, se desejarem dar ao meu livro a honra de uma crítica, não principiêm atribuindo-me preceitos contrários à virtude e à religião, porque esses preceitos não são os meus; em vez de me apontar como ímpio ou subversivo, contentem-se em demonstrar quão mau lógico sou, ou ignorante em matéria política⁸⁵.

Na introdução, o teor iluminista foi sendo colocado pelo autor. Logo no início, em uma inspiração rousseaniana, foi exposta a finalidade única da sociedade: “todo o bem-

⁸¹ PEREIRA, Marcos A. *Cesare Beccaria: precursor do direito penal moderno*. Col. Filosofia Comentada. São Paulo: La Fonte, 2011.

⁸² BECCARIA, 1983. *Op. cit.*

⁸³ PEREIRA, 2011. *Op. cit.*, p. 18.

⁸⁴ BECCARIA, 1983. *Op. cit.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 10.

estar possível da maioria”⁸⁶Também se reconheceu o avançar das Luzes: “Contudo, se as luzes do nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de terem dissipado todos os prejuízos que alimentávamos.”⁸⁷

Beccaria reclamou da falta de interesse intelectual pelo tema das “barbáries das penas que estão em uso em nossos tribunais”⁸⁸. Mencionou o esforço de Montesquieu no debate do tema da justiça criminal e fez um apelo racional aos leitores:

O imortal Montesquieu apenas ocasionalmente pode abordar essas importantes questões. Se eu me encaminhei pelas pegadas luminosas desse grande homem, é porque a verdade é uma e a mesma em toda parte. Contudo, os que sabem pensar – é apenas para estes que eu escrevo – saberão diferenciar os meus passos dos seus. Eu me julgarei muito venturoso se, como ele, puder contar com o vosso secreto reconhecimento, ó vós, discípulos absconditos e pacíficos da razão! Serei feliz se puder provocar alguma vez esse frêmito através do qual as almas sensíveis respondem à voz dos defensores da humanidade⁸⁹.

A Sociedade dos Punhos tinha razão: o escrito de Beccaria era um manifesto contra a os abusos da justiça e do poder que conclamava a sociedade a repensar sobre o direito de punir, a origem das penas, a pena de morte, as torturas. O texto não era um tratado técnico de direito penal, uma vez que o jurista se propôs a esclarecer o assunto de forma acessível ao público comum e foi uma defesa profunda dos “direitos do gênero humano”⁹⁰ no sentido de amparar o inocente diante de uma falsa acusação ou de uma injusta condenação.

O manifesto de Beccaria é um dos textos mais notórios do Iluminismo. Logo ultrapassou as fronteiras da Itália e se “tornou um *best-seller* como *Do espírito das leis* de Montesquieu”⁹¹. Na França, a obra foi traduzida pelo Padre Morellet em 1766. Nos primeiros meses de 1766, foram impressos 7 mil exemplares da tradução francesa. Depois da versão francesa, apareceu a inglesa, logo depois a sueca, a polonesa, a alemã e a espanhola.

As críticas às ideias de Beccaria não tardaram. O jurista foi acusado de querer o abrandamento das penas. Os conservadores também apelaram para a religião no ataque ao jurista, invocando a tradição secular, os princípios de uma religião revelada, a participação da justiça divina na justiça humana. Em janeiro de 1765, o padre Ferdinando Faccinei publicou um violento panfleto contra Beccaria, defendendo a Inquisição, a pena de morte e a tortura em seu texto. Acusou ainda Beccaria de ser “materialista, filósofo sem princípios, danoso para a sociedade e, acima de tudo, escritor que pretende destruir a religião”⁹². Os irmãos Verri se encarregaram de uma resposta ilustrada ao padre em fevereiro de 1765. O contra-ataque se baseou na tolerância religiosa e na defesa da

⁸⁶ BECCARIA, 1983. *Op. cit.*, p. 12.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁸ *Ibid*, p. 12.

⁸⁹ *Ibid*, 1983, p. 13.

⁹⁰ *Ibid*, 1983, p. 13.

⁹¹ PEREIRA, 2011. *Op. cit.*, p. 21.

⁹² *Ibidem*, p. 21.

separação do Estado da religião. Nada disso impediu que a Europa lesse *Dos delitos e das penas* e falasse dele⁹³.

Em 1767, Beccaria foi convidado por Catarina II, da Rússia, a codificar as leis de seu império. Não aceitou o convite e preferiu ficar em Milão com seus estudos sobre economia política e continuar a serviço do governo. Em 1791, foi membro da Comissão para a reforma do sistema judicial civil e criminal de sua cidade. Conseguiu abolir a tortura e ainda lutou contra a pena de morte. Morreu em 1794. Legou à humanidade seu único livro de peso, *Dos delitos e das penas* e o fato de ter sido “precursor do direito penal moderno”⁹⁴.

No final do século XVIII, a França e a Áustria adotaram regimes penais mais humanos. A Inglaterra assistiu à última execução pelo crime de bruxaria em 1712 e a França em 1718. Aos poucos, os sistemas jurídicos foram se abrandando e sendo modificados – mais uma conquista do iluminismo jurídico⁹⁵.

A partir dos autores propostos e de suas ideias, conseguimos perceber as influências teóricas ilustradas e as possíveis transformações que causaram no cenário ocidental jurídico no século XVIII e XIX. Houve outros nomes e obras relacionadas às Luzes, mas preferimos nos ater às perspectivas jurídicas e à pergunta inicial trazida por Immanuel Kant em que o filósofo ilustrado procurou responder sobre o que é o Iluminismo⁹⁶.

Considerações Finais

De maneira resumida, procuramos abordar no presente artigo o movimento ilustrado em suas amplas faces, destacando oposições e diferenças. Kant foi escolhido pela sua resposta acerca das Luzes. Nela, o filósofo prussiano chamou a atenção para a “saída da menoridade do homem” como a base do Iluminismo.

A “saída da menoridade do homem” alcançou o direito e os juristas que encontraram na elaboração dos direitos do homem, nos códigos modernos e na humanização do direito penal os possíveis sentidos para a mesma. Nada poderia ser feito sem as ideias, autores do século XVII. Insistimos na relação entre o jusracionalismo setecentista e o Iluminismo, porque ambos se entrelaçaram e se alimentaram.

As Luzes modificaram as mentalidades ocidentais e o direito como um sol. Nada escapou do questionamento ilustrado. Ainda que fosse, a luminosidade não é uniforme e não pode ser vista apenas de uma única forma. Assim sendo, chamamos de Iluminismo jurídico as orientações sobre o direito, mas entendemos que as projeções não são exatas e não podem ser enquadradas em modelos de definição. Mas a claridade invadiu o mundo jurídico e pudemos constatar que suas alterações mais profundas foram no campo dos direitos do homem.

⁹³ PEREIRA, 2011. *Op. cit.*, p. 21.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁵ HOF, 1995. *Op. cit.*, p. 171.

⁹⁶ KANT, 1995. *Op. cit.*

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Viviane Nunes de. *A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- CARVALHO, Flávio Rey de. *Um iluminismo português? A reforma da universidade de Coimbra (1772)*. São Paulo: Annablume, 2008.
- CASSIRER, Ernst. *A filosofia do Iluminismo*. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.
- DARNTON, Robert. *Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- DALEMBERT, Jean, DIDEROT, Denis. *Enciclopédia ou dicionário raciocinado das ciências, das artes e dos ofícios: discurso preliminar e outros textos*. Tradução de Pedro Paulo Pimenta e Maria das Graças de Souza. São Paulo: UNESP. 2015.
- FASÓ, Guido. Jusnaturalismo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.
- FIGUEIREDO, Antônio Pereira. *Tentativa Teológica*. Lisboa, 1769.
- FLÓREZ MIGUEL, Cirilo. *El siglo XVIII y la idea de Europa de La Ilustración*. Madrid: Editorial Síntesis, 2008.
- GAY, Peter. *The Enlightenment: the rise of modern paganism*. v. 2. New York: W.W. Norton & Company, 1995.
- HAZARD, Paul. *O pensamento europeu no século XVIII*. Portugal: Editora Presença; Brasil: Livraria Martins Fontes, 1974.
- HESPANHA, António Manuel. *Direito luso-brasileiro no Antigo Regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOF, Ulrich Im. *A Europa no século das luzes*. Coleção Construir a Europa. Tradução de Maria Antônia Amarante. Lisboa: Editorial Presença, 1995.
- HOLBACH, Barão de. *O sistema da natureza ou das leis do mundo físico e do mundo moral*. Tradução de Regina Schöpke. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HORKHEIMER, Max, ADORNO, Theodor W. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ISRAEL, Jonathan. *O Iluminismo radical*. Tradução de Cláudio Blanc. São Paulo: Madras,

2009.

JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

KANT, Emmanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARGUTI, Paulo. *História da Filosofia do Brasil: o período colonial (1500-1822)*. São Paulo: Loyola, 2013.

MARTÍNEZ, Rogelio Blanco. *Caracteres generales de la ilustración em Europa y em España*. Madrid: Endymion, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MUNCK, Thomas. *História social de la ilustración*. Tradução de Gonzalo G. Djembé. Barcelona: Crítica, 2001.

OUTRAN, Dorinda. *The Enlightenment*. Cambridge: University Press, 1995.

PEREIRA, Marcos A. *Cesare Beccaria: precursor do direito penal moderno*. São Paulo: La Fonte, 2011.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis de direito natural*. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social (1762)*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2006.

TODOROV, Tzvetan. *O espírito das luzes*. Tradução de Mônica Cristina Corrêa. São Paulo: Barcarola, 2008.

VILLALTA, Luiz Carlos. *Reformismo ilustrado, censura e práticas de leitura: uso do livro na América Portuguesa*. Tese (doutoramento em História) – FFLCH/USP, 1999.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763)*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM Editores, 2008.

Data de Recebimento: 15/10/2020.

Data de Aprovação: 13/01/2021.

PRÉ-COMPROMISSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE CONCEITUAL A PARTIR DAS OBRAS DE JON ELSTER, STEPHEN HOLMES E JEREMY WALDRON

CONSTITUTIONAL PRE-COMMITMEN AND DEMOCRACY: A CONCEPTUAL ANALYSIS BASED ON THE WORKS OF JON ELSTER, STEPHEN HOLMES AND JEREMY WALDRON

*Samuel Martins dos Santos-
Cláudio Ladeira de Oliveira**

RESUMO

O artigo tem como tema a relação entre o pré-compromisso constitucional e a democracia, a partir Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron. O problema questiona as diferenças nas perspectivas dos autores, a hipótese é que tal análise potencializa a compreensão das contribuições e limites de cada perspectiva, oferecendo um panorama sobre o debate constitucional contemporâneo a respeito da temática e eventuais soluções para o impasse. O objetivo é indicar que a pluralidade de interpretações explicita um âmbito decisório caro aos regimes democráticos. A metodologia é dedutiva e o método de viés bibliográfico e análise jurisprudencial. Os resultados alcançados indicam que não há uma posição predominante sobre o tema, mas que mudanças de perspectivas conceituais podem ser contributivas para novos enquadramentos da questão. Tal característica aponta, como resultado final da pesquisa, que o próprio horizonte de debate sobre as suas possíveis soluções se constitui como elementar aos regimes democráticos qualificados.

Palavras-chave: Pré-compromisso; Constituição; Democracia; Cláusulas pétreas; Mudança.

ABSTRACT / RESUMEN

The article has as its theme the relationship between constitutional pre-commitment and democracy, starting with Jon Elster, Stephen Holmes and Jeremy Waldron. The problem questions the differences in the perspectives of the authors, the hypothesis is that such analysis enhances the understanding of the contributions and limits of each perspective, offering an overview of the contemporary constitutional debate regarding the theme and possible solutions to the impasse. The aim is to indicate that the plurality of interpretations explains a decision-making framework dear to democratic regimes. The adopted methodology is deductive and the method of bibliographic bias and jurisprudential analysis. The results achieved indicate that there is no predominant position on the theme, but that changes in conceptual perspectives can be contributory to new framings of the issue. This characteristic points, as a final result of the research, that the very horizon of

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, membro do Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo político. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2275146834102056>. ORCID: 0000-0002-2042-9491. E-mail: samuelmartinsdossantos.1977@gmail.com.

** Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo político. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9436190278083455>. ORCID: 0000-0003-0246-512X. E-mail: claudio.ladeira@ufsc.br.

debate about its possible solutions is constituted as elementary to qualified democratic regimes.

Key-words: Pre-Commiment; Constitution; Democracy; Stone Clauses.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema a análise do pré-compromisso constitucional no modelo institucional democrático. A discussão a respeito do papel do pré-compromisso nos regimes democráticos indica um contexto fronteiro entre o Direito Constitucional e a Filosofia Política, e não pode ser classificada como uma novidade no pensamento ocidental contemporâneo. Os debates a respeito do pré-compromisso constitucional remetem ao campo de análise sobre a constituição, as reformas constitucionais, os limites para estas reformas, como também as justificativas para a existência destes limites.

Inicialmente, é pertinente destacar que o surgimento da constituição na modernidade e a sua concepção como instituição jurídica implica também na formulação de questões referentes as suas funções em relação a passagem do tempo, e as relações entre o passado, o presente e o futuro.

Se a constituição é o documento estável e fundante dos ordenamentos jurídicos contemporâneos como serão resolvidas as questões referentes a necessidade da sua mudança? Existirão limites para as mudanças que se fizerem necessárias? Quais as justificativas apresentadas para a existência destes limites? Por quais motivos as gerações do presente devem obedecer aos limites estabelecidos pelas gerações do passado? Qual a legitimidade das gerações do presente comprometerem as gerações do futuro? De que modo tal pré-compromisso não implica em uma limitação dos ditames básicos referentes aos regimes democráticos?

Tais questões remetem as relações entre o constitucionalismo e a democracia, comumente a Teoria Constitucional tem equacionado estes debates a partir de uma perspectiva de antagonismo entre a constituição, como um documento de restrição as decisões majoritárias, e o modelo institucional democrático.

Neste artigo, o problema de referência questiona como três autores fundamentais para este debate responderam estas questões, John Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron. A hipótese é que não existe uma posição amplamente majoritária na doutrina constitucional contemporânea sobre o tema, como também que existem substantivos argumentos para a defesa de posições bastantes distintas entre si, ainda assim é possível apontar pesquisas fronteiriças que propõem reformulações deste questionamento.

O objetivo geral desta pesquisa foi apresentar a pluralidade de perspectivas sobre este tema, como também apontar a inexistência de um posicionamento que possa ser considerado pacífico. Assim, como objetivos específicos, a apresentação das posições dos autores selecionados visa indicar a existência de fundados argumentos em cada uma das posições expostas.

A opção metodológica foi de aplicação do método dedutivo, com técnica de pes-

quisa bibliográfica e análise jurisprudencial, em um esforço para relacionar questões teóricas com elementos do debate público sobre casos concretos, seja no agir político de membros do Poder Executivo, e do Poder Legislativo, seja em relação a decisões judiciais propriamente ditas.

O método hipotético dedutivo possibilitou que a partir da apresentação dos principais textos correlatos de cada autor fosse possível deduzir as respostas por eles apresentadas para a equação pré-compromisso constitucional e democracia. Em alguns autores, como foi o caso de Jon Elster tal análise é central em seu trabalho, no mesmo sentido na obra de Stephen Holmes, por outro lado, em Jeremy Waldron o exercício dedutivista precisou ser mais desenvolvido.

Visando corroborar com tal composição, a técnica de pesquisa bibliográfica selecionou os principais textos dos autores correlatos a tais questões. A disposição de seus posicionamentos foi desenvolvida estritamente em relação aos tópicos centrais do artigo, neste sentido houve a preocupação de expor com clareza e de forma fidedigna a posição de cada um dos autores estudados.

Por fim, o método de abordagem foi qualitativo, visto que selecionou em cada objeto de análise apenas os elementos restritos à problematização da pesquisa, seja de dimensão doutrinária, ou jurisprudencial, e não fez uma análise de viés quantitativo de nenhum dos seus objetos. Tal opção decorre do próprio recorte da pesquisa, que envolve análises conjunturais, mas também de forte carga teórico, indicando, assim, a pertinência da opção metodológica qualitativa.

Em sentido mais amplo, o panorama institucional no qual os pré-compromissos estão inseridos são as possibilidades de mudanças constitucionais sem passagem por processos revolucionários. Isto porque a depender da extensão, e dos limites, dos pré-compromissos constitucionais, mesmo que se obtenha um grande consenso absolutamente majoritário a respeito da necessidade de mudanças institucionais, ainda neste contexto o pré-compromisso seria uma obstrução jurídica à esta possibilidade de mudança.

A atualidade deste debate para os Estados contemporâneos é por demais evidente, conforme exemplificaremos a seguir. O Brasil foi palco de grandes manifestações no ano de 2013, em larga medida os temas que circularam como mais relevantes expressavam uma grande insatisfação com o funcionamento do Estado, a qualidade da prestação dos serviços públicos e com o sistema político. À época, a então titular do Poder Executivo, Sra. Dilma Rousseff, fez uma proposta de criação de uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva e parcial.¹

Independentemente de analisar o mérito da proposta, como também o seu potencial de solução daquela crise política. Importa destacar que entre os

¹ Em 2020 novamente o debate sobre uma nova constituinte é colocado entre os constitucionalistas brasileiros, destacadamente a partir dos argumentos difundidos pelo Constitucionalista Norte Americano que dividiu opiniões no Brasil, sobre o assunto: BUSTAMANTE, Thomas. *et al. Por que substituir a Constituição de 1988 não é uma boa ideia: uma resposta ao Professor Bruce Ackerman.* Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-substituir-a-constituicao-de-1988-nao-e-uma-boua-ideia-01082020. Acesso em 08 out. 2020.

constitucionalistas a discussão se centrou na existência, ou não, de possibilidade institucional da proposta nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tal debate diz respeito a adequação do modelo instituído em 1988 em relação a estas demandas do presente, isto é, se os pré-compromissos assumidos naquela Assembleia Nacional Constituinte do passado seriam limitadores, ou facilitadores, da solução para as demandas do presente.

Ainda no Brasil, destaca-se a posição pacificada do Supremo Tribunal Federal de não analisar a constitucionalidade do texto constitucional de 1988, nos termos da ADI 815/DF, apenas admitindo o controle de constitucionalidade sobre emendas posteriores ao texto originário.²

Tal posição fortalece os pré-compromissos constitucionais instituídos no texto originário, isto porque impede a apreciação de tais normas pelo Poder Judiciário, e com isto obstruí a possibilidade de mutação constitucional ou declaração de inconstitucionalidade expressa das normas originárias.³

Também é possível apontarmos debates nos quais decisões fundamentais consideradas como imutáveis foram objeto de grande discussão sobre a possibilidade de sua modificação em inúmeros outros países,⁴ seja no âmbito do constitucionalismo latino-americano, como também nos debates a respeito das mudanças da Constituição da República Portuguesa de 1976. Considerando a alta complexidade da sociedade contemporânea no final do século XX e início do século XXI, é previsível que tais questionamentos tenham um aumento importância no debate público, justificando-se, assim, o esforço desenvolvido no presente texto.

Se a discussão sobre o pré-compromisso constitucional e a democracia não é nova, por outro lado, é possível indicar que nas últimas décadas o debate tem sido retomado. Trata-se de um tema que tem no trabalho de Jon Elster do final década de 70 do século passado um momento relevante, neste contexto analisaremos qual o delineamento originário da sua obra e quais as mudanças e críticas que o instituto passou desde então. Particularmente, será exposta a opção metodológica de Jon Elster, que vai impactar a sua

² “O Plenário do Tribunal afirmou a incompatibilidade da tese da hierarquia entre as normas constitucionais originárias com o sistema de constituição rígida vigente no Brasil. Isso porque todas as normas constitucionais originárias buscam seu fundamento de validade no poder constituinte originário, e não em outras normas constitucionais. Assim, o Tribunal asseverou que, para preservar a identidade e a continuidade do texto constitucional como um todo, o Constituinte criou as cláusulas pétreas, as quais representam limites ao poder Constituinte derivado, e não normas subordinadoras do próprio poder constituinte originário aptas a tornar inconstitucionais outras normas originárias.” Rel. Moreira Alves. ADI. 815-3. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1996.

³ Sobre o debate doutrinário a respeito da teoria da dupla revisão, e apresentando argumentos contrários ao reconhecimento desta possibilidade teórica no Brasil, ver: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 226, p. 11-32, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47233>. Acesso em 06 out. 2020.

⁴ Visando análise comparada, sobre o papel exercido pelos Tribunais Constitucionais na interpretação dos limites ao poder de reforma constitucional, ver: RAGONE, Sabrina. El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada. *Teoría y Realidad constitucional*. Madrid - Departamento de Derecho Político de la UNED, n. 31, 2013. p. 385-406.

formulação originária no reconhecimento dos problemas decorrentes da relação entre metáforas para comportamentos individuais e para comportamentos coletivos.

Neste aspecto serão expostos também os argumentos pela pertinência ou não do compromisso constitucional e de que modo isto se relaciona com um debate sobre o papel destas instituições no funcionamento e qualificação da democracia, com destaque para as posições de Stephen Holmes.

Por fim, pretende-se expor as críticas dispostas por Jeremy Waldron ao pré-compromisso constitucional defendidas por Jon Elster e Stephen Holmes e quais as suas propostas para a análise do instituto e, por fim, as relações com a concepção de democracia apresentada pelo autor.

Além dos impasses teóricos conhecidos que permeiam a questão, o texto se propõe a apontar possibilidades de recomposição deste debate para um maior aproveitamento do seu potencial.

Jon Elster, Ulisses e suas mudanças

Os trabalhos de Jon Elster a respeito do pré-compromisso constitucional datam do final da década de 70, quando foi publicado o ensaio *Ulisses e as sereias*, posteriormente o mesmo foi revisto pelo autor do que resultou a publicação da obra *Ulisses Liberto* no ano 2000.

As análises do autor são fortemente marcadas pela defesa de uma opção metodológica específica, o seu ponto de partida é a crítica às práticas nas ciências sociais que compõem explicações ao desenvolvimento de instituições sociais e jurídicas a partir de nexos de causalidade, que se apresentam como passíveis de objeção. Assim, as ciências sociais apresentariam fragilidade no seu potencial explicativo do surgimento e desenvolvimento das instituições, denominadas de mecanismos pelo autor. As suas críticas contra as explicações comumente desenvolvidas nas ciências sociais possuem a seguinte base:

- Explicações causais devem ser distinguidas de proposições causais verdadeiras
- Explicações causais devem ser distinguidas de afirmações sobre correlação
- Explicações causais devem ser distinguidas sobre afirmações sobre necessidade.⁵

A partir desta perspectiva, Jon Elster apresenta sua proposta conhecida como individualismo metodológico, segundo a qual a referência principal para a explicação dos fenômenos sociais deve ser o indivíduo, ao invés das coletividades e das instituições. Assim, é a ação humana, e a interação entre os sujeitos, que possuem maior potencial explicativo dos mecanismos sociais.

A ênfase no comportamento do indivíduo, antes de refletir sobre a coletividade, está relacionada a metodologia desenvolvida pelo autor que é caracterizada pela

⁵ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 17-20.

preponderância da análise da ação dos indivíduos como uma referência também para a compreensão do comportamento das coletividades, como se este segundo objeto fosse apenas um desdobramento das ações individuais:

Um dos traços mais marcantes da filosofia das ciências sociais de John Elster (1985) é a sua defesa permanente e fiel do individualismo metodológico. Para ele, trata-se de uma doutrina em que todos os fenômenos sociais – sua estrutura e sua mudança – são, em princípio, explicáveis de forma que somente envolvam indivíduos – suas propriedades, seus objetivos, suas crenças e suas ações.⁶

Tal informação é relevante por se tratar de um método essencial para a compreensão da figura do Ulisses, da autocrítica que o autor fez posteriormente, como também das críticas que recebeu em relação ao seu texto originário.⁷

Mesmo reconhecendo a importância e influência do individualismo metodológico de Jon Elster, neste trabalho enfocaremos os argumentos que o autor aponta para justificar a existência dos pré-compromissos que são aplicáveis tanto a indivíduos como para sociedades. A pergunta que serve de diretriz ao seu trabalho diz respeito às razões que levam as pessoas a criarem restrições para si próprias. No desenvolvimento da sua análise, o autor utiliza-se de uma metáfora por demais conhecida.

Ulisses é o capitão de um navio, que tem no seu percurso a passagem por uma ilha na qual os cânticos das sereias convidavam todos os navegantes à aproximação, ocorre que a ilha se encontra rodeada por perigos e rochedos, de modo que a aproximação invariavelmente tinha como consequência o fracasso, com o afundamento do navio. Visando evitar tal perigo, Ulisses pede aos seus marinheiros que o amarrem em um mastro e coloquem cera nos seus próprios ouvidos, para impedi-los de ouvir o canto das serias, e ordena aos seus marinheiros que por mais que ele determine à aproximação junto a ilha no decorrer da viagem, que ele não seja ouvido e muito menos obedecido.

Tal composição narrativa é utilizada para debater quais são as vantagens e desvantagens dos indivíduos e das coletividades se imporem autorrestrições. Neste aspecto o autor apresenta o que ele denomina de Teoria da Restrição: “o que o livro

⁶ JUNIOR, José Luiz de Amorin Rattón; MORAES, Jorge Ventura de. Para ler Jon Elster: Limites e possibilidades de explicação por mecanismos nas ciências sociais. *Revista de Ciências Sociais - Dados*. Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, 2003. p. 384-385.

⁷ Vale ressaltar que em 1999 o Jon Elster já identificava os limites do seu individualismo metodológico: “Entretanto, a analogia entre a autoimposição individual e a autoimposição política de limites é extremamente restrita. Um indivíduo pode comprometer-se com determinadas ações, ou, pelo menos, tornar mais difícil e menos provável desviar-se delas, recorrendo a uma estrutura legal externa e independente de si próprio. Mas não existe nada externo à sociedade. Com exceção de alguns casos especiais, como a abdicação de poderes ao FMI, as sociedades não podem confiar sua vontade a estruturas fora do seu próprio controle: os vínculos sempre podem ser desfeitos se as sociedades assim o desejarem. O problema não é explicar por que tantas constituições fracassam em impor obediência a seus criadores e nunca passam de meros pedaços de papel escrito. A questão está em compreender de que maneira muitas constituições conseguem adquirir essa misteriosa capacidade de serem obedecidas.” ELSTER, Jon. A possibilidade da política racional. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 14, n. 39, p. 13-40, feb. 1999. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269091999000100002&lng=en&nrm=iso. Access to Jun. 17, 2017. p. 25.

analisa são as restrições que se traduzem em tornar as opções conhecidas menos disponíveis, em vez de bloquear o conhecimento da sua existência.”⁸

A argumentação é desenvolvida no sentido de indicar que a restrição às possibilidades de ação pode significar um aumento no potencial de organização da ação do indivíduo, e que tal perspectiva é aperfeiçoada quando ocorre o distanciamento da concepção de que o maior número de possibilidades de ação é o melhor para o indivíduo e as coletividades. Inversamente, o autor defende que um menor número de opções à ação pode causar menos insegurança no processo de tomada de decisão, o que já implica por si uma maior agilidade, como também mais eficiência na busca de estabilidade.

No desenvolvimento da sua obra, Jon Elster apresenta elementos que podem constituir instabilidades para os regimes políticos, de modo a colocar em questão decisões anteriormente tomadas, como a paixão e a inconsistência temporal. Tais elementos são apresentados como possibilidades de alteração das determinações iniciais, seja um indivíduo, seja uma coletividade, a característica da condição humana como suscetível de ser tomada por sentimentos como as paixões pode causar significativas alterações na capacidade de autorrestrição por parte dos indivíduos e das coletividades:

Quando agimos sob a influência das paixões, elas podem fazer que nos desviemos dos planos traçados em um momento mais tranquilo. O conhecimento dessa tendência cria um incentivo para que nos pré-comprometamos a não nos desviar de nossos plenos originais. Aqui, utilizo o termo ‘paixão’ em um sentido amplo, que abrange não apenas as emoções típicas como a raiva, medo, amor, vergonha e outras, mas também estados como intoxicação alcohólica, desejo sexual, desejo de drogas que criam dependência, dor e outros sentimentos viscerais.⁹

Neste ponto o trabalho do autor apresenta potencial para significativa contribuição nas pesquisas da seara do Direito Constitucional, isto porque o desenvolvimento de análises neste campo das Ciências Sociais Aplicadas é caracterizado pela predominância de critérios racionalistas em relação ao comportamento dos indivíduos, como também das coletividades. No entanto, análises de Direito Constitucional com perspectivas descritivas e realistas não podem desconsiderar que o projeto jurídico da modernidade não conseguiu excluir absolutamente os comportamentos não racionais dos processos políticos.

Com isto, o autor vai polarizar o momento de formulação da autorrestrição por parte do indivíduo, que pode se constituir como um pré-compromisso constitucional para as coletividades, e que podemos denominar de T1, do momento no qual esta coletividade se encontra tomada por paixões, que podemos denominar de T2, que podem questionar a decisão anteriormente tomada, a partir de elementos menos racionais e mais emotivos:

Para Elster, emoções são um tópico negligenciado nas ciências sociais contemporâneas, especialmente nas versões tributárias dos pressupostos antropológicos encontrados na teoria econômica e a clássica. Ele propõe então

⁸ ELSTER, Jon, 1999. *Op cit.*, p. 14-15.

⁹ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 19.

uma agenda teórica para a investigação das emoções na vida social: o papel destas na sustentação das normas sociais, o papel das normas sociais na regulação das emoções, as interconexões entre racionalidade e emoções (emoções podem ser consideradas mais ou menos racionais, a interferência suposta das emoções sobre a racionalidade ou o contrário e a possibilidade de planejamento na vida emocional) etc.¹⁰

As paixões são concebidas como elementos de instabilidade nos processos deliberativos, que podem alterar o comportamento dos indivíduos e das coletividades em relação as decisões anteriormente tomadas e que fazem parte do pré-compromisso constitucional.¹¹

Na análise de Jon Elster a existência das paixões como elementos de instabilidade justifica a necessidade dos pré-compromissos, tal como a não menos famosa metáfora do indivíduo que vai à uma festa, mas não quer dirigir embriagado, ciente deste risco, antes de embriagar-se o mesmo dá a chave para o seu amigo para que ele não as entregue na hipótese de embriaguez. Um segundo elemento de instabilidade dos pré-compromissos que o autor apresenta é denominada inconsistência temporal: “Ocorre quando a melhor política planejada atualmente para algum período futuro não é mais a melhor política quando o período chega.”¹²

A inconsistência temporal se encontra diretamente relacionada a passagem do tempo, o que pode trazer instabilidades de duas ordens quando refletida a partir da discussão do pré-compromisso constitucional; I. no referente as mudanças que a própria passagem do tempo impõe aos indivíduos e as coletividades; II. O debate intergeracional, visto que as gerações substitutas não teriam sido consultadas a respeito do conteúdo do pré-compromisso constitucional.

Segundo o autor, as paixões e a inconsistência temporal são elementos que corroboram para a justificação do pré-compromisso constitucional, isto é, justamente o reconhecimento destas instabilidades indicam a pertinência da importância do pré-compromisso como elemento de garantia da estabilidade dos regimes políticos.

Com vistas a diminuir a intensidade destas instabilidades Jon Elster vai apresentar um conjunto de métodos que podem fortalecer o papel desempenhado pelos pré-compromissos, tais quais a criação de recompensas na hipótese de manutenção da autorrestrrição, a criação de atrasos de decisões que possam impactar o conteúdo do pré-compromisso, como forma de diminuir a influência das paixões e o fortalecimento das crenças que corroboram para a manutenção das autorrestrições.

A transposição das análises dos comportamentos individuais para o estudo de

¹⁰ JUNIOR, José Luiz de Amorin Ratton; MORAES, Jorge Ventura de. Para ler Jon Elster: Limites e possibilidades de explicação por mecanismos nas ciências sociais. *Revista de Ciências Sociais - Dados*. Rio de Janeiro, v. 46. n. 2, 2003. p. 387.

¹¹ O autor destaca quatro efeitos da paixão: distorção da cognição; obscurecimento da cognição, induzimento da fraqueza da vontade e induzimento a miopias. Um limite que é possível apresentar em relação a esta análise diz respeito ao fato de que a ciência da influência das paixões, e a tomada de precauções institucionais em relação a isto nunca será previsível em toda a sua inteireza, visto que sempre existirão paixões que poderão instabilizar os mais pacificados pré-compromissos. Ver: ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 20.

¹² CUKIERMAN apud ELSTER, *Op. cit.*, p. 40.

comportamentos coletivos foi identificada pelo Jon Elster como um ponto carente de revisão, que vai implicar em mudanças da obra originária *Ulisses e as sereias* para a obra revista *Ulisses Liberto*: “Como em muitos casos, transferir conceitos para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se estas fossem indivíduos em escala ampliada, pode ser enganoso.”¹³

Assim, na obra revisada se destaca uma ênfase no debate sobre de que modo o desenho constitucional impacta na formação e manutenção do pré-compromisso e como isto pode prevenir instabilidades à este regime político. Outro aspecto da mesma questão que o autor aborda diz respeito ao quanto os pré-compromissos constitucionais não são obstruções a mudanças institucionais, legítimas, ou ilegítimas.

Nas suas análises sobre a possibilidade de mudança institucional e social, o autor enfocará a Constituições por considerá-las elementares às sociedades democráticas contemporâneas. A partir de uma perspectiva moral, o autor pretende analisar o quando os pré-compromissos constitucionais instituídos nestes documentos fundantes são impeditivos de mudanças institucionais posteriores:

Estoy enfocando constituciones por que son la encarnación de la legitimidade em casi todas las sociedades democraticas. Podrá objetar-se que las constituciones son sólo los restos accidentales del pasado, que não devem obstaculizar la formación del futuro. Aunque em um sentido esta afirmación, sea indiscutiblemente certa, em outro vá desencaminhada. Uma Constitución obtiene legitimidade partiendo de lo que se há llamado ‘el poder normativo de lo fáctico’: comparada con las opciones que están contendiendo com lo status quo y también entre si, tiene el privilegio de existir. Sin embargo, em lá objción hay este importante meollo de verdade: no devemos sentirnos obligados, o ao menos esto aduciré, por uma Constitución que haga imposible el cambio. ¹⁴

Com isto o debate está posto, a partir do aporte metodológico do autor para análise dos fenômenos e das mudanças sociais, como também da relevância do documento constitucional para o autor como uma instituição com possibilidade de estabelecer pré-compromissos sem impedir as mudanças sociais.

Analisando o papel das Constituições escritas como institutos de aperfeiçoamento dos pré-compromisso constitucional o autor indica os seguintes mecanismos que podem corroborar para a sua manutenção, tais como, a petrificação absoluta das leis, a adoção de uma maioria qualificada no Parlamento, a exigência de quórum maior do que para uma legislação ordinária, a ratificação dos Estados em federações, a ratificação por referendo, entre outros.

No caso da Constituição da República Federativa do Brasil é possível identificar como elementos constitutivos do pré-compromisso constitucional a instituição de um núcleo duro no sistema constitucional, como as cláusulas pétreas, previstas no art. 60, parágrafo 4, que impossibilita deliberações tendentes à abolir os direitos fundamentais, a forma de Estado, entre outros, como também a maior dificuldade do processo legislativo visando alterar a Constituição Federal. No mesmo sentido, o autor indica que o

¹³ ELSTER, 2009. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁴ ELSTER, 1999. *Op. cit.*, p. 323.

bicameralismo é uma forma de resistência a impulsos de alteração de constituição que possam ser identificados como violadores do pré-compromisso constitucional:

O pré-compromisso constitucional opera, portanto, em dois níveis. Em primeiro nível, a Constituição pode projetar a máquina de governo ordinária de forma a contrabalançar a paixão, superar a inconsistência temporal e promover a eficiência. Em nível mais elevado, a máquina de emendas da própria Constituição pode ser projetada para ser lenta e complicada. Essas restrições de alto nível têm dois efeitos. Por um lado, agem diretamente sobre os problemas da paixão, da inconsistência temporal e da eficiência. Por outro, garantem e estabilizam os mecanismos de primeiro nível que, por sua vez, agem sobre os mesmos problemas.¹⁵

Por fim, vale indicar que o autor apresentará situações nas quais os pré-compromissos podem não ser desejáveis, como também podem não ser possíveis. A primeira hipótese ocorre quando os sujeitos responsáveis pela elaboração do pré-compromisso no T.1 encontram-se profundamente influenciados por elementos não justificáveis racionalmente, e de mero revanchismo contra outro grupo.

Trata-se de uma questão relevante porque identifica uma séria objeção aos argumentos defensores do pré-compromisso, que supõem que no momento da sua elaboração, via de regra em Assembleias Nacionais Constituintes, os seus elaboradores encontram-se em uma situação mais elevada de deliberação racional, o que dificilmente ocorre em situações historicamente dadas: “Se as constituições são, em geral, escritas em tempos de crise, não é evidente que os constituintes estarão particularmente sóbrios. Aqueles que elaboraram a Constituição francesa de 1791, por exemplo, não eram famosos por sua sobriedade.”¹⁶

A autocrítica que Jon Elster fará sobre a utilização do individualismo metodológico não é suficiente para desconsiderar sua argumentação a respeito dos pré-compromissos constitucionais. Em que pese o próprio autor identifique inúmeros limites da sua proposta, percebe-se que a manutenção do pré-compromisso ainda é um elemento presente na sua análise, mesmo ciente de tantos limites decorrentes desta opção, posição mais enfática na defesa do pré-compromisso é apresentada na sequência a partir do trabalho de Stephen Holmes.

O pré-compromisso constitucional na análise de Stephen Holmes

O ponto de partida para análise de Stephen Holmes está no antagonismo entre constituição e democracia que se constituiu como um senso comum no discurso de constitucionalistas e cientistas políticos. Não se trata da posição do autor, segundo o qual a relação entre estes dois elementos pode significar uma possibilidade de aperfeiçoamento do regime democrático:

¹⁵ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 154.

¹⁶ *Ibidem*, p. 203.

La existencia de una “tensión” irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno. Al ponerlo en entredicho, no intento negar hechos bien conocidos; antes bien, al dudar de una suposición ampliamente compartida, es decir, al atender a la sugerencia (en cierto sentido obvia) de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente, espero aclarar algunas dimensiones descuidadas de la teoría democrática y constitucional.¹⁷

Na esteira de análises que apresentam as Constituições como mecanismos de otimização dos governos, e não apenas como limitadoras do exercício do poder, o autor defende que a existência do pré-compromisso corrobora para o fortalecimento dos cidadãos em detrimento ao poder dos governantes, visto que as autorrestrições impostas teriam como consequência uma limitação já definida ao poder dos governantes.

O trabalho de Stephen Holmes segue na recomposição deste debate no pensamento liberal contemporâneo, expondo uma extensa linha de autores contrários ao pré-compromisso, entre outros motivos, porque não existe legitimidade de uma geração do passado limitar o poder decisório de gerações do presente, nesta esteira são apresentadas análises de Locke, Kant e Stuart Mill e Jefferson.

A partir da divergência entre Jefferson e James Madison, Stephen Holmes apresenta de forma enfática aqueles argumentos que ele considera mais robustos para a defesa do pré-compromisso constitucional. Em favor do pré-compromisso constitucional o autor defende que a restrição das opções deliberativas, além de proteger os cidadãos dos governantes, tem um aspecto de aumentar a eficiência dos regimes políticos, caso contrário, por exemplo, a todo o tempo novas deliberações deveriam ser feitas, muitas vezes, para se chegar a mesma conclusão anteriormente já obtida.

Uma crítica recorrente no debate sobre o pré-compromisso diz respeito ao problema intergeracional, que pode ser resumida na seguinte expressão, por qual motivo as gerações do presente se sentiriam comprometidas com pré-compromissos formulados por gerações do passado sobre o qual elas não foram consultadas? Visando responder esta pergunta, Stephen Holmes apresenta como argumento a figura do consentimento tácito, pois exigir um consentimento explícito sobre todas as coisas geraria uma instabilidade inadmissível aos regimes políticos.

Na esteira do pensamento de Stephen Holmes, e considerando esta sobreposição de gerações de indivíduos, é necessário indicar que o autor aponta que a ausência do pré-compromisso inevitavelmente significaria uma perda de qualidade destas eventuais deliberações políticas, pois as posteriores seriam mais afeitas as paixões e acordos momentâneos.

Neste ponto é necessário apresentar duas objeções, a primeira no referente a supervalorização da geração responsável pelo estabelecimento do pré-compromisso, como já apontamos acima, não existe nenhum critério de aferição que esta geração tenha um poder de decisão mais qualificado do que as posteriores, acrescido à isto deve-se afastar o argumento de que deliberações consecutivas levariam a conclusões equivocadas,

¹⁷ HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la paradoja de la democracia. In ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs). *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Economico: México, 1988. p. 216.

pois é possível que estas deliberações tenham um sentido acumulativo da qualidade do processo decisório, como também importa destacar que, no mínimo, não existem elementos para que o resultado será de piora do regime político.

Como argumento de defesa da legitimidade da imposição do pré-compromisso para as gerações vindouras, o autor apresenta que é necessário reconhecer que as gerações do futuro herdarão uma sociedade com um nível de organização mais aprimorado, e que este benefício deve ser reconhecido como uma justificativa para o caráter de obrigatoriedade à observância das autorrestrições estabelecidas pelas gerações do presente em relação as gerações do futuro.

Sem dúvida, um dos principais argumentos em defesa do pré-compromisso constitucional apresentado por Stephen Holmes encontra-se na análise de processos democráticos que derrocaram em regimes ditatoriais, destacadamente, a República de Weimar.

O autor defende que não podemos ignorar que estas possibilidades existem, assim se as gerações futuras considerarão estes riscos e a importância dos pré-compromissos, entendidos mais como regras para tornarem o regime democrático possível do que limitações à democracia, isto caberia a cada geração decidir. Este aspecto ressalta a posição do autor de conceber a relação entre constituição e democracia como positiva e de aperfeiçoamento recíproco:

Este es un ejemplo notable de la paradoja de la democracia: los ciudadanos pueden aumentar su poder atándose sus propias manos. La democratización limitada sirve a la continuación del gobierno democrático.¹⁸

Este elemento fica reconhecido como um forte argumento democrático favorável ao pré-compromisso, isto é, a experiência dos Estados de Direito do século XX não permite inocência ou ingenuidade aos estudiosos da Teoria da Democracia, no referente a possibilidade de uma deliberação democrática ensejar a constituição de governos autoritários.

Nesta senda, a constituição é apresentada como o regramento básico do regime político que deve ser mantido e protegido de alterações abruptas, sobretudo porque movimentos desta ordem poderiam anular justamente aspectos considerados essenciais dos regimes democráticos, por exemplo, como é o caso do direito fundamental à liberdade de expressão. O autor defende, por fim, o que ele identifica como autopaternalismo, em uma relação positiva e necessária às democracias contemporâneas:

Se debe concebir un marco institucional y jurídico para mantener abierta la gama de opciones más vasta posible con objeto de tomar decisiones. Nuestra condición humana radica ante todo en nuestra capacidad de elegir, en nuestra aptitud no sólo de decidir, sino también de anular aquellas decisiones pasadas insatisfactorias y decidir de nuevo. Una Constitución bien pensada puede crear un régimen que sea poco adecuado a la capacidad humana de autocorrección.

¹⁸ HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe; PAULA, Daniel Giotti de (Orgs). *Tratado de Direito Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 598.

Sólo un precompromiso bastante inflexible a ciertas reglas de procedimiento (que garantice, por ejemplo, el derecho permanente de disentir impunemente) hace posible el aprendizaje público. La democracia constitucionales el sistema político más “humano” porque se enriquece con la capacidad de individuos y comunidades para reconocer sus propios errores.¹⁹

Feitas estas observações, passaremos a análise dos argumentos de Jeremy Waldron, que certamente é o autor, entre os selecionados, que mais claramente se opõe à concepção de pré-compromisso constitucional.

Ulisses como povo, desacordos e as críticas de Jeremy Waldron ao pré compromisso constitucional

A compreensão da posição de Jeremy Waldron a respeito do pré-compromisso prescinde de uma rápida apresentação dos seus principais posicionamentos sobre democracia e o papel deferido ao sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Democráticos.

Os seus trabalhos são caracterizados por uma defesa do fortalecimento do postulado da soberania popular e, conseqüentemente, do Poder Legislativo no funcionamento dos Estados contemporâneos. Considerando que estes modelos são baseados na concepção de que todo poder emana do povo, a valorização do Poder Legislativo como representante prioritário da vontade do povo se apresenta como fundamental.

O autor não desconsidera as inúmeras críticas que são apontadas ao enfoque da soberania popular, como também a delicada relação que se compõe entre democracia e constituição, como se as maiorias precisassem ser restringidas no seu ímpeto pelas instituições jurídicas para a salvaguarda da democracia.

No entanto, na sua análise, existe uma grande incongruência em se definir que todo poder emana do povo, que este povo é integrado por sujeitos titulares de direitos fundamentais e não ser reconhecido a estes sujeitos a competência de um exercício qualificado da cidadania nos regimes democráticos, inclusive para a sua salvaguarda, e não a sua deteriorização.

Disto decorre a ênfase que o autor dará às decisões majoritárias tomadas pelo eleitorado em sentido amplo, para reconhecer a aptidão dos indivíduos e da sociedade de exercerem de forma qualificada a sua cidadania nos processos decisórios majoritários.

Este é o ponto fundamental da sua análise, em uma democracia é preciso que as questões fundamentais sobre a democracia sejam decididas de forma democrática. Disto vai derivar a sua defesa, com expressa influência aristotélica, daquilo que ele denomina de Doutrina da Sabedoria da Multidão (DSM), que o autor resume em dois postulados:

DSM.1. O povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores do que qualquer membro individual do corpo.

¹⁹ HOLMES. *Op cit.*, p. 603.

DSM.2. O povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores do que qualquer subconjunto de pessoas.²⁰

Considerando o objeto do presente artigo a respeito do pré-compromisso constitucional, é preciso lembrar que, em regra, àqueles que foram responsáveis pela redação originária da constituição no passado, que impõem limites decisórios ao presente, não se encontram mais em condição de apresentar sua interpretação *ex legis* da constituição.

Neste ponto, Jeremy Waldron faz uma crítica contundente à metodologia aplicada por John Elster na metáfora sobre Ulisses e as Sereias, pois transpor de forma pouco problematizada um comportamento individual para analisar um comportamento coletivo apresenta fragilidades flagrantes. Conforme expõe Jeremy Waldron é preciso lembrar que numa sociedade contemporânea democrática, o papel de Ulisses é exercido pelo povo, em toda a sua pluralidade e em toda a sua complexidade nos processos decisórios:

La pluralidad de una comunidad política, la inevitable existencia de diversidad de opiniones y desacuerdos razonables entre sus miembros sobre todos los asuntos que conciernen a los derechos y la justicia y la dinámica de la deliberación, tanto formal como informal, a lo largo del tiempo; estas tres cosas significan que raramente estamos en disposición de afirmar, con alguna seguridad, que la mayoría que apoya determinada posición en t2 represente la debilidad o el pánico que los que se oponían a esta posición en t1 tenían razones para temer.²¹

E este é um ponto fundamental para a compressão da posição do autor a respeito do pré-compromisso, segundo o próprio, na medida em que todas constituições contemporâneas comportam algum tipo de mecanismo de reforma constitucional, como também limites procedimentais e materiais à estas reformas, sempre existirão dúvidas a respeito de qual o momento adequado para a reforma, e quais os limites à esta reforma.

A partir disto, o autor defende que o povo não possui esta possibilidade de manutenção da sua convicção de forma tão clara a ponto de justificar uma restrição da possibilidade deliberativa do presente em relação ao passado. O que representa uma forte objeção procedimental à existência do pré-compromisso.

O autor ainda indica que o modelo do pré-compromisso não é causal, pois possui um conteúdo decisório que lhe é inerente. Mesmo nas metáforas utilizadas por Jon Elster e Stephen Holmes, sejam os marinheiros que amarram Ulisses, ou seja o amigo que ficará com as chaves caso o proprietário do automóvel se embriague, nas duas hipóteses existe um conteúdo decisório a respeito de desamarrar Ulisses, ou entregar as chaves ao proprietário do veículo.

Na medida em que o pré-compromisso não se constitui por uma relação de causalidade, o autor enfoca que o debate precisa ser equacionado a partir de uma Teoria da Au-

²⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 115-116.

²¹ WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 323.

toridade, isto é, sobre quem vai decidir a respeito dos limites do pré-compromisso constitucional. Comumente, este tipo questão tem sido solucionada pela existência de um Tribunal Constitucional, que através do sistema de controle de constitucionalidade poderá decidir sobre qual é o limite exato do pré-compromisso constitucional.

Em sua crítica ao modelo do judicial review, Jeremy Waldron considera que a existência de um Tribunal Constitucional para decidir via controle de constitucionalidade a respeito da extensão dos limites do pré-compromisso constitucional implica em inevitável afastamento da soberania popular a favor de uma decisão de viés aristocrático por uma Suprema Corte, o autor dispõe:

As pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões deste caráter.²²

Assim, a sobrevalorização do judicial review na manutenção e aprimoramento dos direitos fundamentais acabaria por desconsiderar a relevância do paradigma democrático para as sociedades contemporâneas no debate público.

Na análise do Waldron a existência dos Tribunais Constitucionais como garantidores das democracias contemporâneas não se justifica por algum tipo de critério racionalista ou equidistante da política, pois a possibilidade de erro ou de influência política existem tanto nas decisões majoritárias dos grandes eleitorados, como também nos Tribunais Superiores.

Além das críticas ao sistema do judicial review já expostas acima, que referem-se à substituição de uma decisão do povo por uma decisão de uma elite judicial, no mesmo sentido, vale apresentar a importância dada por Jeremy Waldron ao conceito de desacordo, segundo o qual existem questões de cunho moral, ético e político, sobre as quais mesmo as pessoas mais bem intencionadas, e melhor preparadas tecnicamente, podem apresentar divergências:

Un 'precompromiso' constitucional em estas circunstancias no es por lo tanto el triunfo de la racionalidad preventiva tal y como aparece em los ejemplos de Ulises, del fumador y del bebedor, sino más bien el predominio sostenido artificialmente de um punto de vista político sobre los demás, mientras las complejas cuestiones Morales quedan sin resolver. Imponer el esquema del precompromiso a esta situación sabe más a Procusto que a Ulises.²³

Deste modo, o autor apresenta uma objeção democrática ao argumento que Holmes apresenta em prol do pré-compromisso, haja vista as experiências do século XX,

²² WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

²³ WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 320.

segundo Jeremy Waldron, excluir a possibilidade deliberativa em nome de fundadores mistificados da nação, ou deixar para que uma elite judicial o faça, é enfraquecer a democracia em detrimento de seus riscos possíveis, e baseado em preconceitos contra o exercício das deliberações majoritárias.

Conforme já foi exposto anteriormente, o autor defende que as questões fundamentais sobre a democracia sejam decididas de forma democrática, através de deliberações majoritárias baseadas em critérios universalistas e inclusivos. Isto porque já que existe o desacordo, é melhor que o mesmo seja decidido democraticamente. Assim, para o autor são absolutamente compreensíveis os argumentos em defesa do pré-compromisso constitucional. No entanto, as dificuldades inerentes ao processo decisório sobre a extensão deste pré-compromisso indicam a falência da metodologia aplicada e a sua própria inviabilidade.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo um levantamento bibliográfico do debate sobre o pré-compromisso constitucional nas obras de três autores, Jon Elster, Stephen Holmes e Jeremy Waldron.

Verificou-se que a indicação comum de uma relação tensa entre os conceitos de Democracia e Constituição precisa ser analisada com mais cuidado, existindo robustos argumentos contrários que indicam ausência de um antagonismo e uma relação de qualificação contributiva entre estes dois conceitos.

Jon Elster e Stephen Holmes se posicionam favoravelmente a existência do pré-compromisso, alinhando-se à uma extensa corrente no pensamento político que valoriza argumentos de estabilidade e segurança jurídica.

Por outro lado, Jeremy Waldron posiciona-se contrariamente ao desvelar os conteúdos decisórios das posições defendidas pelos autores supracitados. Nesta perspectiva é possível indicar que o trabalho do autor enfoca a deliberação democrática como um mecanismo de solução das dúvidas razoáveis, inclusive, a respeito da extensão do pré-compromisso.

Certamente, os três autores analisados reconhecem que a questão se apresenta por demais complexa, pois muitas vezes a sobrevalorização do pré-compromisso pode significar um esgotamento do potencial democrático do regime político em análise.

O início do século XXI tem indicado que a velocidade das mudanças será alta nos tempos vindouros, e o debate jurídico e a pesquisa na área do Direito precisa aprofundar suas análises nas justificativas favoráveis e contrárias a estas mudanças, de modo a ensinar a identificação de seus limites passíveis de serem transpostos, como também daqueles que lhes são intransponíveis para a própria salvaguarda do regime político democrático.

Se é possível indicar que existem bons argumentos em vários sentidos, o impasse teórico da questão também pode ser pouco produtivo. No sentido de tentativa de solução,

em texto de 2014 sobre o tema, Cristina Foroni Consani²⁴ defende uma reformulação da concepção de democracia a partir de uma reaproximação dos conceitos de povo e de vontade, visando prevenir-se do institucionalismo excessivo. Se a proposta não avança muito em relação a organização institucional, como também aos seus riscos deliberativos, em trabalho posterior a autora faz inegável contribuição ao deparar-se perante o desafio teórico em perspectiva propositiva.²⁵

Em sentido mais cético, importa destacar o trabalho de Nimer Sultany que aponta que as várias composições possíveis da relação entre constituição, pré-compromisso e democracia, talvez sejam de impossível enquadramento e superação, haja vista que os próprios termos constitutivos deste debate teórico são plurívocos.²⁶

A indefinição teórica do tema, neste ponto em convergência à proposta de Sultany,²⁷ não deve ser concebida como uma limitação da racionalidade, sendo, por outro lado, o seu reconhecimento uma importante fronteira de aprofundamento do debate público sobre as questões mais caras aos regimes democráticos, do que ficam por demais justificadas todas as tentativas sinceras de contribuição para este campo teórico.

REFERÊNCIAS

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. *Lua Nova*. São Paulo, n. 42, p. 5-51, 1997. Available from: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000300002>. Access to Jun. 22, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas. *et al.* Por que substituir a Constituição de 1988 não é uma boa ideia: uma resposta ao Professor Bruce Ackerman. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-substituir-a-constituicao-de-1988-nao-e-uma-boa-ideia-01082020. Acesso em 08 out. 2020.

CONSANI, Cristina Foroni. Constitutional precommitment and collective autonomy: Can they be reconciled? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo – Unisinos, v. 7, n. 3, set./dez. 2015.

CONSANI, Cristina Foroni. *O paradoxo da democracia constitucional: uma análise da tensão entre o direito e a política a partir da filosofia política e constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁴ CONSANI, Cristina Foroni. Constitutional precommitment and collective autonomy: Can they be reconciled? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo – Unisinos, v. 7, n. 3, set./dez. 2015. p. 240-241.

²⁵ CONSANI, Cristina Foroni. *O paradoxo da democracia constitucional: uma análise da tensão entre o direito e a política a partir da filosofia política e constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁶ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*. Cambridge: Harvard Law School, v. 47. p. 437-442.

²⁷ *Op cit.*, p. 453-455.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. A possibilidade da política racional. *Revista brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 14, n. 39, p. 13-40, feb. 1999. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010269091999000100002&lng=en&nrm=iso. Access Jun. 17, 2017.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1988.

ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

HOLMES, Stephen. Constituições e constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe; PAULA, Daniel Giotti de (Orgs.). *Tratado de Direito Constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Economica: México, 1988.

JUNIOR, José Luiz de Amorin Ratton; MORAES, Jorge Ventura de. Para ler Jon Elster: Limites e possibilidades de explicação por mecanismos nas ciências sociais. *Revista de Ciências Sociais - Dados*. Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, 2003.

RAGONE, Sabrina. El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada. *Teoría y Realidad constitucional*. Madrid: Departamento de Derecho Político de la UNED, n. 31, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 226, p. 11-32, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47233>. Acesso em 06 out. 2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI. 815-3. Relator: Min. Moreira Alves. DJ. 28/03/1996, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em 09 dez. 2019.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review*. Cambridge: Harvard Law School, v. 47.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Political Theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

Data de Recebimento: 15/10/2020.

Data de Aprovação: 05/05/2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL PARENTAL: COMPREENDENDO O DANO IMATERIAL OCASIONADO PELA FALTA DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR

PARENTAL CIVIL RESPONSIBILITY: UNDERSTANDING IMMATERIAL DAMAGE FROM THE LACK OF FAMILY COEXISTENCE

Carlos Alexandre Moraes*
Dirceu Pereira Siqueira**
Diego Fernandes Vieira***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo examinar a responsabilidade civil voltada para as relações parentais no que se refere ao direito à convivência familiar, nos casos envolvendo a alienação parental e o abandono afetivo. Atualmente, a referida matéria gera muitas controvérsias jurídicas, pois existe uma confusão entre a convivência familiar e sentimento “amor”, e ainda acerca dos danos recorrentes quando inexistente este contato. Assim, buscou-se, por intermédio dos métodos exploratório e bibliográfico, compreender e reexaminar os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, analisando o dano causado pela não convivência como um dano existencial e não simplesmente moral. Como resultado, verificou-se a necessidade de releitura da responsabilidade civil parental, para que possa garantir a devida tutela à população infantojuvenil em sede constitucional.

Palavras-chave: Abandono Afetivo; Alienação Parental; Direitos da Personalidade; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

* *In memoriam*. Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Doutor em Direito pela FADISP; Doutor em Ciências da Educação pela UPAP, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7327808122990666>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2230-0368>.

** Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (Uniara) e do Centro Universitário Unifafibe (Unifafibe), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State - EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

*** Professor do Curso de Direito da Faculdade Maringá (FAC), Maringá (PR). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Unicesumar), Maringá (PR). Bolsista Taxa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). Pós-graduado em Psicologia Educacional, Direito Civil e MBA em Gestão Empresarial pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniassevi), Paranavaí (PR), Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8603486646565986>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5351-9023>. E-mail: diego.vieira_180@hotmail.com.

The purpose of this article is to examine civil liability towards parental relationships with regard to the right to family life, in cases involving parental alienation and emotional abandonment. Currently, the referred matter generates many legal controversies, as there is a confusion between family life and the feeling of “love”, and also about the recurring damages when this contact does not exist. Thus, it was sought, through exploratory and bibliographic methods, to understand and reexamine the legal, doctrinal and jurisprudential aspects of the theme, analyzing the damage caused by non-coexistence as an existential and not simply moral damage. As a result, there was a need for a re-reading of parental civil liability, so that it can guarantee proper protection to the children and youth population in constitutional terms.

Key-words: Affective Abandonment; Parental Alienation; Personality Rights; Civil Liability.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana (art. 1, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil 1988) é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, por este motivo, deve receber especial proteção em todos os âmbitos e cenários jurídicos. As crianças e adolescentes, pessoas vulneráveis inseridas no contexto familiar, vêm sofrendo inúmeros atentados contra a sua dignidade. Os pais, que são quem mais deveriam zelar por sua proteção, acabam, muitas vezes, sendo os agentes causadores dos danos, que são normalmente irreparáveis à personalidade do filho.

Ainda, existe uma forte resistência em se reconhecer a responsabilidade civil nas relações parentais. Seja por antigas concepções, pelo temor quanto à monetização do afeto ou pela não compreensão da importância da convivência familiar. Assim, a presente pesquisa pautou-se nos métodos exploratório e bibliográfico, por intermédio de uma análise qualitativa, tendo por objetivo examinar a responsabilidade civil parental diante da alienação parental e do abandono afetivo, observando a legislação, a doutrina e a jurisprudência compatível.

Na primeira parte do desenvolvimento, tratar-se-á acerca da autoridade parental e dos deveres dos pais para com o desenvolvimento biopsicossocial dos filhos. Na segunda parte, analisar-se-á a responsabilidade civil diante da ofensa à convivência familiar ante a alienação parental e do abandono afetivo. Na terceira parte, a pesquisa versará sobre os danos decorrentes da falta de convivência familiar, sob a ótica dos “novos danos” e do mecanismo *in re ipsa*, buscando-se a efetiva proteção da dignidade da criança e do adolescente.

Da autoridade parental e o desenvolvimento da personalidade do filho

As relações parentais nem sempre foram alvo de regulamentação jurídica, visto que por muito tempo se concedeu ao *pater familias* o poder irrestrito para decidir sobre a criação dos filhos. Todavia, este cenário sofreu alterações substanciais, que colocaram a criança e o adolescente no centro da entidade familiar. A constitucionalização do Direito

Privado no Brasil ocorreu gradativamente, sendo concretizada com a CRFB/88, que prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, elevando a família como base da sociedade e conferindo-lhe especial proteção¹.

Os direitos fundamentais elencados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica – esse é o aspecto principal da constitucionalização do direito [...]”². Assim, houve um redirecionamento dos institutos jurídicos do Direito Civil, que tinham como foco questões patrimoniais, para a realização de valores como a solidariedade e a dignidade humana³. A constitucionalização da família potencializou a “filiação como categoria jurídica e como problema, em detrimento do matrimônio como instituição, dando-se maior atenção ao conflito paterno-filial que ao conjugal”⁴.

[...] o foco constitucional de proteção dos melhores interesses da criança e do adolescente busca o desenvolvimento pessoal do menor, não apenas com a sua adequada inserção no núcleo familiar, devendo haver uma articulação tanto pública como privada de proteção dos interesses superiores do menor, que deixa de figurar como um mero prolongamento da personalidade de seus genitores, que exerciam poder extremo a à margem de qualquer intervenção pública⁵.

É por meio da convivência que a criança se desenvolve e socializa, e é na família que se estabelece a assimilação dos valores sociais⁶. “Os pais são os arautos da esperança ética no desenvolvimento da personalidade dos filhos”⁸, principalmente nos primeiros anos de vida⁹. “Pode-se dizer que as carências na construção da personalidade tendem a surtir efeitos na vida do sujeito quando ele atingir a fase adulta”¹⁰. Por isso, a família não é apenas eudemonista, mas, principalmente, solidarista, e a autoridade parental se assenta na proteção integral da criança¹¹.

¹BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidente da República, 2016.

²SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 175.

³SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 17.

⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

⁵MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 88.

⁶PEREIRA, Tânia da Silva. Desvendando o Cuidado como Valor Jurídico: Abrigo e Alternativas de Acolhimento Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008. p. 449.

⁷TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais*. São Paulo: Paulistanajur, 2004. p. 97.

⁸MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão psicocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri, SP: Manole, 2019. p. 446.

⁹ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de cuidado dos pais no desenvolvimento emocional da criança. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 625-626.

¹⁰RODRIGUES, Artur Canabrava; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. O abandono afetivo no direito das famílias à luz da teoria do reconhecimento. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*. v. 1, n. 38, 2015. p. 345.

¹¹MORSELLO, Marco Fábio. *Op. cit.*, p. 434.

[...] a família ultrapassa o seu perfil eudemonista, para se tornar, também, solidarista, vez que os membros se corresponsabilizam uns pelos outros, principalmente quando existe algum tipo de vulnerabilidade. À medida que a pessoa humana assumiu a posição de centralidade do sistema jurídico, a liberdade existencial tornou-se forma imediata de realização da dignidade humana; no entanto, ao contrário das expressões autorreferentes de autonomia, o direito de família tem como objeto “opções conjugadas”, pois as escolhas familiares estão sempre atreladas ao outro: cônjuge, companheiro, filho ou pais, uma vez que o direito de família é relacional¹².

Assim, “as famílias devem acolher, proteger, formar e amar seus filhos para que estes possam contribuir para o desenvolvimento da civilização”¹³. A legislação brasileira não exige dos pais atos de heroísmo¹⁴, mas somente o cumprimento de obrigações para salvaguardar a vida e a integridade dos filhos (art. 19, ECA)¹⁵. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, a família passou a assumir “o aspecto existencial”, em consonância com a tendência “contemporânea solidarista”, cujo maior valor é a afetividade¹⁶. Não há dúvidas de que qualquer separação ocasiona sofrimento e, “se para os adultos os efeitos são negativos, nas crianças a repercussão pode ser mais devastadora para o seu desenvolvimento emocional”¹⁷. Após a separação, fixam-se deveres de colaboração, independentemente da vontade e dos sentimentos envolvidos¹⁸.

A responsabilidade parental restringe direitos dos genitores, tendo em vista que optaram por colocar no mundo um ser humano. “Nesse sentido, entende-se que este ato de vontade gera obrigações morais e, principalmente, jurídicas [...]”¹⁹. Assim, a liberdade individual é limitada pela corresponsabilidade familiar²⁰. A autoridade parental²¹, é um conjunto de direitos e obrigações, sendo um “múnus público e privado, de zelar pela

¹²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 15.

¹³KIND, Luciana; MOREIRA, Jacqueline de Oliveira. Embargos familiares e abandono afetivo em fragmentos narrativos com jovens envolvidos com a criminalidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (Orgs.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017. p. 59.

¹⁴JABUR, Gilberto Haddad. O afeto (ou sua falta) na formação dos filhos: do dever à responsabilidade. *Revista Argumentum - Argumentum Journal of Law*. [S.l.], v. 20, n. 3, 2019. p. 1117.

¹⁵ECA, art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. In: BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

¹⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁷ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.* p. 623.

¹⁸MORSELO, Marco Fábio. *Op. cit.* p. 441.

¹⁹VIEIRA, Diego Fernandes; MORAES, Carlos Alexandre. Análise acerca da liberdade individual *versus* a convivência familiar: colisão de direitos e a tutela geral dos direitos da personalidade. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. [S.l.], v. 13, n. 18, p. 110, jan./jun. 2020.

²⁰TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 15.

²¹ Sobre esta questão, Ana Carolina Brochado Teixeira elenca em sua obra que: “o vocábulo autoridade é muito mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente da relação entre pais e filhos, onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade”. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.* p. 6.

peessoa e bens de seus filhos menores”. Os pais têm o dever, e não a faculdade, de assegurar aos filhos uma vida digna^{22 23}:

[...] fundamental que os pais tenham a exata compreensão do sentido do princípio constitucional da paternidade responsável, da exata medida do dever de cuidado, sob o lastro de uma genuína relação de afetividade com a transmissão de valores sólidos e essenciais a uma hígida formação fisiopsíquica daqueles vulneráveis sujeitos de direitos em desenvolvimento chamado filho²⁴.

Nesse contexto, emerge a obrigação para além da assistência/função alimentar, abarcando a guarda, o cuidado, a segurança e o zelo com a integridade do menor^{25 26} (art. 33, *caput*, ECA²⁷). Há uma ligação entre a relação parental e a habilidade de socialização, da mesma forma que a ausência desta causa distúrbios e neuroses²⁸, tendo em vista que “[...] prover simplesmente as necessidades econômicas dos filhos tornou-se insuficiente, já que estes também necessitam de afeto, apoio e acompanhamento no decorrer de sua formação”²⁹.

Os alimentos são importantes, mas não suficientes para o pleno desenvolvimento do infante. “Não basta apenas o provimento da assistência material, mas é necessário também que os pais prestem a devida assistência moral aos seus filhos, que implica, pois, em cuidado, convivência, educação e afeto”³⁰. Logo, a assistência integral extrapola a material e o “cuidado vai além de valores pecuniários”³¹. A afetividade “é imposta como

²²NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 429.

²³CAMPOS, Amanda de Melo Rezende; ROESEL, Claudiane Aquino. *O instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de família: a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 17-18.

²⁴ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 632.

²⁵ Sob a mesma temática, Valéria Silva Galdino Cardin, Nádia Carolina Brencis Guimarães e Caio Eduardo Costa Cazelatto compreendem que: “o exercício do poder familiar, enquanto múnus público, não contém apenas os direitos e deveres de ordem material dos pais em relação aos filhos, mas também deveres de ordem moral, como o cuidado, a assistência, a solidariedade e o respeito. Portanto, o exercício da parentalidade responsável requer que os pais prestem o mínimo de cuidado, o qual é fundamental para o desenvolvimento da personalidade de uma criança ou adolescente”. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 1, n. 40, 2019. p. 226.

²⁶MORSELLO, Marco Fábio. *Op. cit.* p. 440.

²⁷ECA, art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. In: BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*.

²⁸SIMÕES, Fernanda Martins; REIS, Clayton. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. [S.l.], v. 11, n. 2, 2011. p. 580.

²⁹CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres paternais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (Orgs.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017. p. 47.

³⁰ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 168.

³¹VIEIRA, Diego Fernandes; MORAES, Carlos Alexandre. *Op. cit.* p. 110.

um dever a ser observado nas relações familiares, garantindo a construção de um espaço saudável ao desenvolvimento de cada um dos seus membros”³², e compreendendo:

[...] manifestações de cuidado e segurança inerentes ao irrenunciável exercício do poder familiar, daquele princípio imperativo que, embora e lamentavelmente possa não decorrer *dicuore*, há de emergir de um conjunto de ações exigíveis dos pais pelos filhos, que, de uma maneira ou de outra, espelhe o que a ordem natural das coisas está a nos dizer irrefragavelmente: o zelo e a segurança, a atenção e a proteção, que podem se aproximar ou não da ternura, são deveres imanentes ao estado de filiação, pouco importando sua origem, segundo o art. 1.593 do Código Civil³³.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira “os laços parentais vêm ganhando importância cada vez maior, por terem se tornado fonte de aprendizado, que alimenta o afeto e molda a dignidade de pais e filhos”³⁴. Assim, há responsabilidade jurídica quando ocorrer ação ou omissão parental³⁵. Ainda, o estado civil dos pais pouco importa para o direito e a ruptura dos laços afetivos não altera o vínculo jurídico e a responsabilidade para com os filhos.

Da responsabilidade civil parental voltada para a convivência familiar

A omissão parental ocasiona prejuízos ao desenvolvimento da criança, de tal sorte que quando existir negligência ou um abuso envolvendo esta relação incidirá a responsabilidade civil, posto que a CRFB/88 trouxe em seu texto a palavra “dever” e não “faculdade” quando se trata das relações parentais³⁶. Se as pessoas gozam de liberdade para determinar suas vidas, também são responsáveis por suas escolhas, principalmente quanto aos filhos³⁷.

Não existe qualquer proibição acerca da aplicação da responsabilidade civil no Direito das Famílias, como se observa no art. 5º, incisos V e X, da CRFB/88 e artigos 186 e 927 do CCB/02³⁸³⁹. A “aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família não deve ser deixada de lado, não deve ser inobservada por aqueles que têm o dever legal de cumpri-la”⁴⁰. Felipe Peixoto Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal alertam que:

³²CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. *Op. cit.* p. 228.

³³JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 1108.

³⁴TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 102.

³⁵LEITE, Eduardo de Oliveira. A omissão (abandono afetivo) e a ação (alienação parental) como condutas desencadeadoras da reparação de dano moral. *In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coords.). Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri, SP: Manole, 2019. p. 537.

³⁶ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 64.

³⁷ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 631.

³⁸BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Op. cit.*

³⁹BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

⁴⁰ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Op. cit.*, p. 63.

está na hora de acordar! A possibilidade de caracterização de um ato ilícito (conforme as regras gerais dos arts. 186 e 187 do CC) em uma relação familiar é certa e incontroversa, impondo, por conseguinte, a incidência da responsabilidade civil no direito das famílias, com o conseqüente dever de reparar danos, sem se excluir a possibilidade de aplicação de outras sanções. Com efeito, é extremamente proveitoso o diálogo entre o direito das famílias e a responsabilidade civil. Abandona-se a imunidade familiar em favor do reconhecimento da obrigação de indenizar nas relações jurídicas travadas nas diversas formas de entidades familiares⁴¹.

O convívio entre pais e filhos é de extrema importância para ambas as partes, mas, principalmente, para o filho⁴² e, quando esta relação inexistente, restará prejudicada a personalidade do infante. Os pais, “ao violarem seus deveres e responsabilidade para com sua prole, sofrerão as sanções previstas no ordenamento jurídico pátrio, não sendo admissível a violação das garantias destinadas aos filhos”⁴³. O direito à convivência familiar é também um princípio do Direito de Família, e decorre do reconhecimento da importância desta relação e seus benefícios⁴⁴).

Indo em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos da Criança⁴⁵ e a Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁶, Gilberto Haddad Jabur acrescenta que:

[...] o dever de afeto é o primeiro e maior dever que o direito natural comete aos pais em favor dos e por amor aos filhos. Esse dever converte-se em simultâneo direito (do menor) ao afeto, do qual depende o sadio e desejável desenvolvimento emocional e psicológico da prole. Trata-se de genuíno dever dos pais e direito da prole que se pode considerar inserto entre aqueles que

⁴¹BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1108.

⁴²MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. [S.l.], ano 6, n. 1, p. 753-754, 2020.

⁴³CAMPOS, Amanda de Melo Rezende; ROESEL, Claudiane Aquino. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art.XVI - 3. “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

⁴⁵ Declaração Universal dos Direitos da Criança -Princípio 6º “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas”. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, 1959.

⁴⁶ Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 3º, 2. “Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores legais ou outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas”. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 1989.

derivam do poder familiar, até a aquisição da maioridade civil (aos 18 anos ordinariamente)⁴⁷.

O direito à convivência familiar é um direito cujo “conteúdo metajurídico se traduz em transmissão de conhecimentos e experiências, na formação ética e moral da criança”; e cujo “conteúdo jurídico se traduz em presença e na contribuição para o processo educacional do menor”⁴⁸. Este direito também implementa outras garantias ao filho e, nesse sentido, se perfaz como mais um instrumento de tutela e promoção biopsicossocial da criança e/ou adolescente⁴⁹.

Carlos Alexandre Moraes e Diego Fernandes Vieira sustentam que “[...] a convivência familiar saudável e duradoura possibilita à criança efetivar o direito a sua integridade psicofísica, à honra, ao respeito e, ainda, ao livre desenvolvimento de sua personalidade”⁵⁰. É este direito que irá de fato efetivar inúmeros outros igualmente necessários à estruturação de uma vida digna. Deveras, é preciso compreender que os deveres da parentalidade em nada se misturam com o insucesso da vida amorosa dos genitores ou com mágoas existentes entre eles⁵¹.

No momento em que um novo ser é concebido, obrigações jurídicas se consubstanciam e, “este vínculo parental, seja ele biológico ou socioafetivo, não pode ser rompido por mera liberalidade de uma ou de ambas as partes”⁵², já que “[...] ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, em sentido amplo, o que envolve criação, orientação e acompanhamento”⁵³. Tais obrigações não recaem apenas sobre a figura materna, mas sobre os titulares da autoridade parental, o que inclui a figura paterna.

Neste sentido, há duas situações que assombram a realidade parental: os atos de alienação parental e o abandono afetivo. O art. 2º da Lei nº 12.318/2010 estipula um rol exemplificativo de condutas que configuram a prática da alienação parental e, conseqüentemente, ensejam a aplicação das sanções previstas no art. 6º, que vão desde advertência até a suspensão da autoridade parental⁵⁴. A alienação parental ocorre quando um dos genitores dá início a uma campanha de desqualificação e implantação de falsas memórias na pessoa do filho em relação ao outro genitor. Tais condutas têm por objetivo o afastamento físico e afetivo, tendo como núcleo subjetivo a perseguição por vingança, punição e posse⁵⁵.

⁴⁷JABUR, Gilberto Haddad. *Op. cit.*, p. 1108.

⁴⁸TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 317.

⁴⁹BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

⁵⁰MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. *Op. cit.*, 752.

⁵¹MORSELO, Marco Fábio. *Op. cit.*, p. 441.

⁵²VIEIRA, Diego Fernandes; MORAES, Carlos Alexandre. *Op. cit.*, p. 109.

⁵³TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 291.

⁵⁴BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010.

⁵⁵FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Op. cit.*, p. 52.

O rompimento do vínculo afetivo causa nítidos prejuízos para o desenvolvimento da personalidade da criança/adolescente⁵⁶. Segundo Bárbara Cossettin Costa Beber Brunini, “uma vez rompidas as relações de algum dos envolvidos nas situações de alienação parental, há consequências legais e afetivas para estes e seus filhos”⁵⁷. Além disso, a alienação parental faz com que as crianças cresçam “com o sentimento de ausência, vazio, e ainda perdem todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo”⁵⁸.

O genitor que realiza condutas que configuram atos de alienação parental pratica abuso moral contra o filho, pois prejudica as relações afetivas com o genitor alienado e com os outros familiares. Existe um nítido abuso de direito, visto que o genitor alienante extrapola a custódia⁵⁹ e seu poder-dever familiar – que deve ser guiado pelo melhor interesse do menor –, cometendo ato ilícito.

O dano é claro nestas situações e cabe tanto ao filho como ao genitor alienado perquirir a devida reparação/compensação, utilizando-se da responsabilidade civil para amenizar as sequelas da conduta egoísta. A responsabilização poderá ser pleiteada posto que existe uma ação (alienar o filho; impedir a convivência; dificultar a comunicação entre filho e genitor, entre outras), o nexo causal (sem tal conduta o genitor alienado não teria o seu direito à convivência violado) e o dano à integridade e à própria dignidade humana⁶⁰.

Já o abandono afetivo se configura pela omissão de um dos genitores em face da convivência familiar. “Em outras palavras, é negligenciar o dever de cuidado para com os filhos”⁶¹. Não se pode obrigar o afeto (sentimento), mas pode-se exigir o cumprimento dos

⁵⁶PEREIRA, Irving Rahy de Castro; ARAÚJO, Marcella Bezerra; RIBEIRO, Maura Rayanna dos Santos. A importância do psicólogo no processo de direito de família: um estudo sobre a alienação parental. *Revista Encantar: Educação, Cultura e Sociedade*. [S.l.], v. 2, 2020, p. 10.

⁵⁷BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber. Alienação parental: conversações entre Psicologia e Direito sobre uma ação de denúncia e reflexão das práxis Psi. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (Orgs.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017. p. 81.

⁵⁸MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 66.

⁵⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 535.

⁶⁰ Conforme decisão proferida pela 6ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJ-DFT) em 2017: 1. O reconhecimento do dever de compensar por danos morais decorre de violação de direitos da personalidade, caracterizada pela dor e sofrimento psíquico que atinjam a vítima, em especial, a sua dignidade. No entanto, deve-se analisar com acuidade cada situação, porquanto a demonstração da dor e do sofrimento suportados pela vítima situa-se dentro da esfera do subjetivismo, impondo-se verificação detida em cada caso. Nesse sentido, devem ser desconsiderados os meros dissabores ou vicissitudes do cotidiano, devendo ser reconhecido o dano moral quando a ofensa à personalidade seja expressiva, o que não se verifica na espécie. 2. Para a caracterização da síndrome da alienação parental, faz-se imprescindível a realização de estudos psicossociais com a criança, a fim de permitir uma avaliação detalhada do seu estado psíquico (existência, ou não, de um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito da figura paterna). 3. Para que reste configurada a litigância de má-fé é necessária prova incontestada de que a parte praticou quaisquer das condutas descritas no artigo 80 do Código de Processo Civil, bem como elementos concretos que apontem a existência de ato doloso e de prejuízo causado à outra parte, o que não se verifica nos presentes autos. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. In: DISTRITO FEDERAL; TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 20160510046647*. Rel. Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 14.06.2017. Data de Publicação: 02.08.2017.

⁶¹RODRIGUES, Artur Canabrava; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Op. cit.*, p. 346.

deveres em relação à convivência familiar⁶², surgindo a possibilidade de responsabilização civil. Os danos causados pelo abandono afetivo envolvem muito mais do que um aspecto moral e ofendem a honra subjetiva, a integridade psicofísica, entre outros direitos. “O dano ocasionado pelo abandono afetivo é, primordialmente, um dano à personalidade do indivíduo”⁶³.

O instituto da responsabilidade civil tem como objetivo muito mais a prevenção do que propriamente a reparação, tendo em vista que os danos à personalidade tendem a ser irreparáveis. Valéria Silva Galdino Cardin, Nádia Carolina Brencis Guimarães e Caio Eduardo Costa Cazelatto asseveram que:

[...] o abandono afetivo parental se manifesta como ato ilícito, previsto no artigo 186, causador de dano moral por ser uma conduta omissiva e negligente do genitor que deixa de cumprir os deveres inerentes à paternidade, causando enorme sofrimento ao filho negligenciado⁶⁴.

O bem jurídico que se tutela diante do abandono afetivo é a integridade psicofísica e, em segundo momento, o direito ao saudável desenvolvimento da personalidade, isento de traumas e patologias psíquicas⁶⁵. Neste sentido, o cuidado e a convivência são “deveres jurídicos e não mera faculdade dos genitores, cujo descumprimento caracteriza a prática de ato ilícito”⁶⁶ e o descumprimento das atribuições da autoridade parental acarreta em distanciamento dos princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse do menor⁶⁷.

Assim, cabe àquele que comete ato ilícito e causa dano a outrem o dever de indenizar. De tal sorte, não podem as relações parentais continuarem sendo pautadas na irresponsabilidade. Também não pode o Estado, bem como seus agentes, especialmente o Poder Judiciário, chancelar atos ilícitos e ocasionar injustiça⁶⁹.

Fernanda Martins Simões e Clayton Reis pontuam que o Poder Judiciário não pode:

⁶²ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Op. cit.*, p. 99.

⁶³REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 421.

⁶⁴CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. *Op. cit.*, p. 235.

⁶⁵KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 239-240.

⁶⁶ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. *Op. cit.*, p. 173.

⁶⁷CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. *Op. cit.* p. 238.

⁶⁸ Acerca do tema, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG) em 2019: Não demonstrado pela parte ré o impedimento, por parte do perito judicial, da participação do assistente técnico na elaboração do laudo pericial, bem como a ocorrência de prejuízo dela decorrente, não há que se falar em cerceamento de defesa.3 - A falta da relação paterno-filial, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana - Mostra-se cabível a indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da criança, decorrente do abandono afetivo. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 17ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 10024143239994001*. Rel. Evandro Lopes da Costa Teixeira. Data de Julgamento: 08.09.2019. Data de Publicação: 20.09.2019.

⁶⁹ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Op. cit.*, p. 103-104.

[...] deixar de albergar os interesses dos entes que compõem a família, *cellula mater* do Estado, em meio às possíveis e devidas indenizações no campo afetivo, com o intuito não de lucrar com a falta de amor, mas, sim, incentivar as relações afetivas dentro das inúmeras entidades familiares atualmente existentes⁷⁰.

Observa-se que nas hipóteses de alienação parental e de abandono afetivo materializa-se o abuso de direito (art. 187, CC), posto que o exercício da autoridade parental desvia-se de sua finalidade, que é a proteção do filho, bem como o cometimento de ato ilícito (art. 186, CC), momento em que um dos genitores é omissos ou negligente em relação aos deveres parentais.

O direito precisa acompanhar a movimentação social, bem como impulsionar a sua evolução. “Sob esse mesmo diapasão, é evidente que o direito que emana da sociedade para a sociedade acompanha os fatos, devendo cumprir com as demandas criadas pela sociedade à qual foi criado”⁷¹. Logo, é preciso compreender melhor os danos ocasionados aos filhos nestas situações parentais, para que se possa perquirir a melhor forma de indenizar/compensar estes danos, posto que tanto os atos de alienação parental como o abandono afetivo comprometem direitos do filho e prejudicam a sua dignidade humana.

Do dano imaterial/extrapatrimonial quando inexistir a convivência familiar

O ordenamento jurídico, objetivando a eliminação de riscos de dano, estipula deveres e responsabilidade aos indivíduos em sociedade⁷². O instituto reparatório preocupa-se atualmente muito mais com a vítima do que com o ofensor, tendo em vista o prisma da dignidade humana, ampliando as hipóteses de danos ressarcíveis diante de lesão a direitos imateriais e destacando a importância da prevenção⁷³. Para Nelson Rosenvald:

[...] é necessário levantar o *véu reparatório*, que encobre toda a plasticidade da responsabilidade civil. Cada uma das suas funções persegue uma necessidade de segurança, porém com desideratos distintos. Pode-se dizer que a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de certeza do direito como uma importante garantia de uma compensação. Por outro turno, a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana⁷⁴.

⁷⁰SIMÕES, Fernanda Martins; REIS, Clayton. *Op. cit.*, p. 583.

⁷¹SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves; ROCHA, Leonel Severo. A constitucionalização do direito de família no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 15, 2018.

⁷²BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 54.

⁷³CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 236.

⁷⁴ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 128.

Este caráter de prevenção “busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação dos danos já ocorridos”⁷⁵. Os imperativos da contemporaneidade impõem uma superação de concepções e uma redefinição jurídica da responsabilidade civil, mais ampla e flexível, e que consiga servir ao seu propósito de reparação de danos⁷⁶. “A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro”⁷⁷.

A responsabilidade civil hoje é considerada um direito. Logo, se existe um dano, existe o dever de indenizar⁷⁸. “O direito civil, em sede de dano injusto, preocupa-se com a vítima, desta forma, a responsabilidade civil passa a pôr em prática o princípio da solidariedade, ou seja, a reparação dos danos sofridos pela vítima passa a ganhar importância”⁷⁹. Os danos imateriais se voltam para a pessoa e suas projeções (lesões ao seu corpo ou parte dele e ao psiquismo). São danos desta categoria que alcançam os atributos valorativos do ser social e individualizado, a exemplo da honra, da reputação e das manifestações do intelecto⁸⁰. Eduardo de Oliveira Leite afirma que:

[...] desde o momento, pois, em que a ocorrência da alienação parental estiver confirmada, com o reconhecimento do fato objetivo, materializa-se a violação dos direitos da personalidade, especialmente aqueles relativos ao direito fundamental da criança/ adolescente à sadia formação de sua personalidade, configurando-se o dano moral e o correspondente direito à reparação⁸¹.

Já sob a ótica do abandono afetivo, Clayton Reis elucida que:

[...] de toda sorte, o descumprimento voluntário dos deveres de prestar, tanto a assistência material, como a assistência moral, direitos fundamentais do menor, afetam a sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, atentando contra a sua dignidade e prejudicando o pleno desenvolvimento da sua personalidade. Desse modo, o abandono afetivo, por si só, configura-se como ilícito civil, passível de reparação por danos morais e materiais⁸².

Os danos imateriais/extrapatrimoniais extrapolam os simplesmente morais. Atualmente, já se fala em “novos danos” (estéticos, psicológicos, existenciais, biológicos

⁷⁵HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil da contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. v. 31, n. 1, p. 34, 2007.

⁷⁶CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Op. cit.*, p. 73.

⁷⁷BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 39.

⁷⁸CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. *Revista Justiça do Direito*. [S.l.], v. 24, n. 1, p. 71, 2010.

⁷⁹CAPPELARI, Récio Eduardo. *Op. cit.*, p. 65.

⁸⁰BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 23.

⁸¹LEITE, Eduardo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 543.

⁸²REIS, Clayton. *Op. cit.*, p. 428.

etc.)⁸³. Este cenário se deu em face das novas situações de danos reparáveis – a exemplo dos casos de alienação parental e de abandono afetivo –, que vão além dos clássicos danos materiais e morais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O surgimento de outras formas de dano demonstra as mudanças que a responsabilidade civil vem sofrendo em sua estrutura e leitura⁸⁴. “A tendência à objetivação da responsabilidade civil, portanto, é salutar, à medida que permite a ampliação dos casos indenizáveis”⁸⁵. Descumprir os deveres parentais atenta contra a dignidade do filho e “[...] prejudica o pleno e sadio desenvolvimento de sua personalidade, configurando-se, portanto, ilícito civil passível de compensação por danos morais e materiais”⁸⁶.

Há uma correlação entre a convivência familiar e os direitos da personalidade, assim, a lesão a qualquer um destes direitos configura dano moral⁸⁷. Com o avanço da tutela da criança e do adolescente, coloca-se como urgente uma nova interpretação quanto à responsabilidade civil nos casos de alienação parental e de abandono afetivo. No cenário doutrinário e jurisprudencial, o dano existencial é constantemente colocado como moral, mesmo que já tenha o seu reconhecimento⁸⁸. Sônia Mascaro Nascimento conceitua este dano como:

[...] qualquer prejuízo que o ilícito [...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando -o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. [...] O dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquelas que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso⁸⁹.

Diante do exposto, “[...] nada traz mais malefícios a uma família do que os danos causados pelos seus próprios membros”⁹⁰. Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Tepedino “[...] os danos existenciais decorrem de multifatorialidade associada às características individuais do filho e de ambos os pais, bem como ao processo educacional como um todo, não necessariamente ao abandono em si considerando”⁹¹. O dano é à

⁸³ALVES, Amauri Cesar. Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 178, jul./dez. 2015.

⁸⁴TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 385.

⁸⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 188.

⁸⁶REIS, Clayton. *Op. cit.*, p. 420.

⁸⁷SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 16.

⁸⁸SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁸⁹NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*. [S.l.], v. 78, n. 8, p. 967, ago. 2014.

⁹⁰CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Op. cit.*, p. 42.

⁹¹TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 298.

estrutura emocional⁹², uma vez que o afastamento de um dos pais causa uma sensação de orfandade psicológica⁹³.

Os abalos ao infante são de ordem existencial, porque ocasionam perturbações de estrutura subjetiva. É importante classificar o dano para que se compreenda a sua extensão e as melhores formas de reparação e, mesmo que se denomine todos os novos danos como morais, o que importa “é a violação aos direitos da personalidade, intentada pelo agente causador do dano, acarretando o dever de indenizar a vítima”⁹⁴. Contudo, o dano imaterial nas relações parentais é íntimo e profundo, sendo complicada a sua comprovação⁹⁵, bem como estabelecer o nexo de causalidade diante do descumprimento dos deveres da autoridade parental^{96 97}.

Não é nada razoável exigir a prova do dano imaterial, vez que basta a observação dos fatos e da conduta do agente para verificar a lesão à vítima. “Em razão da natureza imaterial do dano moral e da sua constante associação ao sofrimento da vítima, o recurso ao expediente *in re ipsa*”, que objetiva facilitar a reparação do dano imaterial, “tem parecido necessário em numerosas situações”⁹⁸. Segundo Bruno Leonardo Câmara Carrá, “toda crise cobra uma resposta, que costuma vir na forma de superação de um paradigma anterior”⁹⁹.

⁹² O dano existencial também se exprime como: “[...] uma ‘potencialidade’, para abranger também as atividades que a pessoa, segundo a ‘lógica do razoável’, ou as ‘regras de experiência’, poderia desenvolver segundo o curso normal da vida. Nesse sentido, apresenta-se como a perda de uma chance”. In: SOARES, Fláviana Rampazzo.

⁹³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 628.

⁹⁴ CAMPOS, Amanda de Melo Rezende; ROESEL, Claudiane Aquino. *Op. cit.*, p. 53.

⁹⁵ De acordo com decisão proferida pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJ-DFT) em 2019: 1. Para a configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo é imprescindível a prova de conduta ilícita do genitor (omissiva ou comissiva), o trauma psicológico sofrido pelo filho (dano) e o nexo de causalidade entre ambos. 2. No caso concreto, não foi comprovado o abandono do genitor em relação à filha, bem como não há demonstração de liame jurídico entre o abalo psicológico por ela sofrido e a suposta omissão do dever de cuidado do pai, sendo incabível, pois, a indenização pretendida. 3. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime. In: DISTRITO FEDERAL; TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 07309232120188070016*. Rel. Fátima Rafael. Data de Julgamento: 13.11.2019. Data de Publicação: 29.11.2019.

⁹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 298.

⁹⁷ Conforme decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG) em 2016: I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexo causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que ausente demonstração de um destes requisitos não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Para a configuração do dano moral, há de existir uma consequência mais grave em virtude do ato que, em tese, tenha violado o direito da personalidade, provocando dor, sofrimento, abalo psicológico ou humilhação consideráveis à pessoa, e não dissabores da vida. III - O abandono afetivo de um pai, apesar de ser uma triste situação, não caracteriza ilícito e não gera, por si só, obrigação de indenizar, não tendo sido demonstrado, no caso, nenhum dano moral efetivo, não cabendo ao Estado, por outro lado, através do Poder Judiciário, transformar em pecúnia sentimentos inerentes às relações familiares. In: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 1.0515.11.003090-2/001*. Rel. Des. João Cancio. Data de Julgamento: 15.03.2016. Data de Publicação: 17.03.2016.

⁹⁸ OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 93, p. 16, 2014.

⁹⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Op. cit.*, p. 39.

A dificuldade de mensurar o dano e estipular um *quantum* indenizatório não deve ser óbice à responsabilização. Logo, nos casos em que o afeto (cuidado) se mostrar insuficiente e escasso, a indenização tem a finalidade de evitar maiores e novas lesões¹⁰⁰. O dano imaterial, na perspectiva da vítima, quase sempre será irreparável. Todavia, tal fato não pode servir como escusa para a sua não compensação¹⁰¹. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) já decidiu que a melhor forma de reparar o dano seria por intermédio de tratamento psicológico ao filho e não por meio de pagamento de valor pecuniário¹⁰².

A conduta parental em desacordo com a legislação configura dano imaterial indenizável¹⁰³ e, atualmente, o desafio em relação à aplicação da responsabilidade civil diante da alienação parental e do abandono afetivo reside na comprovação do dano, que acaba sendo óbice à efetivação de direitos infantojuvenis. “Na perspectiva da plena reparação da vítima, o filho, que teve sua integridade psíquica violada – e, em última instância, a sua dignidade – continua sem nenhum tipo de compensação pelo dano sofrido”¹⁰⁴.

Negar a vulnerabilidade infantojuvenil é cercear direitos fundamentais, visto que a criança e o adolescente precisam de tratamento jurídico especial¹⁰⁵. A responsabilidade civil do genitor alienante ou do que abandona afetivamente deve ser interpretada aplicando-se o *damnum in re ipsa*, já que o dano é presumido diante destas práticas, pois além de violar direitos do filho, há abuso da autoridade parental, configurando ato ilícito, que deve ser indenizado/compensado, para além de valores pecuniários, visto ser o dano existencial e não meramente moral.

Conclusões

O ordenamento jurídico nos âmbitos nacional e internacional prevê inúmeros direitos da criança e do adolescente, sendo um deles o da convivência familiar. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, são os principais diplomas legais nacionais que

¹⁰⁰SIMÕES, Fernanda Martins; REIS, Clayton. *Op. cit.*, p. 578.

¹⁰¹SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁰²De acordo com decisão prolatada pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em 2017: O pedido principal de toda e qualquer ação de reparação de dano, decorrente de ato ilícito, é a condenação do imputado causador do dano a reparar o dano. A forma de reparação (se em dinheiro ou mediante pagamento de tratamento psicológico) é um provimento secundário e consequente do pedido principal, que é a reparação do dano. Portanto, não há nulidade na sentença que fixou a indenização no pagamento pelo pai/requerido de tratamento psicológico ao filho. Isso porque, com base na prova pericial produzida no processo, o tratamento psicológico se mostrou a forma mais efetiva e com maior potencial de “reparação do dano” do filho/apelante, decorrente do abandono afetivo paterno. NEGARAM PROVIMENTO. In: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 70073425175*. Relator: Rui Portanova. Data de Julgamento: 22.06.2017.

¹⁰³REIS, Clayton. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁴TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 298.

¹⁰⁵SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, Valesca Luzia de Oliveira. Direitos da personalidade, vulnerabilidade e adolescente sob uma perspectiva winnicottiana. *Quaestio Iuris*. [S.l.], v. 13, n. 1, 2020, p. 42.

visam a proteção e a promoção do desenvolvimento infantojuvenil, incumbindo aos pais certas condutas diante destes objetivos.

Não existe óbice legal à aplicação da responsabilidade civil ao Direito das Famílias. Logo, caso o genitor realize ação ou omissão em discordância com os princípios protetores da criança e do adolescente, vindo a lhe causar dano, deverá ser responsabilizado. Contudo, atualmente, o obstáculo à aplicação da responsabilidade civil às questões envolvendo a alienação parental e o abandono afetivo é a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

A alienação parental e o abandono afetivo justificam a responsabilização civil objetiva e a presunção do dano, visto o cometimento de abuso de direito e de ato ilícito. Assim, os danos decorrentes nestas hipóteses são existenciais e a análise destes deve ser diferenciada, voltando-se muito mais para a vítima do que para a comprovação do dano e do nexo de causalidade. A constatação da conduta ilícita do genitor já deveria ser suficiente para a sua responsabilização civil, que deve contemplar muito mais do que o pagamento de valor pecuniário.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de cuidado dos pais no desenvolvimento emocional da criança. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016.

ALVES, Amauri Cesar. Limite constitucional de jornada, dano existencial e trabalho escravo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 153-186, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/posgraduacao/revista_artigo.php?artigo=167&volume=31.2. Acesso em 21 jul. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 05 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 05 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12318.htm. Acesso em 05 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição [1988]]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05 mai. 2020.

BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber. Alienação parental: conversações entre Psicologia e Direito sobre uma ação de denúncia e reflexão das práxis Psi. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (Orgs.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017.

CAMPOS, Amanda de Melo Rezende; ROESEL, Claudiane Aquino. *O instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito de família: a responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CAPPELARI, Récio Eduardo. Reflexões sobre o dano injusto: a concretização da ideia de justiça. *Revista Justiça do Direito*. [S.l.], v. 24, n. 1, p. 61-74, 2010. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2144>. Acesso em 20 jul. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres paternais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (Orgs.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Das implicações do abandono afetivo nas relações familiares. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 1, n. 40, p. 225-241, 2019. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/76803>. Acesso em 20 jul. 2020.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.

DISTRITO FEDERAL; TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 6ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 20160510046647*. Rel. Carlos Rodrigues. Data de Julgamento: 14.06.2017. Data de Publicação: 02.08.2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 24 jul. 2020.

DISTRITO FEDERAL; TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 07309232120188070016*. Rel. Fátima Rafael. Data de Julgamento: 13.11.2019. Data de Publicação: 29.11.2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 24 jul. 2020.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação parental*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil da contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. v. 31, n. 1, p. 33-59, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029>. Acesso em 21 jul. 2020.

JABUR, Gilberto Haddad. O afeto (ou sua falta) na formação dos filhos: do dever à responsabilidade. *Revista Argumentum - Argumentum Journal of Law*. [S.l.], v. 20, n. 3, p. 1.107-1.120, 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1210>. Acesso em 13 maio 2020.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

KIND, Luciana; MOREIRA, Jacqueline de Oliveira. Embargos familiares e abandono afetivo em fragmentos narrativos com jovens envolvidos com a criminalidade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (Orgs.). *Famílias, Psicologia e Direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A omissão (abandono afetivo) e a ação (alienação parental) como condutas desencadeadoras da reparação de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri, SP: Manole, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 1.0515.11.003090-2/001*. Rel. Des. João Cancio. Data de Julgamento: 15.03.2016. Data de Publicação: 17.03.2016. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10515110030902001. Acesso em: 26 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 17ª Câmara Cível. *Apelação Cível nº 10024143239994001*. Rel. Evandro Lopes da Costa Teixeira. Data de Julgamento: 08.09.2019. Data de Publicação: 20.09.2019. Disponível em:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10024143239994001. Acesso em: 26 jul. 2020.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente? *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. [S.l.], ano 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em 20 fev. 2020.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (Coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri, SP: Manole, 2019.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*. [S.l.], v. 78, n. 8, ago. 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/156950>. Acesso em 03 jul. 2020.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. [S.l.] v. 93, p. 13-28, 2014. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Dano_Mora_Inadimplemento_contratual_relaoes_consumo.pdf. Acesso em 03 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 05 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). *Convenção sobre os Direitos da Criança*. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 05 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. 1959. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em 05 jun. 2020.

PEREIRA, Irving Rahy de Castro; ARAÚJO, Marcella Bezerra; RIBEIRO, Maura Rayanna dos Santos. A importância do psicólogo no processo de direito de família: um estudo sobre a alienação parental. *Revista Encantar: Educação, Cultura e Sociedade*. [S.l.], v. 2, p. 1-13, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.uneb.br/index.php/encantar/article/view/6080>. Acesso em 05 jun. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. Desvendando o Cuidado como Valor Jurídico: Abrigo e Alternativas de Acolhimento Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Turma Cível. *Apelação Cível nº 70073425175*. Relator: Rui Portanova. Data de Julgamento: 22.06.2017. Data de Publicação: 27.06.2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 24 jul. 2020.

RODRIGUES, Artur Canabrava; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. O abandono afetivo no direito das famílias à luz da teoria do reconhecimento. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*. v. 1, n. 38, p. 328-348, 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1423/966>. Acesso em 05 jul. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves; ROCHA, Leonel Severo. A constitucionalização no direito de família no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro-RECONTO*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-21, 2018. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/62>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, Valesca Luzia de Oliveira. Direitos da personalidade, vulnerabilidade e adolescente sob uma perspectiva winnicottiana. *Quaestio Iuris*, v. 13, n. 1, p. 25-46, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40158>. Acesso em 20 jun. 2020.

SIMÕES, Fernanda Martins; REIS, Clayton. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. [S.l.], v. 11, n. 2, p. 575-591, 2011. Disponível em: <https://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/2076>. Acesso em 20 jun. 2020.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Orgs.). *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

VIEIRA, Diego Fernandes; MORAES, Carlos Alexandre. Análise acerca da liberdade individual *versus* a convivência familiar: colisão de direitos e a tutela geral dos direitos da personalidade. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. [S.l.], v. 13, n. 18, p. 97-113, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/1703>. Acesso em 29 jun. 2020.

Data de Recebimento: 12/08/2021.

Data de Aprovação: 29/03/2021.

THE PROPRIETARY DIMENSION OF SOCIAL COMMUNICATION AND THE ANTITRUST LEGAL APPROACH: CONTRIBUTION TO PLURALISM IN BRAZILIAN MEDIA?

A DIMENSÃO PROPRIETÁRIA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL E A ABORDAGEM JURÍDICA ANTITRUSTE: CONTRIBUIÇÃO PARA O PLURALISMO NA MÍDIA BRASILEIRA?

*Eduardo Henrique Lopes Figueiredo**

*Sara Barbosa Fernandes***

ABSTRACT

The present work questions the paradoxical proprietary dimension of the media in Brazil. Although constituted by private companies, goes back to its formation to public privileges. This dimension of communication involves contemporary public sphere in the structuring of the Brazilian social media. It is necessary point out as a start that what should be its base of this exploration: the pluralism. It aims to analyze the construction of media ownership in Brazil and the possibility of applying existing legal mechanisms, specifically antitrust instruments to the media. Based on the perception of the concentration of media ownership, based on critical dialectical thinking as methodology, it is proposed to examine the importance of pluralism to the media, concluding that the Brazilian media are constituted under Constitutional system in the form of an oligopoly, making it possibilities to apply antitrust mechanisms as a way of contributing to network pluralism and public opinion formation.

Key-words: Social Communication; Public Sphere; Pluralism; Brazilian Antitrust Law; Media.

RESUMO

O presente trabalho questiona a paradoxal dimensão proprietária dos meios de comunicação social que, embora constituída por empresas privadas, remonta a sua formação a privilégios públicos. Sendo uma contemporânea esfera pública comunicacional, a estruturação da mídia brasileira não observa o que deveria ser sua base: o pluralismo. Tem, assim, por objetivo analisar a construção da propriedade dos meios de comunicação social no Brasil e a possibilidade de aplicação de mecanismos jurídicos já existentes, especificadamente instrumentos antitruste, à mídia. Para tanto, a partir da análise da concentração da propriedade dos meios de comunicação, alicerçada sobre metodologia calcada no pensamento crítico dialético, propõe-se a análise da importância do pluralismo à mídia, concluindo-se que os meios de comunicação social

* Doctor in Public Law (2006) from the Federal University of Paraná and made post-doc studies in economic and political law from Mackenzie University under Professor Gilberto Bercovici supervision. Between 2010 and 2013, he coordinated the Graduate Program at the Faculty of Law of the South of Minas (concept 4 CAPES). He is an associate professor level A in Full Time and Exclusive Dedication at the Department of Public Law at the State University of Londrina. His activities as a researcher involve History of Public Law, formation and politics of economic relations, forms of underdevelopment in peripheral economies. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8090272665191716>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6645-5874>. E-mail: figueiredoe07@uel.br.

** P.h.D. student in Religion Science Program from the Faculty of Law of the South of Minas (2022). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/967327219448161>. E-mail: sarabfernandes@outlook.com.

brasileiros são constituídos (inconstitucionalmente) na forma de oligopólio, sendo possível a aplicação de mecanismos antitruste como forma de contribuição ao pluralismo.

Palavras-chave: Comunicação Social; Esfera Pública; Pluralismo; Direito Antitruste; Mídia.

INTRODUCTION

The legitimation of the established social order was, throughout the course of history, carried out by increasingly broad groups of intellectuals¹. The twentieth century inaugurates a relevant change in this aspect, attributing this task of legitimation, which is interesting to the dominant groups or the business class, respectively in the regimes of concentration of state power or liberal capitalism, to the media². Social communication therefore assumes a central position in the contemporary civilizing process, constituting a new form of power, capable of providing “ideas and information according to the identity of the values of the different and dispersed groups that make up society, and giving course to different points of view, fosters common interests, sometimes creating, sometimes disintegrating social solidarities”³.

In view of the importance of mass communication in contemporary society and the democratic claim that underlies the current regime, it would be assumed that the proper space for communication should be public, based on the broad participation of society. In Brazil, on the other hand, where, according to Comparato, “the oligarchic regime clearly prevails under democratic appearances”⁴, the exploitation and control of the main organs of social communication is far from the people, carried out by business groups, strictly motivated by private interests, with direct influence on government and parliamentary decisions.

The analysis of the conjuncture of social communication, based on dialectical critical thinking as methodology, constitutes the objective of this work. Therefore, in the

¹ Fábio Konder Comparato, when referring to the progressive enlargement of the group of intellectuals, uses the Gramscian terminology, clarifying, from the historical construction, that “the Roman emperors and feudal lords were content with the support services of a only group of professionals. Renaissance monarchical absolutism already needed two: jurists and political thinkers, such as Jean Bodin, Machiavelli or Thomas Hobbes. Protestant states since the Reformation, as well as the absolute monarchies of the seventeenth century, were also obliged to rely, in addition, on the legitimation services provided by religious thinkers. Beginning in the 19th century, the capitalist business bourgeoisie sparked a wide spectrum of “organic intellectuals” - lawyers, law professors, economists, social scientists, journalists, engineers, religious leaders (especially Calvinists) - all committed to demonstrating, based on more diverse arguments, the excellence of the capitalist economic system, allied to a political regime of severe limitation of governmental powers”. In: COMPARATO, Fábio Konder. The democratization of the mass media. *USP MAGAZINE*. São Paulo, n.48, pp. 6-17, Dec./Feb. 2000-2001. p. 9.

² COMPARATO, Fábio Konder, *Ibidem*.

³ BELTRÃO, Luiz; QUIRINO, Newton de Oliveira. *Subsidies for a theory of mass communication*. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1986. p. 55.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 12.

light of the criticism of the cultural industry⁵ which considers the mass media as a tool for the exercise of economic power in capitalist society, pointed out, among another questions, the examination of the ownership of media in Brazil, considering the symbiotic maintained relationship, since its genesis, with the State. From the analysis of the importance of pluralism to the media and the paradoxical concentration of this activity, it is concluded that the Brazilian media are constituted (unconstitutionally) in the form of oligopoly, making it possible to apply antitrust legal mechanisms as a way of contributing to pluralism.

State and media: an old and close relationship

“Democracy resurfaces!”, Proclaimed the editorial of the newspaper O Globo of April 2, 1964⁶. The not uncommon example confirms the fact that the message conveyed by the media does not always check, or checked, with the naked information, in order to meet the essential function of informing. Nelson Werneck Sodré, on the contrary, maintains the existence of a “deep divorce between what the public thinks and believes and needs and what the mainstream media conveys. The alienation of this new press, and here the word has no identity with the modern and much less with the popular, is total”.⁷

Although fundamental to a society with democratic pretensions, “the concessions, grants and permissions of radio and television in Brazil have never been discussed by society, although their achievement would become a great source of economic and political power for those who obtained it”⁸. The written press itself, since its inception, was built and consolidated based on the relationship of select groups with the State, marked by the benefits to the “supporters” and difficulties to the “opponents”, in addition to the periods of dictatorship, in which various vehicles were effectively prevented from continuing to explore the activity.

The intricate relationship between the State and the media contributed in a unique way to the formation of the current conjuncture of the media. The State's interference in the activity goes back to its genesis, and the vehicles are usually characterized by a position favorable or contrary to the governments. Along these lines, *Gazeta*, a newspaper dedicated to the government, with access to the government benefits granted, such as “facilities for importing equipment, subsidized credit, tax and operational advantages, overlooked in partnerships with foreigners,” stood out in the beginning of the 19th century⁹, and on the other hand, fighting for survival, the *Courier*, declared opposition to the government.

⁵ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Enlightenment as mystification of the masses. In: ADORNO, Theodor W.; ALMEIDA, Jorge Miranda de. *Cultural industry and society*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p.21.

⁶ Support for the 64 coup was a mistake. *Memory*. Available at: <http://memoria.oglobo.globo.com/erros-e-acusacoes-falsas/apoio-ao-golpe-de-64-foi-um-erro-12695226>. Accessed on Mar. 14, 2018.

⁷ SODRÉ, Nelson Werneck. *History of the press in Brazil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999. p. XVI.

⁸ LOCATELLI, Carlos Augusto. The private oligopoly of communications as an arbitrary inheritance of the Brazilian State. *Studies in Journalism and Media*. Year VI, n. 2, pp. 161-173, Jul./Dec., 2009. p. 166.

⁹ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Ibid.*, p. 163.

Thus, on one side was *O Correio Braziliense*, edited by Hipólito José da Costa in London, whose survival was made possible by the help of the Duke of Sussex, and on the other side of Atlantic, *Gazeta do Rio de Janeiro*, a newspaper launched in September 1808, being the first published in Brazilian territory¹⁰. The publication of *Gazeta* was only possible due to the typography of the 'Imprensa Régia', a newspaper owned by "the officials of the State Secretariat for Foreign Affairs and War, who not only managed but also had a share in the company's profits"¹¹. In January 1823, *Diário do Governo* is launched and becomes the official publication of the Brazilian government, otherwise born from *Gazeta*.

The close relationship between the press and state power goes back to its genesis and lasts throughout its history. Along these lines, the great press manager Assis Chateaubriand, owner of a Rio de Janeiro and a São Paulo publication, decided in 1927, even without capital, to found a national magazine. To this end, he turns to the then finance minister of the Washington Luís government, his recent friend, Getúlio Dornelles Vargas. The loan from the Bank of the Province, endorsed by the future president of Brazil, guarantees Chateaubriand its national publication and Vargas an important ally for the 1930 presidential campaign.¹²

The 1930 revolution pushes regulation over the media outlets, assigning exclusive control of the sector to the "trusted owners of the State", a structure that over the years has been consolidated. Communications regulations in 1931 give the president the exclusive power to assign radio concessions, in addition to restricting ownership of these vehicles to foreigners. Those who did not enjoy the confidence of the president were, in turn, prevented from exercising the activity. "Over the course of 15 years, Vargas ordered the closure of dozens of newspapers, magazines and radio stations, instituted strong censorship and ordered the arrest of businessmen and journalists."¹³

Getúlio Vargas's willingness to return to power after his fall in 1945, "not as a party leader, but as a leader of the masses", announced in an interview with the then official of the Associated Diaries of Assis Chateaubriand, the journalist Samuel Wainer, uproar the political scenario, leading Carlos Lacerda to launch, with udenist resources, the *Tribuna da Imprensa*, a newspaper that became "the standard of the visceral campaign against the Getulist government".¹⁴

Getúlio Vargas's return to power in 1950 is marked by the absence of decisive forces over journalistic companies. The strategy of conciliation with the media becomes the use of subsidized credits, mostly unsecured, to grant large amounts of financing to "trustworthy" entrepreneurs, in addition to radio concessions and the recently emerged

¹⁰ LARANGEIRA, Álvaro Nunes. The "compadrio" in the formation of the hereditary captaincies of the Brazilian media. *Magazine of the National Association of Graduate Programs in Communication*. Brasília, v. 12, n. 3, sep./dez. 2009. p. 04.

¹¹ LUSTOSA apud LARANGEIRA. In: LARANGEIRA, Álvaro Nunes. *Ibid.*, p. 05.

¹² LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Id.*

¹³ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p. 165.

¹⁴ LARANGEIRA Álvaro Nunes, *Op. cit.*, p. 06.

television¹⁵. Even before his inauguration, already helpless by the media, Vargas motivates Wainer to found his own newspaper, with financing intermediated by his daughter, Alzira Vargas, in addition to the support of the then governor of Minas Gerais, Juscelino Kubitschek, to obtain a loan from the Mortgage Bank of Real Credit¹⁶:

Vargas foresaw the difficulties he would have to face with the press, which during the electoral campaign had united against his return to power. Even before taking office, he considered the need to have a means of communication to face the intense fire of the media, allied to the most conservative sectors of national capital and defender of the interests of the large international corporations that operated in the country. Samuel's newspaper was assigned the mission of confronting the powerful owners of the media committed to these interests.¹⁷

Wainer's publication, the newspaper *Ultima Hora*, clearly a defender of the Vargas government, provoked the reaction of the media entrepreneurs, Carlos Lacerda, Assis Chateaubriand and Roberto Marinho, serving the vehicles that latter, in the New TV Tupi and The Globo radio, from platform, at the first, for the attacks on Vargas and Wainer¹⁸. The funding for Samuel Wainer was not a novelty among press entrepreneurs who, likewise, had already used public loans, "but in the case of *Ultima Hora* it was touted as an unprecedented scandal"¹⁹. According to Álvaro Nunes Larangeira, the attacks sowed an "explosive political scenario":

Even though they were also debtors to the public coffers (LAURENZA, 1998, p. 170-171), with credits under friendly conditions similar to those obtained by Wainer, the three pushed until they reached the first Parliamentary Commission of Inquiry of the Brazilian press, installed in March 1953. The CPI was approved on the grounds of investigating the granting of illicit loans to newspaper companies. However, under the coordination of the UDN and the complacency of government MPs, the commission directed investigations against Samuel Wainer and the possible benefits received from the Vargas government. As a result of the investigations, retaliation for the first, the political erosion of the second and the sowing of the explosive political scenario, which would result in the attack on the life of Carlos Lacerda, on August 5, 1954, pressure from the commanders of the Armed Forces for the resignation of the president and the suicide of Getúlio Vargas in the early hours of August 24th.²⁰

Vargas's suicide did not end the offensives, which continued until the coup that would take place in 1964. According to Audálio Dantas, "the participation of the media in the events that led to the military coup in 1964 contributed decisively to the implantation of the dictatorship that would dominate the country for 21 years"²¹, so that only Wainer's

¹⁵ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p.166.

¹⁶ LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Op. cit.*, p. 06.

¹⁷ DANTAS, Audálio. The media and the military coup. *And Advanced studios*. [S.l.], v. 28, n. 80, p. 59-74, 2014, p. 60.

¹⁸ LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Op. cit.*, p. 06-7.

¹⁹ DANTAS, Audálio, *Op. cit.*, p. 60.

²⁰ LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Op. cit.*, p. 07.

²¹ DANTAS, Audálio, *Op. cit.*, p. 65.

newspaper would not have joined the coup. The mainstream press, in a single defense of its capital, “became a powerful ideological instrument in the preparation and, later, in support of the military regime”²², destabilizing the government of João Goulart, routinely accused as a communist threat in Brazil.

The proliferation of channels, which started during Juscelino Kubitschek's government, is accentuated during the military regime, during which various changes in legislation and institutions are instituted with regard to communications²³. The policy of the government of General João Batista Figueiredo corroborated the preference for large companies, leading to the strengthening of the formation of networks, in order to reconcile the interests of the affiliates with those of the head of the network. According to Locatelli, “conceived within the scope of the National Security Doctrine, the network system favored everyone involved in the negotiation, except civil society”.²⁴

The reported “revolution”, which soon showed its face, unleashed a “furious offensive against participants from the deposed government and citizens accused of leftist activities. Journalists, teachers, intellectuals, citizens suspected of subversion were arrested and tortured; several had their political rights revoked”²⁵. Strong censorship fell to the press, strongly influencing the consolidated structure today. This is because, “in addition to *Correio da Manhã* and *Última Hora*, between the end of the 60s and the mid 70's, about 10 other important newspapers and magazines until then closed their doors, among them *O Cruzeiro*, *Diário de São Paulo*, *Diário Carioca*, *Diário de Notícias* and *A Gazeta*”.²⁶

On the other hand, in most of the mainstream press, omission of information was customary. Audálio Dantas, president of the Union of Journalists of São Paulo in 1975, highlights the game played by some newspapers that, in most cases, supported the military regime, proceeding with self-censorship or resorting to a feigned neutrality. According to the journalist, “some, as in the cases of *O Estado de S. Paulo* and *Correio da Manhã*, reacted to the authoritarian 'deviations' of the military, but the majority were silent, not only for fear of reprisals, but for supporting the evictions of the military dictatorship”.²⁷

Contributing to the definition of the Brazilian media structure, the military regime, on the one hand, strongly repressed its opponents, on the other, it graced its supporters, strengthening them during the twenty-one years of dictatorship. In this line, the paper industry was stimulated with tax exception, benefiting the activity. In addition, the government became, in the seventies, the largest advertiser in the country, contributing financially to the development and growth of the media, exercising, in return, important political control over such media.²⁸

²² DANTAS, Audálio, *Idem*. p. 67.

²³ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p. 166.

²⁴ *Ibid*, p. 167.

²⁵ DANTAS, Audálio, *Op. cit.*, p. 68.

²⁶ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p. 168.

²⁷ DANTAS, Audálio, *Op. cit.*, p. 71.

²⁸ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p. 168.

Gradually, the newspapers that "had swallowed the censorship or lived without protest with the agency"²⁹ realized the impossibility of ignoring social movements, whose organization reflected the reaction of civil society to the regime instituted in 1964. The opening of space to movements, however, is not due to the support of such vehicles of communication to the reaction of civil society, but only, according to Dantas, to the perception that "the merchandise they had been delivering to their readers - the information - was beginning to not be accepted, due to a lack of credibility".³⁰

The end of the military dictatorship does not end the participation of the State in the structuring of the mass media, but rather, it culminates in what meant the greater distribution of radio and television channel concessions, in the light of strictly private interests. This is because, as part of the list of negotiations with a view to approving the fifth year in office, "under José Sarney, especially in his last year, hundreds of new radio and television concessions were distributed"³¹, defining the current conformation of the Brazilian media.

The intimate relationship between the State and the media is further evidenced through a remarkable episode in the history of Brazilian media, consisting of the partnership signed between Roberto Marinho, then owner of the newspaper O Globo, the publisher Rio Gráfica and the Rádio Globo, with the northern group American Time-Life. The US capital of millions of dollars provided the premiere, in April 1965, of TV Globo, as well as its rapid and large development, with technology, at its debut, far superior to the radio and television chain of Assis Chateaubriand.³²

Associated with Carlos Lacerda, Chateaubriand initiates a campaign contrary to the Globo / Time-Life agreement, for violating the constitutional prohibition of foreign group shareholding in a journalistic company. Although a CPI was instituted to investigate the agreement and the Commission's opinion was to condemn the company for disrespecting the constitutional provision, after an exhaustive examination by the National Telecommunications Council, Globo's resources and considerations by the General Consultancy of the Republic, in September 1968 the contract was concluded for validity.³³

Roberto Marinho's influence on successive governments became evident. His partnership with the Time-Life group came to an end in July 1971, a period in which "he invested in the technological improvement of the broadcaster, adopted the North American programming know-how, innovated in the adoption of network television broadcasting, supported the policy military regime in the area of telecommunications"³⁴, expanding the network to form the "largest media captancy" in Brazil, in this trajectory where the public and the private mix, resulting in the current media conglomerates. About the rapid growth of TV Globo, both in scope and financial, Locatelli highlights:

²⁹ DANTAS, Audálio, *Op. cit.*, p. 73.

³⁰ DANTAS, Audálio, *Op. cit.*

³¹ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p. 168.

³² LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Op. cit.*, p. 07.

³³ LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Ibid.*, p. 08.

³⁴ LARANGEIRA, Álvaro Nunes, *Idem.*

As the owner of a single channel in Rio de Janeiro, in 1965, in the early 1980s, she grabbed 60% of the advertising dollars in the country and 70% of the television funds, which gave her the status of the fourth largest television network in the world. A situation that practically made any type of competition unfeasible, relegating other broadcasters to marginal positions in the market.³⁵

In the 1980s, while the expansion of newspapers proved to be modest, radio and television networks grew throughout the country, accumulating advertising funds in these vehicles, notably television, causing serious losses to companies devoid of this media³⁶. In the 1990s, with the oligopolistic structure already consolidated from state interference in the sector, defining the vehicles that could or could not exploit the activity, depending on the determined restrictions or the very closure imposed in the dictatorial periods, the media market passed for a period of predominance of “free competition”, without any effective regulation.

The historical effort, albeit brief, seeks to demonstrate the contribution of state interference to the shaping of the Brazilian media structure. Despite the defenses of the communication sector, “the companies that exist today are not the result of competitive processes”, within which, due to purely economic efficiency, a small group of companies remained operating in the form of an oligopoly. According to Locatelli, “the understanding is that it was mainly the State's interventions and interventions that were the decisive elements in defining the current structure and dynamics of the media market”.³⁷

State interference occurred throughout the formation of the Brazilian media, for no other reason than for the simple reason that the media “are means that sell information: who controls the information, controls the power”³⁸. Domination, today, does not happen by force, but, essentially, through convincing, thus justifying the importance of the media. As Nelson Werneck Sodré summarizes, “the oligopolized press and linked to the current social and political structure defined its alienation and lost any trace of what is national here. Alienation is your portrait”.³⁹

Pluralism and competition

The exercise of democracy presupposes the access and participation of plural communication, which remains interconnected to all other spheres of society. However, there is no way to defend the right to communication in the context of a monopoly or oligopoly of private companies that own the mass media. In a scenario of private and concentrated media appropriation, “individuals can only (when they have) access, in fact, to the open field of public debates through the mediation of a small group of private

³⁵ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Op. cit.*, p. 166.

³⁶ LOCATELLI, Carlos Augusto, *Ibid.*, p. 169.

³⁷ LOCATELLI, Carlos Augusto., *Ibid.*, p. 171.

³⁸ SODRÉ, Nelson Werneck, *Op. cit.*, p. XV.

³⁹ SODRÉ, Nelson Werneck, *Op. cit.*, p. XVIII.

companies, which have the prerogative to select, filter, edit and block the expression that passes through 'your' channels".⁴⁰

The control of the media by a few groups is an obstacle to the democratic debate through these media. The possibility of deconcentration through antitrust mechanisms precedes the importance of distinguishing between pluralism and competition, which is related to the notion of the dispute between economic agents for the increase or maintenance of domination over market shares, capable, in theory, of boosting the maintenance of low prices and the highest quality of products offered to the consumer. According to Elói Martins Senhoras, "competition is one of the pillars of the market economy".⁴¹

Competition is not defined, however, by the Constitution of the Republic or by legislation. The disbelief in the perfect competition model developed by neoclassical economists and the development of the theory of the so-called "feasible competition", "led the doctrine to affirm that the legislation presupposes competition as a real phenomenon, but its conceptual determination does not contain any normative element"⁴². Thus, defining competition would mean limiting its scope, understanding the principle as a result of free enterprise, characterized by malleability and adaptability to changes in the market and economic reality.⁴³

The applicability of the competition principle permeates the various economic activities, in a broad sense. Thus, there is no restriction on the application of antitrust mechanisms to heavily regulated activities, as is the case with public services. The opposite, that is, the non-application of the competition principle, is a punctual and exceptional situation, in order to avoid the losses arising therefrom⁴⁴. Specifically with regard to the social communication market, competition materializes, above all, according to César Bolaño, in the competition for advertising investments that support the sector.⁴⁵

In view of the concentrated structures, competition law operates, which, by express legal determination, analyzes the acts of concentration in the light of the rule of reason, checking, first, whether they have the ability to harm free competition, without which its incidence becomes impossible, and, second, if this potentiality may result in the domination of relevant markets, in addition to observing whether, verified any of the

⁴⁰ MARINONI, Bruno. Concentration of the mass media and the challenge of democratization in the country. *Analysis Magazine*, n. 13, Foundation Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) Brazil, São Paulo: 2015. Available at <http://intervozes.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Projeto-FES-Artigo-concentracao-meio.pdf> Access to Jan. 21, 2018. p. 04.

⁴¹ LADIES, Elói Martins. Defense of competition: policies and perspectives. *Management Research Notebook*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 81-106, 2003. p. 02.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Competition as a constitutional theme: State and Government policy and the State as a normative and regulatory agent. *IBRAC Magazine: doctrine, jurisprudence and legislation*. São Paulo, v. 16, n. 1, 2009. p. 173-174.

⁴³ LADIES, Elói Martins, *Op. cit.*, p. 04.

⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Antitrust powers and sectoral regulations. *IBRAC Magazine: doctrine, jurisprudence and legislation*. São Paulo, v. 16, n. 1, 2009. p. 41.

⁴⁵ BOLAÑO apud FERNANDES. In: FERNANDES, André de Godoy. *Social media in Brazil: promoting pluralism, competition law and regulation*. 2009. 460f. Doctoral thesis - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2009. p. 179.

conditions, there are justifications that would remove the illegality of the concentration⁴⁶, whether due to the economic efficiency generated, or to feed the minimum economic efficiency necessary to promote the exploitation of the activity.

Competition law, therefore, is geared to economic efficiency and seeks to prevent abuse of a dominant position by companies in their respective segments and geographical position. It happens, however, that, precisely guided by economic efficiency, certain acts of concentration become acceptable under antitrust law, depending on the analysis of the specific case, mainly with regard to the possible benefits of this concentration. Specifically with regard to the economic activity of social communication, such permission potentially means a serious offense to the principle of pluralism.

Political pluralism is proclaimed as one of the fundamental principles of the Brazilian Republic, and must “be understood in its broadest meaning, reaching not only the political-party spectrum, but all conceptions and ideas that are relevant to collective political behavior”⁴⁷, whose effects are scattered in the Constitutional text. With regard to the sphere of social communication, pluralism can be promoted internally or externally, referring, respectively, to the internal performance of each media outlet, aiming to promote the publicity of different perspectives on themes of public interest⁴⁸ and the multiplicity of vehicles:

External pluralism is related to the existence of a pluricentric communicative space, characterized by the presence of a large number of agents that convey different information and points of view in society. Internal pluralism, on the other hand, concerns the performance of each media outlet, and involves its obligation to ensure equal space for the various relevant points of view on controversial issues of public interest. With regard to internal pluralism, it should be noted that the measures aimed at its realization cannot imply excessive restrictions on the editorial autonomy of each media outlet.⁴⁹

On the one hand, if the public debate cannot be subject to control by the State, at the risk of real censorship, or, still, of disclosing only what is convergent to the interests of the government, on the other “to rely exclusively on the market's 'invisible hand' also doesn't seem like a good alternative, especially if the communicative market is as concentrated as it is in Brazil, and so associated with economic power”⁵⁰. Thus, freedom of expression and information, so dear to the Democratic Rule of Law, is invoked by the

⁴⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. Cartel, illegality per se and burden of proof: brief considerations. *Economics magazine*, v. 33, n. 1, Jan./Jun. 2007, p. 152.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Commentary on Article 220. In: CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comments on the Constitution of Brazil*. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2013. p. 2041.

⁴⁸ In this line, the Federal Constitution itself holds the right of reply, according to Art. 5, V, establishing the contradiction in the public space of communication, in addition to the right to broadcast political parties, along the lines of Art. 17, §3, promoting the dissemination of different political ideas.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 2041/2042.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Freedom of expression, pluralism and the promotional role of the State. *Legal Dialogue Magazine*. Salvador – BA, n. 16 - May/Jun./Jul./Aug. 2007. p. 22.

media in favor of the free performance of media companies, without effective regulation, therefore benefiting concentration in the market:

This created an unfortunate confusion between freedom of expression and freedom of business. The logic of business activity, in the capitalist production system, is based on profitability, not on the defense of the human person. An economic organization focused on the production of profit and its subsequent sharing between capitalists and entrepreneurs cannot, therefore, present itself as the holder of rights inherent to the dignity of the human person. However, freedom of expression is not to be confused with freedom of business exploitation and is in no way guaranteed by it. It is, therefore, an aberration that the large conglomerates of the mass communication sector invoke this fundamental right to freedom of expression, in order to establish a true oligopoly in the markets, in order to exercise safely, that is, without social or popular control, a dominant influence on public opinion.⁵¹

If it is possible to assume that "it is evident that the more diversified and polycentric the communicative market is, the less the individual power of the owners of each vehicle will be, significantly reducing the chances of such serious abuses"⁵², on the contrary, only external pluralism may prove to be insufficient. This is because, although the communication vehicles are varied, the struggle for the audience⁵³ will naturally prevent the content transmitted from being plural, given the various voices of society, especially that of the excluded. Furthermore, the media themselves, even though they are private, have political and economic interests, whose vehicles will also be a means for these purposes.

Ensuring the right to freedom of expression, information, political and cultural pluralism, as well as promoting the enrichment of public debate, therefore demand more than a totally absenteeist posture from the State, but the promotion of dynamic and plural public debate and the protection of the public right to dissent⁵⁴. Unquestionable, on this point view, the importance of the mass media in today's societies, constituting such vehicles as the third occupation of modern man. Second, only to work and sleep, the consumption of mass media production places the "valuation of information and knowledge as essential sources of wealth in the most industrialized countries".⁵⁵

Media: *a priori* prohibition of structural concentration

The media, in the light of the critical perspective of the cultural industry, have a great influence on the formation of public opinion. The news, along with advertising, have a market character, with information becoming somewhat disguised as manipulation. The

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder, *Op. cit.*, p. 12-13.

⁵² SARMENTO, Daniel, *Op. cit.*, p. 24.

⁵³ BOURDIEU, Pierre. *About television*. Translation by Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. p. 57.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel, *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁵ FARIAS, Edilson Pereira. *Freedom of expression and communication: theory and constitutional protection*. 2001. Doctoral thesis - Federal University of Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 93.

viewer, whom the media groups, turn to as a true consumer, becomes a receiver more than news or entertainment, but of the axiological construction conveyed by the mass media on topics of relevant national interest, making these vehicles pass on to have considerable influence not only on the consumption habits of the population, but on the public agenda itself.

The concentration of social media ownership or ownership in a few groups or networks aggravates this scenario, since “the smaller the number of institutions, the smaller the number of people making decisions about the diversity of content and, in principle, the smaller the number of voices that can be represented in the public sphere”⁵⁶. The conjuncture concentrated in this economic activity, therefore and in particular, has negative effects that surpass those usually fought by the defense of competition, because “it means concentration of influence, which can be easily used to obtain political and ideological profits, in addition to regular commercial profits”.⁵⁷

The concept of monopoly refers to the exclusive exploitation of a certain economic activity by a single agent. In Friedman's words, “a monopoly exists when a specific individual or company has sufficient control over a particular product or service to significantly establish the terms under which other individuals will have access to it”⁵⁸. In the oligopoly, such control is exercised by a group of people or companies that act in a coordinated manner. Differentiating the imperfect competition from the oligopoly, Paolo Sylos Labini concludes that “l'oligopolio, dunque, non appare come” with a particular theoretical case, but each the form of the market very often, if it is only variably ‘configurata’, in the modern “realità economica”.⁵⁹

The monopolistic or oligopolistic structure of the media undermines its use as an instrument for the expression of ideas, a public space for the exchange of information and opinion, undermining, ultimately, its contribution, albeit potential, to democracy. Society, in its plurality considered, according to the democratic ideal, must have a voice, must have the possibility of argumentation, diffusion and access to different perspectives regarding matters of public interest. Participation must be encouraged and, for that, it is essential that the media reflect the plurality of society.⁶⁰

The importance of making pluralism effective in social communication, associated with the diversity of sources and the ability to choose by the recipient, as well as the existence of credible information, is intrinsically related to the deconcentration of the economic activity of mass communication. The principle of pluralism, therefore, when dealing with the activity carried out by the media, in all its modalities, prevails over the analysis of the economic efficiency generated and its eventual benefits to the consumer

⁵⁶ SANKIEVICZ, A. *Freedom of Expression and Pluralism: perspectives for regulation*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 89.

⁵⁷ Ibid, p. 90.

⁵⁸ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977. p. 105.

⁵⁹ SYLOS LABINI, Paolo. *Oligopolio and Poggio Tecnico*. 2. ed. Torino: Giulio Einaudi editorore, 1967. p. 36.

⁶⁰ BERALDO, Paulo Eduardo Palma; NAPOLITANO, Carlo José. *The Social Impacts Resulting from Media Concentration in Brazil*. Work presented at IJ 8 - Interdisciplinary Communication Studies of the XVIII Communication Sciences Congress in the Southeast Region, held from July 3 to 5, 2013. p. 11.

or to the economic order. The exploitation of the activity by a multiplicity of agents, disconnected and uncoordinated, contributes to pluralism and boosts competition:

The principle that takes precedence is that of information pluralism. A market where there is competition between economic agents (fighting for portions of the market for goods or services and seeking economic efficiency) does not necessarily guarantee the plurality of voices and the diversity of opinions and points of view associated with the notion of pluralism of information. On the other hand, a market where there is a diversity of economic agents, independent and autonomous, tends to favor competition. Thus, it seems possible to affirm that pluralism favors competition between economic agents in the media sector. The reverse is not necessarily true.⁶¹

The Brazilian constitutional order by prohibiting the formation of monopolies and oligopolies in the media defines, in a transversal way, the structural configuration of this activity, whose legitimacy presupposes the pulverization of economic power in the media. In such a configuration, as Fernandes says, "there are a large number of agents and none of them has a significant portion of power"⁶². According to the jurist, the configuration established by article 220, fifth paragraph of the Federal Constitution of Brazil, although it cannot justify the media conveyed only by small companies, determines the fractionation, as far as possible, of the carriers, dividing, therefore, the control over the media:

There must be, in the media sector, a significant or reasonable number of economic agents, independent and autonomous. But that is not all. The economic agents in the sector must be, as far as possible, materially equivalent, and none of them can hold a pronounced "position of strength" compared to the others.⁶³

The prevalence of the principle of pluralism does not mean, on the other hand, the inapplicability of the antitrust right to the matter. Rather, the opposite. Being a principle that must prevail in the activity explored by the media agents, due to an express requirement of the established constitutional order, it is also up to the competition law to objectify its effective realization. Thus, competition law, which is usually guided by economic efficiency, specifically with regard to social communication activity, will be inexorably guided by the principle of pluralism.

The relegation of any argument that defends the benefits generated by economic efficiency or minimum economic efficiency for the exploitation of the activity, in favor of the pluralism that should guide it, is justified, according to Fernandes, because it is a "ban per se concentration". Thus, by prohibiting the monopoly or oligopoly in the media, the Constitution of the Republic, by means of the provisions of Art. 220, §5, assumes pluralism as superior to any eventual benefits that the concentrated situation of the exploitation of

⁶¹ FERNANDES, André de Godoy, *Op. cit.*, p. 181.

⁶² *Ibid*, p. 184.

⁶³ *Ibid*, p. 186.

the activity may generate. Therefore, the investor is exempt from considering pluralism and the benefits of concentration, always prevailing the first.⁶⁴

Illegality *per se*, in competition law, corresponds to the possibility of considering the mere act or conduct to be unlawful, regardless of the effects generated or the justifications for its occurrence. This is because, as Fernandes maintains, “as the harmful effects of illicit acts *per se* are presumably greater than the possible benefits that may be produced, it is unnecessary to make such a comparison in each specific case”⁶⁵, exempting the investor from analyzing the benefits or economic efficiency brought about by the concentration of power in the market and the harm caused by obstruction of competition.

For Roberto Domingos Taufick, on the other hand, “illegality *per se* is unacceptable in Antitrust Law”, since “the most evident affront to competition demands, at least, the existence of market power on the part of the economic agent”, being this “*conditio sine qua non* (essential requirement) to determine whether or not there has been an affront to competition”⁶⁶. However, with regard to the field of social communication, the prohibition of the structure concentrated in the form of monopoly or oligopoly precedes the field of legality / illegality, but it is part of the constitutional political project, perceiving the antitrust law, in this tone, also as instrument for that purpose.

In despite of the ideal democratic pluralism in the mass media, today's situation the activity is strongly characterized by oligopoly. Through groups and networks, the Brazilian media are intertwined under the various perspectives of economic concentration⁶⁷. However, the exploitation of the economic activity of social communication, therefore, must be guided considering the prohibition *per se* established by the Federal Constitution. Therefore, there is no need to analyze and counterbalance economic efficiency and its eventual benefits to the community, and such concentration is *a priori* rejected.

Final considerations

The disbelief in the facticity of the theoretical model of perfect competition conceived by economic liberalism opened space for “competition regulation in the search for solutions to the so-called structural failures of the system”⁶⁸. State intervention in the economy with a view to correcting market failures fosters the development of competition law. As an ordering structure for the economic system, the

⁶⁴ FERNANDES, André de Godoy, *Idem.*, p. 191.

⁶⁵ *Idem*, *Ibidem*.

⁶⁶ TAUFICK, Roberto Domingos. Cartel, illegality *per se* and burden of proof: brief considerations. *Economics magazine*. [S.l.], v. 33, n. 1, Jan./Jun. 2007. p. 152.

⁶⁷ Economic concentration can be classified into three categories, including, specifically to the media, according to André de Godoy Fernandes, a fourth: horizontal concentration, vertical concentration, conglomerates and multimedia concentration or cross ownership of vehicles. *In*: FERNANDES., *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁸ BUCHAIN, Luiz Carlos. The objectives of competition law in the face of the national economic order. *Law Graduate Program Notebooks - PPGDir./UFRGS*. v. 9, n. 1, 2014. p. 228.

institutionalization of competition, duly inserted in the Federal Constitution, “underpins public and private policies that are essential for the good functioning of the free market economy”.⁶⁹

The Brazilian Antitrust Law has no end in itself, but it has a clear instrumental character. Belonging to the discipline of economic law, antitrust law is part of the systematized whole of the Constitution of the Republic, and it is also an instrument aimed at building a free, just and solidary society, guaranteeing national development and reducing social and regional inequalities as legal form, under article 3º of Brazilian Constitution, as well as to provide an economic order that, based on the valorization of human work and free initiative, ensures a dignified existence for all, according to the dictates of social justice foreseen in Article 170 of Constitution.⁷⁰

The 1988 Constitution, establishing an a priori prohibition on the concentrated structure of the media, allows, regardless of the operationalization liable to punitive deconcentration, the merely structural deconcentration of the exploitation of the activity. "For greater security, the structural deconcentration of the media sector should be accompanied by specific structural regulation, by which limits are set on the concentration and / or control of vehicles"⁷¹. The absence of specific regulation, however, does not prevent the application of the competitive right to the activity, with a view to assessing the concentrated structures and promoting their deconcentration, especially in view of their ability to implement public policies.

The identification of the various situations that a company or media agent may influence the programming or editorial content, as well as the ability to determine other factors relevant to the business of the other media, is essential to the effectiveness of the principle of pluralism inside the media. In this perception, alongside corporate law, antitrust law proves to be a useful tool for identifying such situations, as well as those in which there is no direct control of one company over another, but both (or the group to which they belong) act in a coordinated manner, preventing competition and plural exploitation of the activity.⁷²

Competition law does not summarily consider mergers to be unlawful, allowing companies, because under certain conditions, even approve them. This is because the restriction on competition can be considered beneficial, either for a direct benefit or to avoid harm resulting from competition. In short, in the balance between the restriction on free initiative or the relevant market domain and the possible benefits generated, losses to competition can be relativized, being considered as innocuous. "Economic efficiency is the main economic benefit recognized by law as being able to compensate for reduced competition".⁷³

⁶⁹ LADIES, Elói Martins, *Op. cit.*, p. 10-11.

⁷⁰ FORGIONI, Paula A. *The fundamentals of antitrust*. 9. ed rev., Updated and amplified. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 193-194.

⁷¹ FERNANDES, André de Godoy, *Op. cit.*, p. 205.

⁷² FERNANDES, André de Godoy, *Idem.*, p. 214.

⁷³ FERNANDES, André de Godoy, *Idem.*, p. 245-248.

With regard to the media, however, unlike other economic activities under the supervision of CADE (Administrative Council for Economic Defense), the prohibition on the formation of monopolies or oligopolies is determined a priori and does not depend on any analysis of any benefits of the concentration. The disrespect to the prohibition per se of this activity is not illegal, but unconstitutional, contrary to the express provision of the Federal Constitution (art. 220, §5). Media regulation, therefore, in addition to the economic purpose, preserves public interest value, that is, maintaining pluralism in public sphere communication:

The social communication sector is the main element of what we can call the public sphere in contemporary society. It plays a key role in the democratic system by providing society with the information and knowledge necessary for decision-making on political and economic matters. Media regulation is closely associated with the characterization of social media as central elements of the public sphere in contemporary society and its importance for the democratic system and the promotion of development.⁷⁴

The construction of concentrated media ownership in Brazil has always maintained a close relationship with the State. Private dimension with solid bases in the public, contradicting, since its genesis, the republican ideals. Thus, if achieving the constitutional principles is no longer a simple task, in the social communication scenario it proves to be quite complex. It is rooted the centralization of control of vehicles, highlights that to be the great influence of "media owners" it is very important in political decisions, economic and social through the direction of public opinion. The regulation of the activity assumes a unique importance to the democratic yearning and, although its instruments cannot be reduced to the antitrust mechanisms, they present themselves as relevant tools to this aim.

The prohibition against the monopolistic or oligopolistic structure, direct or indirect, in the media is already expressly established by the political project embodied in the Federal Constitution. It is not, therefore, an offense against freedom of the press, freedom of expression or any of the possible justifications already used by the controllers of the media to defend the maintenance of concentration of control. It is about implementing the established constitutional structure, which, in what concerns the Brazilian social communication activity, privileges the principle of pluralism over economic effectiveness, precisely because of its importance to the democratic order.

Media regulation is "urgent"⁷⁵. Pluralism in the media depends on limits to concentration in the sector, allowing regulators "instruments to curb abuses, such as the advancement of religious proselytism on the dial, the perpetuation of electronic oligarchies and the formation of networks controlled by communication conglomerates

⁷⁴ FERNANDES, André de Godoy, *Op. cit.*, p. 273-274.

⁷⁵ KISCHINHEVSKY, Marcelo. Concentration and regulation in the Brazilian radio broadcasting market. *Revista de Economía Política de la Tecnologías de la Información y de la Comunicación*. [S.l.], v. XIII, n. 3, Sep./Dec., 2011. p. 13-14.

that do not maintain ties with the reality of the markets in which they operate"⁷⁶. The media has long served as a stage for private interests, carefully directed, with the urgent need for the State to "assume its role as regulator"⁷⁷ and preserve the integrity of public opinion.

The absence of regulation to the specific constitutional norm (art. 220, §5º) does not prevent its effectiveness through the existing legal mechanisms. In this tone, the importance of competition law emerges, since "it does not require the enactment of new laws, only the adoption of a new interpretive paradigm"⁷⁸. The antitrust law as an instrument for the implementation of public policies is sufficient to identify the structures concentrated within the scope of the media and to contribute to the promotion of the deconcentration of this market, essential to the democratic ideal.

REFERENCES

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Enlightenment as mystification of the masses. In: ADORNO, Theodor W.; ALMEIDA, Jorge Miranda de. *Cultural industry and society*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Antitrust powers and sectoral regulations. *IBRAC Magazine: doctrine, jurisprudence and legislation*. São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.

BELTRÃO, Luiz; QUIRINO, Newton de Oliveira. *Subsidies for a theory of mass communication*. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1986.

BERALDO, Paulo Eduardo Palma; NAPOLITANO, Carlo José. *The Social Impacts Resulting from Media Concentration in Brazil*. Work presented at IJ 8 - Interdisciplinary Communication Studies of the XVIII Communication Sciences Congress in the Southeast Region, held from July 3 to 5, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *About television*. Translation by Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BUCHAIN, Luiz Carlos. The objectives of competition law in the face of the national economic order. *Law Graduate Program Notebooks - PPGDir./UFRGS*. v. 9, n. 1, 2014.

BERNAYS, Edward. *Propaganda*, with an Introduction by Mark Crispin Miller, Desert Books, n/d.

COMPARATO, Fábio Konder. The democratization of the mass media. *REVISTA USP*. São Paulo, n.48, p. 6-17, Dec./Feb. 2000-2001.

⁷⁶ KISCHINHEVSKY, Marcelo, *Idem*.

⁷⁷ KISCHINHEVSKY, Marcelo, *Idem*.

⁷⁸ FERNANDES, André de Godoy, *Op. cit.*, p. 323.

DANTAS, Audálio. The media and the military coup. *And Advanced studios*. [S.l.], v. 28, n. 80, p. 59-74, 2014.

FARIAS, Edilson Pereira. *Freedom of expression and communication: theory and constitutional protection*. Doctoral thesis - Federal University of Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

FERNANDES, André de Godoy. *Social media in Brazil: promoting pluralism, competition law and regulation*. Doctoral thesis - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Competition as a constitutional theme: State and Government policy and the State as a normative and regulatory agent. *IBRAC Magazine: doctrine, jurisprudence and legislation*. São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.

FORGIONI, Paula A. *The fundamentals of antitrust*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977

KISCHINHEVSKY, Marcelo. Concentration and regulation in the Brazilian radio broadcasting market. *Revista de Economía Política de la Tecnologías de la Información y de la Comunicación*. [S.l.], v. XIII, n. 3, Sep./Dec. 2011.

LARANGEIRA, Álvaro Nunes. The compadrio in the formation of the hereditary captaincies of the Brazilian media. *Magazine of the National Association of Graduate Programs in Communication*. Brasília, v. 12, n. 3, Sep./Dez. 2009.

LOCATELLI, Carlos Augusto. The private oligopoly of communications as an arbitrary inheritance of the Brazilian State. *Studies in Journalism and Media*. [S.l.], v. I, n. 2, p. 161-173, Jul./Dec. 2009.

MARINONI, Bruno. Concentration of the mass media and the challenge of democratization in the country. *Analysis Magazine*. São Paulo, n. 13, 2015.

SANKIEVICZ, A. *Freedom of Expression and Pluralism: perspectives for regulation*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. Commentary on Article 220 of Constitution of Brazil. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. e STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comments on the Constitution of Brazil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARMENTO, Daniel. Freedom of expression, pluralism and the promotional role of the State. *Legal Dialogue Magazine*. Salvador, n. 16, May./Jun./Jul./Aug. 2007.

LADIES, Elói Martins. Defense of competition: policies and perspectives. *Management Research Notebook*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 81-106, 2003.

SODRÉ, Nelson Werneck. *History of the press in Brazil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

SYLOS LABINI, Paolo. *Oligopolio and Pogresso Tecnico*. 2. ed. Torino: Giulio Einaudi Editorore, 1967.

TAUFICK, Roberto Domingos. Cartel, illegality per se and burden of proof: brief considerations. *Revista de Economia*. [S.l.], v. 33, n. 1, Jan./Jun. 2007.

Data de Recebimento: 01/10/2020.

Data de Aprovação: 08/01/2021.

THE USE OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL: CONTRIBUTIONS TO ESTABLISH APPLICATION CRITERIA

A UTILIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: CONTRIBUIÇÕES PARA ESTABELECEM CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

Matheus Casimiro*
Isabelly Cysne Augusto Maia**
Felipe Braga Albuquerque***

ABSTRACT

Despite the reference to the Unconstitutional State of Affairs (USoA) in the trial of the precautionary measure of ADPF nº 347, the Supreme Federal Court of Brazil did not clarify which criteria should guide its application. Consequently, some problems may arise, such as its weakening, due to the possible indiscriminate use; lack of internal and external coherence in judicial decisions, since there are no uniform criteria of applicability, there is a risk that each magistrate will understand this practice of different way; and legal uncertainty, of not knowing precisely when the USoA may or may not be used. Thus, the purpose of this paper is to present the importance and the difficulties of establishing objective criteria for the use of USoA in future structural litigation. Furthermore, in order to contribute to the minimization of the identified problem, some initial criteria for the use of USoA are proposed, such as the exceptionality of the problem faced and the severity of the structural violation.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs; Application criteria; Structural Remedies.

RESUMO

Apesar da expressa referência ao Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal não esclareceu quais critérios devem nortear sua aplicação. Consequentemente, alguns problemas podem surgir: enfraquecimento do instituto, pelo seu possível uso indiscriminado; falta de coerência interna e externa nas decisões judiciais, uma vez que se não há critérios uniformes de aplicabilidade, corre-se o risco de cada magistrado compreender essa prática de forma distinta; e a insegurança jurídica, por não se saber com precisão quando o ECI poderá ou não ser utilizado. À vista disso, a finalidade do presente artigo é apresentar a

* Professor de Direito Constitucional da Unichristus. Doutorando em Direito Público pela UERJ. Mestre e Graduado em Direito pela UFC. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC-MG. Fundador e coordenador-geral do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8223839055263161>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3963-3783>. E-mail: mcgserafim@gmail.com.

** Coordenadora do curso de Direito da Unichristus (Campus Parquelândia). Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Interpretação de Decisão Judicial (NUPID). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9614737914850673>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7178-336X>. E-mail: isabellycysne@gmail.com.

*** Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), onde leciona na Graduação e na Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito. Pós-doutorando em Saúde Coletiva pela UFC. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3508201184011365>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7192-8186>. E-mail: felipe_direito@hotmail.com.

importância e as dificuldades de estabelecer critérios objetivos para a utilização do ECI em futuros processos estruturais. Além disso, visando contribuir com a minimização do problema identificado, propõe-se alguns critérios iniciais para a utilização do ECI, como a excepcionalidade do problema enfrentado e a gravidade da violação estrutural.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Critérios de aplicação; Remédios Estruturais.

INTRODUCTION

With the Mexican Constitution in 1917 and the Weimar Constitution in 1919, a new phase of constitutionalism began: the welfare state, whose duties are not restricted to respecting the citizens' individual freedoms, but also acting positively, "hands on", through public policies, to guarantee the fundamental rights enshrined in the constitutional text.

Alongside with the affirmation of social, economic and cultural rights ("DESCs"), so-called political omissions have also increased, resulting from the inertia of political powers in providing the public services that are necessary for their protection. Because of the lack of adequate public policies, many of the new rights came to be seen only as symbolic guarantees.

The Judiciary, then, started to use structural remedies, which aim to remove political powers from inertia and make it possible to overcome political omissions. Although it is widely known and studied in other countries, such as in the USA, Colombia and South Africa, the phenomenon of structural remedies is still new in Brazil, which only entered the academic spotlight in 2015, when the Supreme Court (Supremo Tribunal Federal, or simply, "STF") recognized the Unconstitutional State of Affairs ("USoA") of the Brazilian prison system, in ADPF nº 347/DF. Even though the final requests have not yet been judged, there have already been other attempts to use USoA in Brazil, such as ADPF No. 682, in which the Brazilian Bar Association (Ordem dos Advogados do Brasil, or simply, "OAB") tried to recognize USoA for higher legal education.

But attempts to use USoA gave rise to a few serious questions. What criteria should guide the application of USoA in Brazil? What are the risks of this lack of systematization? Are there guidelines to develop criteria for the use of USoA? These are fundamental questions that, so far, have not been adequately answered by academic literature and jurisprudence.

Without setting parameters for its use, the Colombian structural remedy can strengthen judicial solipsism and the production of inefficient decisions, which provide only palliative solutions to the problem. Thus, the purpose of this article is to highlight the need to set criteria for the use of USoA in the country, to reveal starting points for the systematization of these criteria.

To carry out this research, we focused on a bibliographic and documentary analysis as a methodology, which resulted in an inductive and comparative analysis, since

to carry out the necessary formulations, we searched for the main academic productions and judicial decisions related to structural processes, enabling the understanding of fundamental concepts to focus our research on. In addition, important Colombian cases in which the USoA was used were studied. It is worth highlighting the study of ruling T-153, in which the Unconstitutional State of Affairs of the Colombian prison system was recognized, and sentence T-25, paradigmatic for Colombian structural disputes and responsible for setting the requirements for the use of USoA.

The work is structured by initially presenting some conceptual considerations, elucidating the purpose of structural remedies, and clarifying the development of USoA in Colombia. Then, there is a brief presentation of the two attempts to recognize the USoA in Brazil, through concentrated control of constitutionality. Finally, concluding the work, the evidence from the Colombian and Brazilian experiences that the lack of criteria for the use of USoA can cause several problems, demonstrating how fruitful and necessary it is to establish conditions to apply USoA.

The Colombian response to political omissions: the Unconstitutional States of Affairs

From the context of the Welfare State, strengthened after the Second World War, a broad positivism of fundamental rights started to show in new Constitutions¹, which included matters that until then were not considered to be typically constitutional. Concomitantly with this process, researchers started to study the objective dimension of fundamental rights, capable of binding the State to constantly act in favor of its effectiveness.

In this scenario, the concept of political omission emerged. It is not a normative vacuum, representing the complete absence of infraconstitutional rules aimed at the realization of fundamental rights. As Marmelstein explains², the political omission can be understood as the lack of public policies necessary for the protection of constitutionally guaranteed rights, causing them profound and repeated violations by the Public Power.

In view of these omissions, the affected population segments end up resorting to the Judiciary, to identify a solution to state inertia³. Because of this, the collective structural processes of public interest emerge, seeking to modify the structure and performance of certain public institutions to resolve complex disputes, involving multiple

¹ BEATTY, David M. *A essência do Estado de direito*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 216.

² MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Jurídica da Fa7*. Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 10-28, 2015a. p. 25

³ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 121-137.

interests⁴. As Salazar and Meireles clarify⁵, typical issues of structural litigation involve different values of society; not only there are competing interests at stake, but also the possibility that the legal spheres of third parties, which are not part of the conflict, are affected by the court decision⁶.

In this type of litigation, the Judiciary has issued rulings or structural remedies that have enabled judicial intervention within the scope of the Public Administration⁷. They function as real access keys, opening the doors of public policies to the Judiciary⁸. According to Campos⁹, these jurisdictional provisions are commands to achieve real institutional changes, constituting an in-depth intervention in the structure of public policies. This way, they are oriented towards a future perspective, and not only in the short term, preventing the sentence from becoming a bigger problem than the original¹⁰.

Structural remedies are diverse, enabling different degrees of judicial intervention and having different application criteria. In the United States, the use of structural injunctions became known, which enabled more rigid interventions by the Judiciary¹¹. On the other hand, in South Africa, the Constitutional Court developed what they call Meaningful Engagement, a structural remedy of a dialogical character¹². Colombia, on the other hand, essential to this study, developed the Unconstitutional State of Affairs.

The first case in which the Colombian Court used this institute was in the Sentencia de Unificación SU. 559/97, judged in 1997. The case was about the attempt to drain the National Fund for Social Benefits of Teaching by the cities of Zambrano and Maira de La Baja, which violated the social security rights of forty-five teachers. Teachers, for several years, contributed 5% of their income to a social security fund, however, they did not receive the due consideration, being hampered by the omission of municipal agents¹³. Thus, Colombian cities, by not affiliating and paying the necessary contributions so that

⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. [S.l.], v. 284, p. 333-369, out. 2018. p. 341.

⁵ SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. Decisões estruturais e acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. [S.l.], v. 3, n. 2, p. 21-38, 2 dez. 2017. p. 32.

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448; p. 423-424.

⁷ PUGA, Mariela G.. *Litigio Estructural*. 2013. 329f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. p. 256-257.

⁸ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos estruturais e direito à moradia no Sul Global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 148-183, 2021. p. 155.

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 189.

¹⁰ SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. *Op. cit.*, p. 32.

¹¹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

¹² RAY, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 115.

¹³ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015b. p. 241-264; p. 242.

teachers could enjoy their fundamental rights to health and social assistance, violated their fundamental rights¹⁴.

Recognizing the seriousness of the situation, as well as the existence of similar cases throughout Colombia, the Constitutional Court guaranteed the specific affiliation of the plaintiffs to the pension fund. It also determined that municipalities in a similar situation to the *res judicata* remedy the unconstitutional omission within a reasonable time. Aware of the number of injured parties, the Court understood that it would be much less costly to grant a jurisdictional provision that included multiple situations, than to individually judge each of the lawsuits filed by the teachers¹⁵.

According to Campos¹⁶, it is possible to divide the evolution of the USoA into two phases: a first phase, marked by inefficiency, whose paradigmatic case was sentence T-153, in which the Court recognized the USoA of the Colombian prison system; and a second phase, initiated with the T-25 sentence, characterized by the rigor in the identification of situations that truly reveal an USoA, as well as by a greater concern with the efficiency of the institute. For the purposes of this research, it is relevant to understand the context and implications of the T-25 ruling.

The T-25 ruling concerned a serious problem that Colombia faced at the time and still has social repercussions: the internally displaced, victims of the armed conflicts in the country, mainly between guerrillas and national military forces. In 2015, 6.9 million people were part of the concept of internally displaced persons in Colombia¹⁷. The issue requires efficient state action, since thousands of people leave their houses, going to other cities or to poorer neighborhoods in the cities in which they live.

In this scenario, the levels of marginalization increase, making it necessary to carry out public policies to protect this social group. Colombia, however, has adopted an inertial stance, revealing a situation of neglect for internally displaced persons. The number of Acción de Tutela filed against the Colombian State steadily increased. In its defense, Colombia claimed, among other things, that humanitarian aid would last for only three months, lack of budget availability and errors in requests for assistance¹⁸.

Before T-25, the Colombian Court judged seventeen litigations on the situation of internally displaced persons, so it was aware of the institutional barriers that stood

¹⁴ TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI. Curitiba. Área: Constituição e Democracia II. p. 193-211, p. 195-196, 2016. Available at: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf>. Accessed on Aug. 18, 2020.

¹⁵ VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*. [S.l.], v. 1, n. 1, 2003, p. 203-228. p. 214.

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁷ ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 178.

¹⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). In: GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá deldesplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 14-37, p. 26.

between the guarantee of the fundamental rights and those people¹⁹. Based on these cases, the Court found two main problems that needed to be overcome for the decision rendered to achieve its objectives: the limited institutional capacity to implement policies already foreseen and the insufficient budget.

Concerned with the efficiency of judicial protection, the Constitutional Court adopted a more open and conversational stance than it had adopted in the judgment T-153. It chose not to set the details of the public policies that the political powers should carry out, determining the creation of a new regulatory framework for policies aimed at internally displaced persons. In addition, it demanded that the competent powers carried out the measures that were appropriate to them, which should be prioritized in the State's financial budget²⁰.

Another important aspect worthy of mention in ruling T-25 is that the Court has established means of judicial supervision of compliance with its determinations. In a ten-year period, more than twenty public hearings were held, with the presence of authorities and organized civil society. The Colombian Court used an inspection mechanism called Autos, a type of communication between the Judiciary and the other powers to clarify the measures that were being taken, as well as to set dates for hearings and request information or actions from the political powers²¹. Thus, the T-25 has managed to be an efficient jurisdictional provision.

Aware of the development of USoA in Colombia, we proceed to the analysis of how this structural remedy was received in Brazil.

The use of the Unconstitutional State of Affairs in Brazil

The number of studies made and published in Brazil on structural processes is growing. The grounds for these demands, however, are not new to the Federal Supreme Court ("STF", in Portuguese), which has already dealt, in many circumstances, with the possibility of Judiciary intervention within the scope of the political powers.

An important case brought to the STF, which contributed to establishing the legal basis for the development of structural processes and the use of USoA, was ADPF No. 45, in which the rapporteur, Minister Celso de Mello, presented the thesis that it would be possible to determine measures to be taken by the Executive when the minimum existential of the detainees in a prison establishment was being violated. In addition, the minister argued that the Executive and Legislative had not unrestricted freedom of action,

¹⁹ MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*.

²⁰ *Idem*.

²¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusion. *El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 67.

and that the Judiciary was responsible for safeguarding the minimum existential threatened by state omissions²².

Based on these arguments, the Court, in the RE 592,581, ruled that the Judiciary can determine that the Public Administration carry out emergency reforms in prisons to ensure the basic human treatment of the detainees. It is also in this sense the content of the General Repercussion Ruling (“Tema de Repercussão Geral”) no. 220, which was originated by an Extraordinary Appeal. Through this statement, STF makes it clear that the Judiciary is competent to determine that the Executive carry out interventions in prisons, to ensure the observance of fundamental rights of prisoners²³.

Although these cases have led to greater judicial intervention in the elaboration and execution of public policies, the main milestone for structural processes was the reference to the Unconstitutional State of Affairs in the prison system, in the judgment of the precautionary measure of ADPF nº 347/DF in 2015²⁴. Because of this ruling, the research on structural disputes and on the USoA has multiplied. The reason for this increase is the originality of the decision: for the first time, STF expressly recognized the use of a foreign structural remedy, designed to modify a set of public institutions.

Analyzing the precautionary requests, the rapporteur, Minister Marco Aurélio, determined that the judges and courts establish, when possible, alternative sentences to imprisonment, and that the Federal Government release the accumulated balance of the National Penitentiary Fund, abstaining from making new contingencies²⁵.

In the final requests, PSOL (“Partido Socialismo e Liberdade”, plaintiff in the case) required, among other requests: that the STF recognize the Unconstitutional State of Affairs in the prison system; that the Federal Government elaborate and send to the STF, in 3 months maximum, a National Plan aiming at overcoming the USoA of the Brazilian prison system, within a period of three years; and that the STF decides on the National Plan, to ratify it or impose alternative or complementary measures that it finds necessary to overcome the crisis²⁶.

Although the lawsuit has not been tried yet, there are already other attempts to use USoA. On 05/07/2020, the Federal Council of OAB filed the ADPF No. 682, requesting

²² BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2004. Available at: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Accessed on Abr. 17, 2020.

²³ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015a. Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>. Accessed on Abr. 17, 2020.

²⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 44-45.

²⁵ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186), p. 19. Available at: www.senado.leg.br/estudos.

²⁶ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015b. p. 70-73. Available at: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Accessed on Abr. 25, 2020.

the suspension of authorizations for the creation of Law Schools that have not yet started to operate, as well as vetoing the opening of new vacancies in private institutions. Among the claims submitted, the entity requires the Court to recognize the Unconstitutional State of Affairs due to the shaky situation of legal education, given the repeated violation of the constitutional precept that guarantees the quality of higher legal education in Brazil²⁷. On May 15th, the rapporteur of the action, Minister Ricardo Lewandowski, denied following the ADPF, understanding that OAB did not use the appropriate procedural instrument to defend its claims.

In view of the risks arising from the misuse of the USoA, Senator Antônio Carlos Valadares presented, on November 11, 2015, the Bill No. 736/2015²⁸, proposing that, in addition to establishing objective assumptions to be observed by the Court for the recognition of the USoA, also the recognition of this state of affairs would imply the celebration of a Meaningful Engagement between the Public Power and the affected population segments. Among the proposed criteria, are: identifying a massive, widespread and systematic violation of fundamental rights, perpetrated by the State, by action or inaction, which affects a significant number of people; lack of coordination between legislative, administrative, budgetary and judicial measures, which leads to the systematic violation of rights, the perpetuation or worsening of this situation; express provision, in the constitutional text, for public policies that need to be implemented²⁹.

Despite providing for some assumptions also recognized by the Colombian Court in sentence T-25, the Bill lacked conceptual precision, since it associated two very distinct structural remedies: the USoA, originated and applied in Colombia, and the Meaningful Engagement, developed by the Constitutional Court of South Africa. The Project was shelved in 2018, due to the end of the legislature, as prescribed in the art. 332 of the Internal Regulations of the Federal Senate.

In view of the two attempts to use the Colombian structural remedy, one can observe the importance of establishing guidelines for the recognition of USoA. The author of ADPF n^o 682 even mentions some criteria, such as the demonstration of a clear massive violation of fundamental rights of a significant amount of people³⁰. Even so, the mentioned criteria are unsystematic and too flexible, not solving the question about when it is possible to recognize the USoA.

The lack of criteria can trivialize the use of the structural remedy, giving rise to

²⁷ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n^o 682. Petição inicial. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Diário Oficial da União. Brasília, 2020a. Available at: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/oab-suspensao-cursos-de-direito.pdf>. Accessed on Mai.09, 2020.

²⁸ BRAZIL. *Projeto de Lei do Senado n^o 736/2015*. Altera as Leis n^o 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília, 2015c. Available at <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Accessed on Jan. 02, 2020.

²⁹ BRAZIL. *Op. cit.*

³⁰ BRAZIL. *Op. Cit.*, p. 65.

criticisms such as those made by Lênio Streck³¹, who affirms that the applicability of the Colombian model can strengthen judicial solipsism, allowing any part of the Brazilian reality to be declared unconstitutional by the STF. In the next topic, there are some criteria suggested to be used and fixed by the Court.

The necessary setting of criteria for the use of structural remedies

The importance of setting criteria for the use of the USoA lies in the fact that the structural measures are suitable for exceptional scenarios, especially when conflicting issues can only be solved through the restructuring of state bureaucracy, eliminating all threats to the effectiveness of the USoA constitutional provision. This type of action must be prioritized, therefore, when it is not possible to solve the problems by granting preventive or reparative orders, making it necessary to implement structural reforms.

Thus, according to Owen Fiss³², in order for structural litigation to be constitutionally adequate, the bureaucratic arrangement needs fixing, so that the reorganization to be implemented by the Judiciary aims to bring this weakened structure back to constitutional limits.

The exceptionality of this institute, for César Rodríguez Garavito³³, is justified for three main reasons: 1. Considerable intervention by the Court in public policy processes involving the Government and Congress; 2. Limitations of the Constitutional Court to follow up on decisions involving the USoA recognition, since the recognition of USoA is not enough as a standalone measure, it must be monitored; 3. Considering that the USoA culminates in the recognition of an absolute failure of public policy and that the mechanisms for monitoring the measures set by the Judiciary can extend for years on end, requiring a significant portion of the Judiciary's budget.

At this point, it is imperative to consign the observations of Leonardo García Jaramillo³⁴, who states that in the absence of a precise conceptualization of such an exceptional institute, which was included in legislation in Colombia, remaining as a jurisprudential development since its idealization in the nineties, there are times when the existence of an USoA has been declared, without, however, visualizing the presence of a structural failure that justifies its recognition.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. [S.l.], v. 24, 2015.

³² FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University. Indiana University Press, 1978. p. 11.

³³ GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-492; p. 438.

³⁴ JARAMILLO, Leonardo García. La dotricna jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respota Judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y realidad social. In: JARAMILLO, Leonardo García. *Constitucionalismo deliberativo*. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2015. p. 171-215, p. 191.

On the other hand, the author affirms that there are other occasions in which the occurrence of massive and repeated violation of rights that affect a plural number of people remains patent, without the Court determining the incidence of the institute. As an example of its affirmations, the USoA declaration case for the notary contest is consigned, which does not reflect a structural failure, while it cites the health case in Colombia, in which generic orders were issued in judgment T-760 in 2008, without, however, declaring the existence of the USoA, which would be fully applicable in the case in question³⁵.

The lack of criteria for the incidence of the Unconstitutional State of Affairs is not exclusively a Brazilian matter, since in Colombia, the cradle of rationalization of this practice, the lack of objectivity is also a problem. It happens that Colombian Law, by experiencing this practice for a longer time, has already been able to identify, through judicial action, some elements to be verified before the Constitutional Court carries out its intervention through the USoA, namely: 1. the massive violation and widespread of a plurality of constitutional rights that affect a significant number of people; 2. the omission of the authorities, in a prolonged period, in the fulfillment of their obligations in guaranteeing the rights of vulnerable populations; 3. the adoption of unconstitutional practices by the political powers; 4. the absence of the issuance of legislative, administrative or budgetary measures by the competent political powers, necessary to prevent the violation of rights; 5. the existence of a social problem whose solution was affected by the intervention of several institutions; 6. the coordination of actions, requiring resources that imply the provision of an additional budget; 7. the possibility of demand in which, if all individually affected persons sought the Judiciary, there would be a congestion in the functioning of the court³⁶.

Even though some criteria were outlined for the use of structural remedies in Colombia, what is observed is that these limits are still endowed with a high level of subjectivism, showing that, in reality, the Constitutional Court has wide discretion in declaring whether or not an Unconstitutional State of Affairs about a given situation, this discretion also extends to fixed remedies. In this sense, the Judiciary carries out activities distinct from its typical competence and starts to assess the circumstances, the problems of the citizens, devising solutions and establishing activities to be followed by the institutions³⁷. Thus, although Colombia has been applying USoA since the 1990s, it still faces the difficulties from the lack of assumptions for its use.

Returning to the Brazilian reality, more precisely to the case of ADPF no. 347, it appears that Minister Marco Aurélio stated in his vote that the use of USoA should occur only in exceptional contexts, so that the rights to health, education and transportation, for example, cannot have their performance improved through the declaration of an Unconstitutional State of Affairs, since for these rights there are political and social

³⁵ JARAMILLO, Leonardo García. *Op. cit.*, p. 191.

³⁶ COLOMBIA. Sentencia T-025 de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Accessed on: 11 jun. 2020.

³⁷ ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder Discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional. *Universidad Santo Tomás: Via Inveniendi Et Iudicandi*. [S.l.], v. 7, n. 2, jul. 2012. p. 30.

provisions, and such exceptional measures should apply only to rights that involve politically underrepresented populations, in absence of political interest³⁸.

It happens that in a previous moment of the same vote, Minister Marco Aurélio affirms, peremptorily, that there are difficulties in defining which public services may have their performance improved through the declaration of an Unconstitutional State of Affairs, and, in this point, he cites basic sanitation, public health, urban violence, elucidating that all of these could fit into this state of unconstitutionality and that the question would be to define from which level of violation of these fundamental rights the adoption of a structural measure would be possible³⁹.

Thus, an internal contradiction is perceived in the rapporteur's own understanding of which circumstances can give rise to the declaration of an USoA, since, at first, he recognized the possibility of declaring him about rights in which there is political interest, but that they are not being adequately rendered in factual reality. Further on, he adds that there is no need to talk about USoA on rights in which there is political interest for their realization. After all, on what situations is the incidence of USoA even applicable? About any and all rights that are being rendered in dissonance with constitutional requirements, or just those rights that focus on minority groups in which there is no political interest? This is a question that remains to be answered by our Constitutional Court.

We note that the rapporteur, in addition to not having discussed the dimensions of the institute, also did not indicate whether the Brazilian Judiciary accepts the criteria used in Colombia for the configuration of the USoA (although they are fragile) nor much less discussed some points of extreme relevance for the application of the structural remedy, such as: how long must the omission of political powers be verified in order for the USoA to be configured? Or, yet, health policy, for example, despite having greater political and social interest in its implementation, contemplates spheres of low political interest, such as breaking patents, thus, these other aspects of low political interest could have their effectiveness improved through USoA recognition, even though they are elements of a deeply regulated policy?

It is also perceived the lack of discussion about the role that the Judiciary will assume after the recognition of a USoA - if it will issue direct intervention commands in deficient public policy or if it will only approve eventual action plans proposed by the Executive and the Legislative - in addition to how the enforcement of ADPF no. 347 will take place or what elements must be present to declare the overcoming of this state of unconstitutionality.

There is an absolute lack of parameter in the STF about what should be the conditions for the use of the Unconstitutional State of Affairs. In fact, some Ministers do not appear to have firm positions on the contours that this institute must assume, as is the case of Minister Marco Aurélio, described above.

³⁸ BRAZIL. *Op. Cit.*, p. 33.

³⁹ BRAZIL. *Op. cit.*, p. 30.

Aiming to provide greater objectivity to the use of structural remedies in Brazil, Bill no. 736 was proposed in 2015, which brought the Unconstitutional State of Affairs closer to the Meaningful Engagement, determining that, when the USoA is recognized, it is up to the Judiciary to set the guidelines for overcoming this situation of massive violation of fundamental rights, motivating the dialogue between the competent political powers for the formulation of the appropriate public policy and monitoring the execution of the assumed obligations. Bill no. 736 of 2015 also established the objective criteria to be considered for the recognition of an Unconstitutional State of Affairs. It so happens that this bill was shelved in 2018, due to the end of the legislature, as prescribed in Art. 332 of the Internal Regulations of the Federal Senate.

Currently, there is no project pending before the Legislative Branch aimed at regulating the use of structural remedies. For this reason, we propose that this practice be used exceptionally and, preferably, in the context of collective actions and not in actions of concentrated control of constitutionality, whose legitimate assets are limited. It should also be noted that the improvement in the quality of public services tends to be achieved through changes in public management and in the democratic model of representation, since these measures enable the expansion of popular participation in decision-making processes, the increase in levels of control and, consequently, the correction of investment deviations.

It is believed that the solution of the problem discussed in the present work goes through the need to reinforce administration, controls and social participation in the deliberative process, since, as it is a political problem, exclusively legal solutions will not be enough. In parallel, it is also argued that judicial intervention through structural remedies must take place. The difficulty lies in establishing the contours of how this intervention should take place.

To better elucidate the proposition of how such an intervention should occur, Jeremy Waldron's writings and productions will be used. The choice of author is justified by the fact that he is one of the most combative researchers to judicial intervention in legislative proposals, manifesting himself in a very harsh way to the control of constitutionality in its strong modality. Thus, because it is understood that structural demands constitute a kind of constitutionality control, not over normative acts, but over factual reality, it is understood that Waldron's writings can greatly help in the construction of the criteria that are expected to be fixed.

Furthermore, it is intended to demonstrate that when talking about the relationship between the Judiciary and the Executive, Jeremy Waldron admits a greater intervention by the Judiciary in the perspective of control, but always seeking to rescue the democratic primacy in this relationship. Hence, the intervention of the Judiciary would be limited to the legal provisions. Therefore, it is understood that his writings can contribute to the identification of some guiding assumptions of the relationship between the Powers within the scope of structural demands. When recognizing that the Colombian system does not have fixed parameters for the use of this procedural strategy, we sought other theories, more objective and based on solid and recognized research.

Therefore, it is proposed, based on Waldron's⁴⁰ ideas that because there is a close congruence between individual rights and democracy, the holder of a right, whose enforcement has not been prioritized by the political sphere, cannot be concerned with addressing preferences of the majority as if they were selfish choices, made by predators who want the minority to succumb, but equally, a system that purports to be democratic cannot ignore the fact that minority classes have rights and these must be guaranteed. All of this reveals the need to respect individual morals, which is one of the constitutive pillars of democracy.

Thus, the struggle established in a structural process must not be a confrontation between majorities and minorities or between democracy and activism, but, in fact, it must be a mechanism that ensures the return of the performance of the administration to the prescriptions of the rule of law, because it is only with the return to the path of legislation that the democratic balance will be restored. The intervention to be carried out by the Judiciary Power must stick to the substantial aspect of the rule of law, as proposed by Waldron, ensuring that not only the Political Powers expose their perspectives in the legal proceedings, but also ensuring that the groups affected with inefficient public action can be effectively heard during the procedural process⁴¹.

All structural demands must be guided in the light of the articulated governance subprinciple⁴², so that each of the constitutional powers can dialogue with each other, in search of the appropriate alternatives for the realization of individual rights. The result of the structural demand, the ruling itself, cannot predict interventions that are contrary to the law, nor can it authorize procedures that fall short of normative standards. After all, the role of the Judiciary is not to create a new public policy, but to ensure that public policy, as originally articulated, can be implemented.

At this point, it is important to clarify the concept of articulated governance, described by Jeremy Waldron in his article "Separations of Powers in thought and practice". On the subject, it is proposed that the constitutionally constituted powers should act in an articulated and integrated manner, so that each one acts in a sequenced manner, with the Legislative elaborating rules that are applicable to all, followed by the Executive's action implementing the legislative determinations and, at the end of the chain, we would have the Judiciary, assuring a performance different from the law⁴³.

Waldron points out that the principle of separation of powers leaves us with an important warning about the risks of simplifying governance. For the author, the separation of powers does not only have the function of indicating how the powers should be shared among the different institutions, but he alerts us that the political options of

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 282.

⁴¹ LIEBENBERG, Sandra. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. *Human Rights Law Review*. [S.l.], v. 18, n. 4, p.623-649, nov. 2018. p. 625.

⁴² WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. *Boston College Law Review*. v. 54. ed. 2, 2013. p. 434-435.

⁴³ *Idem*.

government must be articulated through successive phases of governance, each one of them maintaining their own integrity⁴⁴.

With this idea of governance articulated as a subprinciple of the separation of powers, Waldron approaches the categorization of institutional dialogue developed by Conrado Hubner, who warns that the defense of institutional dialogues breaks the traditional logic that the powers only control a few aspects of each other, establishing that they can - indeed, they must - deliberate jointly in the search for decisions that are more effective by conferring the most different perspectives on an institutional voice⁴⁵.

This categorization allows the advance of a second idea developed by Waldron. While the author is internationally recognized for his ideas against the strong judicial review, constructing arguments that aim to remove the interference of the Judiciary on the deliberations of the Legislative Power, one has that he is not so critically opposed to the judicial review on acts of public administration. For him, despite the Executive Power having its main credentials in the elective process, it is undisputed that this Power is subject to the Rule of Law. Thus, it is up to the Judiciary to intervene in cases where administrative performance is distancing itself from the rule of law⁴⁶.

In addition to this idea, it is important to note that Waldron's view of the judicial control of administrative acts is not limited to a formal control of legality. What the author proposes is that when carrying out the control, the Judiciary should stick to a certain substantial procedure, which will contribute to a maximization of the space in which the democratic deliberative process can operate⁴⁷.

Therefore, the following aspects are proposed as criteria for the use of structural remedies: 1. Treating exceptional situations, in which the solution to the dispute is not in the issuance of preventive or remedial orders; 2. Situation of absolute dissonance between the normative provision and the constitutional text, to the point of the social group, unable to enjoy a certain right, to have their dignity harmed; 3. Judicial action is based on the rule of law and articulated governance, so that legality is observed, promoting an appreciation of public policy, already outlined by the competent constituted Powers, guaranteeing its enforceability.

Conclusion

It is concluded that, despite being recent in the national legal history, the Unconstitutional State of Affairs, as legal structural ruling, has been an institute welcomed by the Judiciary, so much so that there is already news of two concentrated control actions that used the USoA expressly in its grounds, as outlined in this work.

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, p. 467-468.

⁴⁵ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224f. Tese (Doutorado) -Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 190.

⁴⁶ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. p. 1346-1407, 2006. p. 1346-1348.

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Public law & legal theory research paper series*. 2010. p. 2.

The use of this structural remedy, however, must be exceptional, given that it is an instrument that results in a significant influence on politics and public choices, and there are even circumstances in which the USoA authorized the complete reformulation of public policy. Thus, structural remedies result in a strengthening of the Judiciary, linked to a process of disregarding administrative options. It remains clear that the establishment of criteria and conditions of possibility for the use of structural remedies is essential to minimize abusive and contradictory actions.

There are, however, complex issues surrounding the setting of these criteria, among them the fact that in Colombian law itself, the initial pole of structuring the USoA, there are no firm criteria for when this instrument should be applied and what, precisely, should be the method of implementation by the Judiciary.

Therefore, the proposal of the present work focused on presenting, in an initial way, the difficulty in using structural rulings, with emphasis on the USoA, due to the lack of criteria to guide the use of this practice. Thus, it was proposed, based on the view of Jeremy Waldron, who proclaims the importance of deliberative political instances and the need to preserve the separation of powers, so that administrative decisions are observed, the observance of three central criteria for the use of structural remedies, which are: 1. Treating exceptional situations, in which the solution of the dispute is not in the issuance of preventive or reparative orders; 2. Situation of absolute dissonance between the normative provision and the constitutional text, to the point of the social group, unable to enjoy a certain right, to have their dignity harmed; 3. Judicial action is based on the rule of law and articulated governance, so that legality is observed, promoting an appreciation of public policy, already outlined by the competent constituted Powers, guaranteeing its enforceability.

Of these criteria, the first two are umbilically related to the interpretation that the Judiciary might have of the social phenomenon. The assessment of the lack of other possible measures to solve the problem and the verification of incongruity between the constitutional text and the factual reality will oversee this constitutional power, which has institutional competence to perceive this type of disagreement between rule and fact.

It appears that the suggested exceptionality differs from that proposed by Minister Marco Aurélio in his vote at ADPF nº 347, since it is understood that structural remedies can be applied to the most diverse social rights, if the situation of unconstitutionality cannot be solved through other mechanisms already provided for in the Civil Procedure Code.

The last proposed criterion, in turn, imposes limits on judicial action, insofar as the intervention to be implemented in structural demands must observe legality, as well as allow a dialogue between the Powers involved, undertaking a dialogue between institutions, as the theoretical framework adopted by the present work.

Finally, the need for structural sentences to have an internal argumentative logic is reinforced, so that the judges are aligned with their perceptions about the phenomenon, which contributes to the reduction of subjectivism that the first two criteria proposed

may seem to suggest, as well as they must also enjoy an external logic, so that they are aligned with the other nuclei of the legal system.

REFERENCES

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

BEATTY, David M. *A essência do Estado de direito*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BRAZIL. *Projeto de Lei do Senado nº 736/2015*. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília, 2015c. Available at: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Accessed on Jan. 02, 2020.

BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2004. Available at: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Accessed on Abr. 17, 2020.

BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682. Decisão monocrática do relator. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2020b. Available at: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF682.pdf>. Accessed on Ago. 17, 2020.

BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682. Petição inicial. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2020a. Available at: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/oab-suspensao-cursos-de-direito.pdf>. Accessed on Mai. 09, 2020.

BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015b. Available at: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Accessed on Abr. 25, 2020.

BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015a. Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?i>

ncidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220. Accessed on Abr. 17, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

COLÔMBIA. *Sentencia T-025 de 2004*. Available at: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Accessed on Jun. 11, 2018.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*. New York: Oxford University Press, 2017.

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Bloomington: Indiana University. Indiana University Press, 1978.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). In: GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá deldesplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión - El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

JARAMILLO, Leonardo García. La dotricna jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Resposta Judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y realidad social. In: JARAMILLO, Leonardo García. *Constitutionalismo deliberativo - Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2015.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LIEBENBERG, Sandra. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. *Human Rights Law Review*. [S.l.], v. 18, n. 4, p.623-649, Nov. 21, 2018.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Jurídica da Fa7*. Fortaleza, v. 12, n. 1, p.10-28, 2015a.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros*. Perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v. 1, 2015b.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) -Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PUGA, Mariela G. *Litigio Estructural*. 2013. 329 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.

RAY, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. Decisões estruturais e acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. [S.l.], v. 3, n. 2, p. 21-38, Dez. 02, 2017.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Processos estruturais e direito à moradia no Sul Global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 148-183, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. [S.l.], v. 24, 2015.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV CONGRESSO DO CONPEDI - Curitiba. Área: Constituição e Democracia II. p. 193-211, 2016. Available at: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf> f. Accessed on Ago. 18, 2020.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El

llamado “Estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales*. [S.l.], v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Available at: www.senado.leg.br/estudos.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*. [S.l.], v. 284, p. 333-369, out. 2018.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder Discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional. *Via Inveniendi Et Iudicandi – Universidad Santo Tomás*. Bogotá, Colombia, v. 7, n. 2, p.1-33, Jul. 01, 2012.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. v. 54. ed. 2. Boston College Law Review, 2013.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal, 2006.

WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law and the Importance of Procedure*. Public law & legal theory research paper series. 2010.

Data de Recebimento: 23/09/2020

Data de Aprovação: 22/01/2021

TRIBUTAÇÃO INDUTORA ENQUANTO MECANISMO DE CONTENÇÃO DAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DA AUTOMAÇÃO LABORAL

INDUCTIVE TAXATION AS A MECHANISM TO CONTAIN NEGATIVE EXTERNALITIES OF LABOR AUTOMATION

*Antônio Lucas dos Santos da Mata**
*Saulo Nunes de Carvalho Almeida***

RESUMO

Por conta do fenômeno da automação laboral, diversos trabalhadores se deparam com o desemprego sendo substituídos por máquinas capazes de reproduzir as mesmas atividades que outrora estes realizavam com maior precisão e produtividade, e, mesmo havendo um direito fundamental que vise sua proteção, este ainda não possui uma devida regulação. Por esta razão, tendo em vista a presente problemática ocasionada pela automação, considerando que diversas pesquisas argumentam que esse cenário se intensificará nos próximos anos, o presente estudo pretende estudar a viabilidade de se utilizar a tributação indutora enquanto mecanismo de contenção das externalidades negativas da automação. Para tanto, será utilizado uma metodologia exploratória, a partir da análise qualitativa de artigos científicos, documentos, etc. Concluindo que é possível a utilização da tributação indutora como ferramenta de contenção dos efeitos negativos da automação, desde que o tributo estabelecido seja feito tendo em vista uma visão panorâmica do que seja automação.

Palavras-chave: Automação; Tributação indutora; Desemprego.

ABSTRACT

Due to the increasing replacement of workers by machines in the workplace, and the inevitable consequences that will arise from this phenomenon, this research aims to study the feasibility of using tax policy, in its inductive function, as a mechanism to mitigate automation negative externalities, supplying, temporally, the effects that should have been regulated by a specific law, which is the integral protection of workers against labour automation. Therefore, it was used an exploratory methodology, analysing scientific articles, documents, and others, to support the discussion. Concluding that is possible to use inductive tax policy to lighten the negative externalities of automation, if the established taxation takes into account all the features of this phenomenon.

Key-words: Automation; Inductive taxation; Unemployment.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Quixadá (Ceará); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134409337026375>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4959-6717>. E-mail: lucas7mt@gmail.com.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Ceará); Coordenador Operacional do Doutorado Interinstitucional em Direito UNICAP/UNICATÓLICA; Professor de Direito da UNICATÓLICA Quixadá e da UNIFANOR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5663042124053423>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1527-3047>. E-mail: saulonunes@unicatolicaquixada.edu.br.

INTRODUÇÃO

A automação laboral não é um fenômeno novo, estando presente no seio social desde as primeiras revoluções industriais quando a força de trabalho humana passou a ser substituída pelo uso de máquinas, saindo de uma economia manufatureira para um mercado de consumo em grande escala, que necessitava de instrumentos produtivos capazes de acompanhar as necessidades do mercado. Acontece que, nos últimos anos, este fenômeno tem se intensificado de tal modo que as suas externalidades negativas estão cada vez mais acentuadas, considerando o avanço tecnológico dos últimos anos e como o mercado tem se aproveitado disso sem levar em consideração os impactos na vida dos trabalhadores. Assim, ao se implementar processos automatizados em empresas que ocasionam a substituição do trabalhador, está a se intensificar problemáticas sociais, tais como o desemprego, que demandam do Estado uma tutela adequada, para se evitar outros problemas.

Por esta razão, este estudo busca analisar a possibilidade de se conter a automação laboral através do estabelecimento de uma tributação específica, uma vez que o Estado tem sido omissivo em cumprir com as vontades constitucionais, estabelecendo uma lei que tutele a proteção do trabalhador em face da automação; assim, a tributação figuraria como um meio alternativo, de se lidar com o presente fenômeno de modo a incentivar certas condutas que favoreçam a contratação humana em detrimento da utilização massiva de processos automatizados.

Ainda, analisando a perspectiva da tributação indutora de comportamentos e como esta pode influenciar na contenção das externalidades negativas da automação, pode-se pensar em três pontos centrais: a neutralização do sistema tributário para que não beneficie a automação em detrimento da contratação de mão de obra humana; a concessão de benefícios para empresas que favorecem contratações mais do que fazem uso de processos automatizados; e, por fim, o aumento da carga tributária em face das empresas que optam pela automação e, no percurso, geram o desemprego de trabalhadores e o aumento dos encargos sociais do Estado.

Para tanto, far-se-á uso de uma metodologia exploratória descritiva, a partir da análise qualitativa de artigos, instrumentos normativos, entre outros, para melhor fundamentar a presente discussão e compreensão do objeto em estudo. Ainda, a fim de melhor estruturar esta pesquisa, ela será dividida em três tópicos: no primeiro será discutido o que seja automação, quais suas consequências e como esta impacta na manifestação do trabalho no mundo contemporâneo; no segundo, será abordado acerca da função extrafiscal do Estado e sua capacidade de modulação de comportamentos a partir da tributação indutora; e, por fim, no terceiro será analisado a possibilidade de utilização da tributação indutora como mecanismo de proteção do trabalhador em face da automação.

A automação laboral contemporânea: externalidades negativas e a proteção do trabalhador no mundo moderno

O fenômeno da automação laboral tem crescido desde as primeiras revoluções industriais, se intensificando nos últimos anos com a quarta revolução industrial e suas inovações tecno-científicas, como o surgimento da inteligência artificial, *machine learning*, *big data*, entre outros.¹ Com isso, empregados que antes possuíam certa estabilidade em suas funções passam a temer a possibilidade de ter seus empregos automatizados e serem substituídos por máquinas, tornando suas profissões obsoletas ou cada vez mais escassas no mercado trabalhista.

É certo que a perda de funções no mercado parece ser uma consequência lógica do avanço social, em que profissões passam a perder o seu sentido de ser diante do desenvolvimento tecnológico², como aconteceu, por exemplo, com o emprego de carroceiro, que era utilizado antes da invenção dos transportes automobilísticos como principal meio de locomoção. A partir da invenção dos carros, tal profissão começou a perder sua necessidade no meio social, surgindo então uma nova profissão, de motorista. O que ocorreu, nesta perspectiva, foi uma transição de uma forma de emprego para outra, havendo a desnecessidade da manutenção daquela profissão.

A automação pode ser manifestada de dois modos distintos, com um viés substitutivo ou complementar. O primeiro e o mais severo, ocorre quando a força laboral humana é integralmente substituída pela força tecnológica, reduzindo a necessidade de se manter um quadro de funcionários para atuar em determinados ofícios, uma vez que as máquinas passam a executá-los com maior precisão e produtividade, produzindo bem mais em menos tempo do que os outrora funcionários; além do empregador estar isento de quaisquer encargos relativos ao empregado, como as obrigações trabalhistas descritas na legislação pátria.

Havendo ainda certas situações que os empregadores optam por processos integrais de automação por uma escolha de mercado, levando em consideração, além dos encargos trabalhistas, a ausência de uma tributação expressiva sobre os processos automatizados. No atual sistema brasileiro, os tributos recaem com maior intensidade sobre a folha de pagamento do que sobre a automação, transformando a contratação humana mais cara do que a aquisição de novas máquinas para a empresa.³

O segundo, por sua vez, traz uma perspectiva mais suave de automação, em que os empregadores utilizam dos instrumentos tecnológicos disponíveis a fim de se possibilitar uma maior produtividade da força laboral humana a partir da terceirização de certas

¹ GRAGLIA, M. A. V. LAZZARESCHI, N. A indústria 4.0 e o futuro do trabalho: tensões e perspectivas. *Revista Brasileira de Sociologia*. [S.l.], v. 6, n. 14, 2018.

² ACEMOGLU, D. RESTREPO, P. *Artificial intelligence, automation and work*. Working Paper: National Bureau of Economic Research, 2018.

³ MACHADO SEGUNDO, H. M. Tributação e inteligência artificial. *RJLB – Revista Jurídica Luso-brasileira*. [S.l.], v. 1, 2020.

atividades às máquinas, que serão manejadas pelos empregados.⁴ É por esta razão, dentro do contexto de automação do trabalho, quando esta vem para complementar, que suas externalidades negativas não são tão excessivas quanto as que surgem em decorrência da substituição do trabalhador, que geram a extinção de postos de trabalhos e, por conseguinte, ocasionam o desemprego de muitos empregados.

Ainda, há que se falar que automação não se apresenta somente em uma perspectiva negativa, mas traz consigo um lado positivo para o trabalhador. Dentre suas externalidades positivas, pode se mencionar a substituição dos trabalhadores em empregos que são iminentemente insalubres e que geram grande risco para sua integridade física e psíquica, assim como é, sob uma perspectiva empresarial, benéfica para a livre iniciativa, possibilitando que empresas ganhem mais força no embate capitalista de ampliar seu espaço no mercado, ao introduzir em sua cadeia produtiva tecnologias capazes de produzir mais em menos tempo. Agora no que tange as suas externalidades negativas, se percebe o incremento no desemprego estrutural e, em razão disso, das problemáticas sociais pré-existentes. Em razão da substituição do homem pela máquina, estes devem retomar ao mercado de trabalho, que já o é, por natureza, extremamente concorrido, para tentar angariar uma nova oportunidade de emprego, entretanto, se a função que este era especializado passou a ser automatizada, surgem empecilhos para o seu reingresso no mercado de trabalho e, assim, ou este recorrerá para as oportunidades de empregos informais ou tentará encontrar um novo nicho para trabalhar, sendo necessário uma requalificação, que demanda tempo e verbas financeiras.⁵

Essa realidade é agravada, analisando-se sob o prisma jurídico, em razão da omissão estatal quanto a efetivação do dispositivo constitucional previsto no art. 5º, inciso XXVII, que expressamente traz a proteção do trabalhador em face da automação.⁶ Apesar de ser um direito fundamental do trabalhador, para que este tenha sua eficácia integral, é necessário a edição de uma norma que o regule, dispondo, por exemplo, do processo de transição e adaptação dos trabalhadores que perderam seus empregos por conta da automação, requalificando-os para retornar ao mercado de trabalho.⁷

O que se verifica, portanto, é uma omissão Estatal na efetivação dos desejos constitucionais de proteção plena do trabalhador, permitindo que haja um vazio legislativo que contribui para a intensificação de problemáticas sociais já existentes ou que serão desenvolvidas em razão do aumento do desemprego estrutural.⁸ A realidade é

⁴ AUTOR, D. H. Why Are There Still So Many Jobs? The History and Future of Workplace Automation. *Journal of Economic Perspectives*. [S.l.], v. 29, n. 3, 2015.

⁵ ANDRADE, T. M. *A questão da automação na perspectiva do trabalho como um direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁷ MATA, A. L. S. ALMEIDA, S. N. C. Automação Laboral e as Novas Relações Trabalhistas: Perquirições introdutórias da proteção jurídica do Trabalhador. *Argumenta Journal Law*. [S.l.], n. 32, 2020.

⁸ PESSOA, R. M. *A proteção das relações trabalhistas em face da automação para a concretização do desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2013.

que as normas trabalhistas contemporâneas não são capazes de proteger o trabalhador plenamente, tendo em vista as novas realidades que têm sido desencadeadas nos últimos anos com a inserção da tecnologia no mundo capitalista.⁹

As novas manifestações do trabalho vão além dos contextos clássicos conhecidos em sociedade, a partir de modos que sequer possuem respaldo jurídico da melhor forma de se lidar. No caso, pode-se citar os trabalhos que surgiram a partir da *gig economy*, introduzindo com expressividade os meios tecnológicos como instrumentos laborais, principalmente enquanto intermediários, realizando o contato entre consumidor e prestador de serviço com mais facilidade e rapidez.¹⁰ Acontece que, mesmo a plataforma servindo prioritariamente como intermediária, as transações comerciais que nestas ocorrem acaba sendo a fonte primária de lucro da empresa que gerencia a aplicação digital, se tornando, desse modo, a principal fonte de receita de uma empresa que não possui nenhum encargo trabalhista em face daqueles que estão concretamente prestando os serviços.¹¹ O caso clássico é a empresa *Uber Technologies Inc.*, que é responsável por intermediar a prestação de serviço de transporte urbano privado, mas que não possui nenhuma vinculação trabalhista explícita com os motoristas que são adeptos da plataforma, mesmo sendo estes os responsáveis por gerar os lucros para a empresa. Existem decisões judiciais, assim como instrumentos normativos no Direito Comparado¹², que consideram o motorista da *Uber* como um funcionário da empresa, mas ainda não existe um consenso no mundo jurídico acerca desta caracterização, principalmente no que tange a legislação pátria.

Em todos os períodos em que a humanidade realizou desenvolvimentos tecnocientíficos, as interações com o sistema laboral foram afetadas, seja com a completa eliminação de certas profissões, a sua complementariedade ou a criação de novos postos de trabalho, que necessita da máquina para existir. Um dos pontos centrais que circunda as problemáticas advindas da automação é que os principais afetados são aqueles que exercem profissões que requerem habilidades médias, isto é, não necessitam de um alto grau de inventividade, criatividade ou conhecimento para que sejam realizadas.¹³ É por esta e outras razões que a automação carrega o potencial de vir a se tornar perigosa quando não é devidamente tratada, considerando que a maior parte dos empregados hodiernos são de classe média, e ao se depararem com a eliminação de seu posto de trabalho, estes necessitarão ser reinseridos no mercado de trabalho, seja perseguindo a mesma profissão ou tendo que se requalificar para exercer outra.

⁹ ALMEIDA, S. N. C. MENDONÇA, M. L. C. A. Novas morfologias de trabalho: proteção legal e desafios pós-contemporâneos. *Revista Pensar*. [S.l.], v. 24, n. 2, 2019.

¹⁰ DE STEFANO, V. *The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*. International Labour Office, conditions of work and employment series n. 71, 2016.

¹¹ TODOLÍ-SIGNES, A. *The 'gig economy': employee, self-employed or the need for a special employment regulation?*. Transfer: European review of labour and research, 2017.

¹² Um caso recente de uma lei que caracteriza trabalhadores de plataformas virtuais, como a Uber, em empregados da mesma, é a *Assembly Bill 5*, do Estado da Califórnia nos Estados Unidos (CALIFORNIA. *Assembly Bill No. 5*. Legislative information, 2019).

¹³ AUTOR, D. H. *Op. cit.*

No caso da realidade brasileira em específico, esse problema já era alvo de discussões do Poder Constituinte ao se considerar os impactos da automação em sociedade e como proteger o trabalhador nesse meio tempo, sem prejudicar a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico no processo. Durante as discussões, foram realizadas 16 sugestões pelos constituintes acerca desta temática de proteção do trabalhador em face da automação e, dentre as potenciais medidas que visavam solucionar as externalidades negativas deste fenômeno, pode-se perceber um diálogo entre diferentes ramos do direito e da gestão social, alcançando áreas como direito administrativo, seguridade social, educação e o direito tributário.¹⁴

Nessa lógica, a automação surge como um fenômeno que necessita de uma variedade de soluções, não se limitando ao aspecto legislativo, de edição de uma norma que irá materializar os desejos constitucionais, mas que também comporte outras áreas, como, especificamente, o direito tributário e sua capacidade de modelagem de comportamentos. Considerando, principalmente, a urgência do problema, com diversas pesquisas demonstrando o impacto da automação nos próximos anos, como o estudo realizado pela FGV em parceria com a Microsoft que constatou que a inteligência artificial, nos próximos 15 anos, poderá aumentar o desemprego em 3,87%, sendo que a classe mais afetada será a de trabalhadores menos qualificados¹⁵. Outra pesquisa que pode ser mencionada foi a realizada por Osborne e Frey¹⁶, que verificou que nos Estados Unidos da América 47% das profissões estão na faixa de risco de sofrer automação.

Função extrafiscal do estado, tributação indutora e os incentivos a proteção do trabalhador

Como se sabe a tributação historicamente corresponde a um dos importantes instrumentos de manutenção do Estado e de efetivação do bem estar social, tendo em vista que em razão dos interesses gerais da sociedade o Estado cria, mediante sua capacidade constitucionalmente estabelecida, tributos responsáveis por arrecadar contribuições de seus cidadãos para fins de assegurar o bom funcionamento das atividades estatais, sendo esta conhecida como função fiscal dos tributos.¹⁷ A fiscalidade tributária pode ser considerada sua função imediata, tendo em vista a essência de arrecadar dos particulares contribuições destinadas a manutenção do Estado e suas funções essenciais a subsistência da sociedade, assim, as receitas que se constroem a

¹⁴ CEZAR, F. G. *Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação: análise tópica dos argumentos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2019.

¹⁵ ROMANI, B. *O Uso de inteligência artificial pode aumentar desemprego no Brasil, diz FGV*. Link, Estadão, 2019.

¹⁶ FREY, C. B. OSBORNE, M. A. *The Future of Employment: how susceptible are jobs to computerisation?*. Oxford University, 2013.

¹⁷ ALVES, B. A. M. DUARTE, F. C. *Aplicações da extrafiscalidade no direito brasileiro. Direito e Desenvolvimento*. [S.l.], v. 7, n. 2, 2017.

partir de tal arrecadação, em regra, ganharão destinação à medida que as demandas coletivas surgirem.¹⁸

Acontece que, a função clássica dos tributos, com seu viés meramente arrecadatório e fiscal, não mais se mostra compatível com os ideais estabelecidos na modernidade pelo Estado social, que não se limita a atuar como regulador das relações e se abster de atuar diretamente nas relações sociais, pelo contrário, acaba por interferir nas relações sociais a partir do fornecimento de atividades básicas, assim como na concretização dos valores estabelecidos nas cartas federais visando o bem em comum. Nessa perspectiva, a tributação rompe com seus paradigmas clássicos e começa a atuar em diferentes finalidades, visando a efetivação do bem-estar coletivo, da justiça e do cumprimento dos valores constitucionais, como a diminuição das desigualdades, entre outros, configurando-se então na função extrafiscal da tributação.¹⁹

A definição do tributo que será ou não de natureza fiscal dependerá única e exclusivamente da vontade do legislador e como este pretende utilizar este instrumento. Quando o legislador estabelece um tributo e este tem um reflexo direto em aspectos econômicos, sociais ou políticos, percebe-se, claramente, a manifestação da função de extrafiscalidade tributária, em que a finalidade imediata do tributo não é simplesmente arrecadar, mas converter as contribuições na concretização de um valor determinado ou, simplesmente, utilizar o instrumento normativo que estabeleceu o tributo para nortear comportamentos. A lógica de utilizar a tributação como meio de assegurar o Estado social se confunde com a própria noção de Estado intervencionista, que, ao ter que garantir atividades públicas básicas, necessita de receitas suficientes para as oferecer com qualidade, além do fato de que, contribui positivamente para que o Estado possa pautar suas ações visando a diminuição das desigualdades sociais.²⁰

Ainda, por conta da extrafiscalidade e a intervenção do Estado em certas manifestações sociais mediante o estabelecimento de tributos, tem-se a tributação indutora como uma de suas espécies. A tributação indutora é um mecanismo jurídico utilizado pelo Estado para moldar comportamentos sociais, seja pelo estímulo ou desestímulo de certas condutas. Desse modo, é estabelecido um tributo visando um fim específico, sendo este a intenção de coibir a realização de determinados comportamentos indesejáveis através do estímulo de certas posturas, à medida em que será ofertada benesses àqueles que se adequarem ao comportamento almejado.²¹

As normas tributárias indutoras são divididas em duas espécies, positivas e negativas. A tributação indutora positiva se manifesta mediante a concessão de benefícios fiscais em face da realização de uma atitude favorável a efetivação dos interesses normativos, no sentido de que irá premiar determinados contribuintes por terem

¹⁸ HACK, E. As finalidades do tributo: como ele pode ser utilizado como instrumento de arrecadação e busca dos objetivos do Estado. *Anima – Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. [S.l.], n. 7, 2012.

¹⁹ ALBAN, T. A. Extrafiscalidade, Estado Social e Teorias da Justiça: Possibilidades Dialógicas. *Revista de Direito Público IDP*. [S.l.], v. 12, n. 62, 2015.

²⁰ LIMA, S. N. C. A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro. *Boletim Científico – ESMPU*. [S.l.], v. 11, n. 39, 2012.

²¹ *Idem*.

incorrido no comportamento favorável ao interesse público, gerando maiores ganhos sociais, independentemente do quantum arrecadado em razão dos tributos. Já no que tange a tributação indutora negativa, nessa se percebe o oposto, em que o contribuinte é desincentivado a agir de determinado modo, tendo em vista a carga tributária que a este será destinada estará à mercê de seu comportamento de não fazer, isto é, mesmo que a conduta seja lícita, ela ainda sim pode gerar danos a coletividade, mesmo em menor grau, assim, o Estado estabelece tributos que visam o não cometimento de tal atitude para conter seus efeitos negativos. Do mesmo modo que a tributação indutora positiva, a eficiência da negativa é percebida quando os valores arrecadados são baixos, uma vez que significará que o tributo proibitivo não estará incidindo em face dos contribuintes.²²

A tributação indutora rompe com a noção de neutralidade presente na norma tributária. Por natureza, na realidade, a norma é neutra até certo ponto, pois, quer queria ou não, ainda sim irá influenciar nas relações sociais e econômicas. Sua neutralidade advém do fato de que a norma tributária não irá interferir diretamente nas relações econômicas, existindo unicamente com seu viés arrecadatário e funcionando como instrumento motor das atividades estatais. Sucede que, o próprio sistema econômico se depara com irregularidades que precisam ser cuidadosamente sanadas, caso contrário estas aumentariam e somente gerariam mais encargos públicos e sociais. É por isso, então, que a norma indutora rompe com a neutralidade tributária, levando em consideração o bem-estar e a justiça social, visando a regularização das falhas do mercado econômico e a diminuição dos efeitos negativos que estas geram.²³

A partir do momento em que o Estado brasileiro adotou uma constituição que preza pelo desenvolvimento social, diferentes mecanismos passaram a ser utilizados para efetivamente pôr em prática os valores por esta estabelecidos; desse modo, o direito tributário e sua função indutora traz um perspectiva de uso consciente de um instrumento Estatal visando moldar comportamentos favoráveis ao cumprimento dos objetivos constitucionais, uma vez que considera-se ao formular o tributo outras temáticas que vão além da arrecadação de verbas para o Estado, analisando-se como, no plano concreto, este tributo irá se manifestar e se adequará a realidade que será introduzida, considerando as desigualdades e irregularidades do sistema.²⁴ Assim, a utilização da função extrafiscal dos tributos serve como instrumento de efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, de modo a garantir o espírito constitucional que trouxe em seu bojo a fusão de incentivo à livre iniciativa e o mercado com a proteção de direitos sociais essenciais. E

²² CARVALHO, A. R. W. *Normas tributárias indutoras no federalismo fiscal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

²³ ELALI, A. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, I. PEIXOTO, M. (Org.). *Incentivos Fiscais – Questões Pontuais*. São Paulo, 2006.

²⁴ JÚNIOR ARAÚJO, E. G. GUIMARÃES, P. B. V. Normas tributárias indutoras e o fomento da economia criativa para o desenvolvimento do nordeste brasileiro. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. [S.l.], v. 2, n. 2, 2016.

dentre esta perspectiva, estão os direitos sociais atrelados ao trabalho e ao trabalhador, visando a garantia do pleno emprego no seio coletivo.²⁵

Em uma perspectiva prática, pode-se citar o exemplo do decreto n. 32.438/2017, do Estado do Ceará, que regula a lei n. 10.367 de 1979, que estabelece o Fundo de Desenvolvimento Industrial do Ceará (FDI). O presente instrumento normativo trouxe em seu texto o incentivo a geração de empregos para aquelas empresas que estão em processo de recuperação, como disposto no art. 5º, V, do decreto. O benefício de incentivo ao desenvolvimento industrial encontra-se previsto, diretamente, no art. 37, da norma secundária, que elenca os critérios de concessão para as empresas visando, dentre outras coisas, a recuperação do empreendimento industrial, sendo previsto no parágrafo quarto do mencionado artigo a vinculação da concessão do benefício a capacidade de geração de emprego da empresa.²⁶ Desse modo, é possível perceber um instrumento normativo estatal, de caráter tributário, direcionando comportamentos no âmbito da iniciativa privada para a geração de empregos no estado do Ceará, a partir da destinação de benefícios fiscais.

A tributação indutora enquanto mecanismo de efetivação da proteção do trabalhador em face à automação

O processo de inserção tecnológica no mercado de trabalho sem qualquer espécie de regulação carrega potencial rompimento dos modelos laborais existentes até o momento, gerando temores para os trabalhadores e anseios para os empregadores, tanto por uma questão de produtividade, quanto, no caso do mercado brasileiro, em razão da concessão de benefícios tributários que incidem sobre a automatização do trabalho. O direito tributário brasileiro hodiernamente carece de neutralidade no que tange as perspectivas do incentivo a contratação humana e a mecanização de funções, sendo mais favorável a esta do que aquela. A título de exemplo, pode-se citar algumas espécies tributárias que incidem sobre as folhas de pagamento dos trabalhadores, como a contribuição previdenciária, que visa o financiamento de diversos benefícios sociais, tais como aposentaria, salário-maternidade, etc.; contribuição social do salário educação; entre outros.

Entretanto, analisando sobre um prisma lógico, a automação de funções laborais afeta, diretamente, na atuação do sistema tributário, tanto em uma perspectiva arrecadatória, considerando que uma das principais fontes de arrecadação de tributos incide sobre a folha de pagamento, para fins de arrecadação para à seguridade social; como no que diz respeito ao aspecto intervencionista do Estado, que, em razão do aumento do desemprego necessitará intervir nas relações sociais, seja assegurando o mínimo existencial, seja na criação de políticas públicas destinadas a tais indivíduos, e isto tudo demanda do Estado encargos financeiros, afetando as já comprometidas receitas

²⁵ LIMA, S. N. C. *Op. cit.*

²⁶ CEARÁ. *Decreto nº 32.438 de 08/12/2017*. Legisweb, 2017.

estatais. Assim, o sistema tributário necessita de uma remodelagem no modo com que se manifesta perante a coletividade, levando em consideração os avanços tecnológicos e sociais.²⁷

A relação inversamente proporcional entre queda da arrecadação tributária e aumento da automação afeta, além das atividades realizadas pelo Estado, o próprio mercado capitalista, considerando que se não houver empregados, não haverá circulação de renda, o que irá impactar na aquisição de novos bens e propriedades, limitando a livre iniciativa que não possuirá o quantitativo de consumidores esperados. Isso tem ocorrido por conta de uma nova onda do movimento social laboral, rompendo com os paradigmas tradicionais de transição de trabalho rural para urbano e migrando para novos conceitos, em que a humanidade irá dividir seu espaço com as novas tecnologias com cada vez maior intensidade, de modo que determinadas atividades serão automatizadas, enquanto outras, por conta de sua natureza, ficarão em cargo dos seres humanos. Desse modo, a noção de coleta de tributos incidente sobre as novas tecnologias, dentre as quais estão a inteligência artificial, robôs, entre outras máquinas que são responsáveis pelo desemprego ou a extinção de postos de trabalhos, adentra nas novas perspectivas que o direito tributário deve levar em consideração, de tal modo que o sistema tributário possa estar corretamente adequado às novas dinâmicas sociais.²⁸

Um dos pontos centrais dessa nova morfologia laboral é que, diferente do que aconteceu no passado, a velocidade com que as mudanças estão ocorrendo tem se mostrado incompatível com o tempo de adaptação tanto do Estado como dos trabalhadores, de tal modo que estes, por suas próprias condições e sem o suporte direto do Estado, não conseguem acompanhar as constantes mudanças no mercado laboral. Assim, o trabalhador não consegue competir com uma máquina capaz de realizar a sua mesma função com melhores atributos, maior precisão e eficiência, removendo os encargos tributários que incidem sobre o trabalhador e beneficiando os empregadores. Essa situação, então, leva o empregador naturalmente a escolher a automação em detrimento da contratação humana, tendo em vista que os ganhos aparentes são maiores do que as perdas, de modo que além da isenção tributária, estaria aumentando a produtividade de sua empresa.²⁹

Isto posto, a automação deve ser analisada panoramicamente para que se possa estabelecer uma tributação incidente sobre o uso de máquinas em detrimento da contratação de mão de obra humana no ambiente laboral. É certo que as consequências negativas advindas deste fenômeno devem ser rechaçadas, entretanto, existem consequências positivas que devem ser valorizadas, como a substituição do trabalhador em empregos considerados insalubres. Por esta razão, é possível mencionar que a tributação a ser imposta em face da automação pode ser definida como um tributo pigouviano, tendo em vista que visa normalizar um desequilíbrio do mercado ao se

²⁷ MACHADO SEGUNDO, H. B. *Op cit.*

²⁸ MARWALA, T. *On Robot Revolution and Taxation*. Cornell University, 2018.

²⁹ ABBOTT, R. BOGENSCHNEIDER, B. *Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation*. Harvard Law & Policy Review, 2018.

estabelecer uma tributação em face de uma situação que está gerando consequências negativas no seio social, para que então as problemáticas advindas da automatização dos postos de trabalho possam ser reduzidas ou controladas. A tributação pigouviana apenas iria direcionar a tributação em face do aspecto da automação que intensifica o desemprego ou a extinção de postos de trabalho; enquanto que a automação complementar, que é aquela que contribui para o ofício do trabalhador, deve ser valorizada, tanto em perspectiva da livre iniciativa, quanto em benefício do empregado para fins de incremento em sua produtividade ou a diminuição dos riscos de acidente de trabalho.³⁰

A intenção de se estabelecer uma tributação sob a automação se dá em razão da necessidade de se proteger o trabalhador em face deste fenômeno. Com isso, o mercado precisa de instrumentos que possam realizar tal defesa sem que, no entanto, coíba a autonomia privada no desenvolvimento e adoção responsável de novas tecnologias, que, no atual contexto social, é impraticável a sua dissociação. É por esta razão que o estabelecimento de um tributo visando a correção de uma falha no mercado laboral deve se dar em face da automação extintiva ou substitutiva, aquela que afeta a vida dos trabalhadores negativamente, gerando o desemprego e a extinção de postos de trabalho, e não em face dos robôs, ou das inovações tecnológicas, que estariam apenas desincentivando o uso de novas tecnologias no ambiente laboral.³¹

No caso do Brasil, em particular, a utilização da tributação enquanto mecanismo de concretização das vontades constitucionais não é estranho a realidade social. A tributação indutora figura como meio de atingir os fins estabelecidos na carta constitucional, mediante a modulação de comportamentos conforme o esperado pelo Estado, para que se atinja o ideal estabelecido pela Assembleia Constituinte.³² No caso da possibilidade de pensar em tributo no direito brasileiro que incide sobre a automação, vê-se como uma forma de se efetivar um direito constitucionalmente assegurado, que é a proteção do trabalhador em face da automação. Essa utilização pode se dar de dois modos distintos: o primeiro na neutralização do sistema tributário e o segundo na concessão de benefícios fiscais diretamente ligados com a contratação de mão obra humana, podendo-se vislumbrar a utilização da tributação indutora em seus dois aspectos, positivo e negativo.

A primeira forma de se utilizar o sistema tributário enquanto ferramenta de proteção do trabalhador é a sua neutralização no que diz respeito aos incentivos fiscais que favorecem a automação em detrimento da contratação humana. O atual sistema tributário brasileiro possui uma carga tributária considerável incidente sobre o trabalhador, gerando grandes encargos às empresas que acabam por optar pela adoção de sistemas automatizados que, além de favorecerem sua produtividade, não será tão

³⁰ OOI, V. GOH, G. *Taxation of automation and artificial intelligence as a tool of labour policy*. Centre for AI & Data Governance, 2019.

³¹ MAZUR, O. Taxing the Robots. *Pepperdine Law Review*. [S.l.], v. 46, 2019.

³² BUFFON, M. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. *Revista Brasileira de Direito – IMED*. [S.l.], v. 8, n. 2, 2012.

custoso quanto contratar mão de obra humana.³³ É por esta razão que, indiretamente ou diretamente, o sistema acaba por ir contra os preceitos constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação ao beneficiar as empresas que optam pela automação de suas funções. Em razão disso, o sistema tributário precisa ser remodelado para que, neste aspecto, seja neutro, deixando em cargo do empregador a escolha de adoção de mão de obra humana ou não, sem estar influenciado pelos encargos tributários que terá que arcar.

A segunda forma é a de concessão de benefícios fiscais a empresas que dão preferência pela contratação de mão de obra humana em detrimento da automatização de suas atividades. Um exemplo desta situação pode ser visto no sistema de pontuação de empresas previstos no decreto nº 32.438/2017, do Estado do Ceará, que prevê que ao se realizar determinado número de contratações, a empresa beneficiada irá obter certa quantidade de pontos e será agraciada com incentivos fiscais.³⁴ Esta exemplificação demonstra a possibilidade prática de se estabelecer um tributo que incentiva a contratação humana. Além disso, dentre as perspectivas de modulação dos efeitos práticos do tributo na indução de comportamentos, pode-se mencionar o estabelecimento de um desestímulo à automação extintiva, aumentando a carga tributária as empresas que optam por automatizarem postos de trabalho e que, em razão disso, intensificam o desemprego.

Além dos trajetos acima indicados, é possível identificar que novos ensaios acadêmicos têm corroborado com o argumento de que a extrafiscalidade tributária pode ser empregada como espécie de intervenção estatal corretiva face à automação, frente sua capacidade de induzir determinados comportamentos e desestimular outros, concretizando comandos constitucionais que, se reservados a espontaneidade dos interesses das organizações privadas e do livre mercado, tenderão a um resultado socialmente danoso. A título de exemplo que emprega lógica similar, pode-se destacar a proteção ambiental que, nas últimas décadas, vem experimentando o desenvolvimento de complexas políticas tributárias com o intuito de corrigir externalidades negativas intrínsecas as atividades de produção e consumo, assegurando que empresas possam atuar em conformidade com o texto constitucional.³⁵

Isso implica reconhecer a incumbência do Estado atuar como regulador econômico, intervindo na tensão existente entre interesses mercadológicos, automação laboral e incidência tributária, inserindo parâmetros para um planejamento econômico eficiente, capaz de mitigar os reflexos sociais e fiscais desse processo de automação disruptiva. A título de exemplo

“Aspectos como progressividade e seletividade poderiam atuar como interessantes ferramentas de indução ou desestímulo comportamental. Alíquotas progressivas, estruturadas em distintos coeficientes, permitiriam regular a carga tributária à medida que empresas realizem determinados graus

³³ MACHADO SEGUNDO, H. B. *Op. cit.*

³⁴ CEARÁ. *Op. cit.*

³⁵ ALMEIDA, S. N. C. FEITOSA, R. J. A Tributação de “Robôs” e o futuro do trabalho: o papel da norma tributária indutora face à automação. *Revista Jurídica FURB*. [S.l.], v. 24, n. 55, 2020.

de comportamentos, majorando ou minorando de acordo com a postura do contribuinte e a necessidade estatal de proteção do mercado de trabalho (considerando aspectos sociais, regionais, fiscais e econômicos). Aliado à observância da capacidade contributiva, poderia ser desenvolvida uma tributação capaz de evitar inequidades óbvias (como a incidência de uma mesma alíquota independente do tamanho das empresas, setores de exploração econômica, nível de automação etc.)³⁶

Uma das problemáticas do estabelecimento de tal tributo reside na base de sua criação, qual seja, o seu fato gerador. O tributo tem que ser estabelecido com uma clareza objetiva em relação ao que seja de fato automação e até que ponto irá incidir sobre esta. Considerando, principalmente, que a automação possui seus dois vieses, complementar ou extintivo, em que aquele contribui para a livre iniciativa e para o bom desenvolvimento laboral, enquanto que este intensifica problemas sociais e afeta negativamente as dinâmicas sociais e estatais. Assim, ao se pensar em estabelecer um tributo, enquanto mecanismo indutor para concretização da proteção do trabalhador, deve-se o fazer tendo em vista um olhar panorâmico sobre automação e os seus efeitos, para que não seja, no processo, coibido o uso de novas tecnologias e ferramentas que contribuem para o desenvolvimento do mercado.

Conclusão

A automação manifesta-se como fenômeno laboral que tem desencadeado na vida dos trabalhadores modernos o temor de ter seu posto de trabalho extinguido pelo uso de novas máquinas capazes de realizar a sua função sem que, no processo, necessite o empregador se responsabilizar pelos encargos trabalhistas impostos pela legislação pátria. Em razão disso, mesmo com a previsão constitucional de proteção do trabalhador em face da automação, este fenômeno não tem recebido a devida atenção, de modo que a vontade prevista na constituição não tem tido sua efetividade, sendo reduzida apenas a uma mera simbologia jurídica, sem produzir seus efeitos plenos.

Por esta razão, este estudo buscou verificar a possibilidade de utilizar a tributação indutora como mecanismo alternativo de proteção do trabalhador em face da automação, ao se induzir comportamentos positivos e negativos durante o tratamento da matéria. Neste caso, a ideia seria utilizar a função extrafiscal do Estado para, assim como em outros aspectos sociais, cumprir a vontade constitucional de proteção do trabalhador de modo pleno, já que a ausência legislativa tem demonstrado a falta de interesse dos legisladores de editarem uma norma que venha a tutelar o assunto na atualidade.

Assim, através desta pesquisa, é possível concluir que a tributação pode sim ser um instrumento eficaz na contenção das externalidades negativas geradas pela automação laboral, desde que haja uma devida adequação entre o uso da função

³⁶ ALMEIDA, S.N.C. Inteligência artificial, robótica e o lado oculto de um futuro sem empregos: O inesperado papel da tributação de robôs à luz da análise econômica do direito. *Revista Scientia Iuris*. [S.l.], v. 25, n.1, 2021.

extrafiscal do Estado ao induzir comportamentos e as realidades advindas pela automação, uma vez que para que se estabeleça um tributo que seja compatível com a realidade é preciso compreendê-la panoramicamente.

Esta possibilidade se mostra possível tendo como base já casos de utilização da tributação para gerar incentivos à contratação de mão de obra humana, como ocorre no Estado do Ceará, entretanto, ainda existem outros entraves que precisam ser analisados antes de se estabelecer de fato uma tributação uniforme em face da automação, qual seja a definição do fato gerador de tal tributação e como se daria, no plano prático, a concessão de benesses ou não em razão das circunstâncias que circundam a automatização de postos de trabalho. Isto pois a automação é vista sob dois vieses, em que um gera ganhos sociais, enquanto o outro só gera encargos, e por tal razão este último deve ser rechaçado, enquanto o primeiro deve ser valorizado.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, R. BOGENSCHNEIDER, B. *Should Robots Pay Taxes?* Tax Policy in the Age of Automation. Harvard Law & Policy Review, 2018. Disponível em: <http://epubs.surrey.ac.uk/821099/1/Should%20Robots%20Pay%20Taxes.pdf>. Acesso em 15 mar. 2020.

ACEMOGLU, D. RESTREPO, P. Artificial intelligence, automation and work. 2018. WORKING PAPER: NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w24196>. Acesso em 13 fev. 2020.

ALBAN, T. A. Extrafiscalidade, Estado Social e Teorias da Justiça: Possibilidades Dialógicas. *Revista de Direito Público IDP*. [S.l.], v. 12, n. 62, 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2223>. Acesso em 27 fev. 2020.

ALMEIDA, S. N. C. FEITOSA, R. J. A Tributação de “Robôs” e o futuro do trabalho: o papel da norma tributária indutora face à automação. *Revista Jurídica FURB*. [S.l.], v. 24, n. 55, 2020. Disponível em <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/index>. Acesso em 18 abr. 2021.

ALMEIDA, S. N. C. MENDONÇA, M. L. C. A. Novas morfologias de trabalho: proteção legal e desafios pós-contemporâneos. *Revista Pensar*. [S.l.], v. 24, n. 2, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2019.9100>. Acesso em 23 fev. 2020.

ALMEIDA, S.N.C. Inteligência artificial, robótica e o lado oculto de um futuro sem empregos: O inesperado papel da tributação de robôs à luz da análise econômica do direito. *Revista Scientia Iuris*. [S.l.], v. 25, n.1, 2021. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/40938/29336>. Acesso em 18 abr. 2021.

ALVES, B. A. M. DUARTE, F. C. Aplicações da extrafiscalidade no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*. [S.l.], v. 7, n. 2, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/329>. Acesso em 27 fev. 2020.

ANDRADE, T. M. *A questão da automação na perspectiva do trabalho como um direito fundamental*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2008. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/142>. Acesso em 13 fev. 2020.

AUTOR, D. H. Why Are There Still So Many Jobs? The History and Future of Workplace Automation. *Journal of Economic Perspectives*. [S.l.], v. 29, n. 3, 2015. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.29.3.3>. Acesso em 23 fev. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 mar. 2020.

BUFFON, M. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. *Revista Brasileira de Direito – IMED*. [S.l.], v. 8, n. 2, 2012. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>. Acesso em 15 mar. 2020.

CALIFORNIA. *Assembly Bill No. 5*. Legislative information, 2019. Disponível em: http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5. Acesso em 23 fev. 2020.

CARVALHO, A. R. W. *Normas tributárias indutoras no federalismo fiscal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CarvalhoARW_1.pdf. Acesso em 27 fev. 2020.

CEARÁ. *Decreto nº 32.438 de 08/12/2017*. Legisweb, 2017. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=353521>. Acesso em 29 fev. 2020.

CEZAR, F. G. *Valores constitucionais de proteção do trabalhador em face da automação: análise tópica dos argumentos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35368>. Acesso em 24 fev. 2020.

DE STEFANO, V. *The rise of the “just-in-time workforce”*: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. International Labour Office, conditions of work and employment series n. 71, 2016. Disponível em: https://www.ilo.org/travail/whatwedo/publications/WCMS_443267/lang-en/index.htm. Acesso em 23 fev. 2020.

ELALI, A. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais. In: MARTINS, I. PEIXOTO, M. (Org.). *Incentivos Fiscais – Questões Pontuais*. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/070807.pdf>. Acesso em 29 fev. 2020.

FREY, C. B. OSBORNE, M. A. *The Future of Employment: how susceptible are jobs to computerisation?* Oxford University, 2013. Disponível em: <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/view/1314>. Acesso em 10 abr. 2020.

GRAGLIA, M. A. V. LAZZARESCHI, N. A indústria 4.0 e o futuro do trabalho: tensões e perspectivas. *Revista Brasileira de Sociologia*. [S.l.], v. 6, n. 14, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20336/rbs.414>. Acesso em 13 fev. 2020.

HACK, E. As finalidades do tributo: como ele pode ser utilizado como instrumento de arrecadação e busca dos objetivos do Estado. *Anima – Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. [S.l.], n. 7, 2012. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima7/8-Artigo-Finalidades-do-Tributo-Erico-Hack.pdf>. Acesso em 27 fev. 2020.

JÚNIOR ARAÚJO, E. G. GUIMARÃES, P. B. V. Normas tributárias indutoras e o fomento da economia criativa para o desenvolvimento do nordeste brasileiro. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*. [S.l.], v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadddsus/article/view/1409>. Acesso em: 29 fev. 2020.

LIMA, S. N. C. A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro. *Boletim Científico – ESMPU*. [S.l.], v. 11, n. 39, 2012. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-n-39-julho-dezembro-de-2012/a-extrafiscalidade-a-luz-do-sistema-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 27 fev. 2020.

MACHADO SEGUNDO, H. M. Tributação e inteligência artificial. *RJLB – Revista Jurídica Luso-brasileira*. [S.l.], v. 1, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0057_0077.pdf. Acesso em 10 mar. 2020.

MARWALA, T. *On Robot Revolution and Taxation*. Cornell University, 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1808.01666>. Acesso em 15 mar. 2020.

MATA, A. L. S. ALMEIDA, S. N. C. Automação Laboral e as Novas Relações Trabalhistas: Perquirições introdutórias da proteção jurídica do Trabalhador. *Argumenta Journal Law*. [S.l.], n. 32, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1768>. Acesso em 01 out. 2020.

MAZUR, O. Taxing the Robots. *Pepperdine Law Review*. [S.l.], v. 46, 2019. Disponível em: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol46/iss2/2/>. Acesso em 15 mar. 2020.

OOI, V. GOH, G. Taxation of automation and artificial intelligence as a tool of labour policy. CENTRE FOR AI & DATA GOVERNANCE, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3322306. Acesso em 15 mar. 2020.

PESSOA, R. M. *A proteção das relações trabalhistas em face da automação para a concretização do desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Paraíba, Paraíba, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/tede/4408>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ROMANI, B. *O Uso de inteligência artificial pode aumentar desemprego no Brasil, diz FGV*. Link, Estadão, 2019. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,desemprego-podesubir-ate-4-pontos-percentuais-com-adocao-de-inteligencia-artificial-diz-fg,70002833283>. Acesso em 10 abr. 2020.

TODOLÍ-SIGNES, A. *The 'gig economy': employee, self-employed or the need for a special employment regulation?* Transfer: European review of labour and research, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1024258917701381>. Acesso em 23 fev. 2020.

Data de Recebimento: 09/10/2020.

Data de Aprovação: 07/03/2021.

UMA ANÁLISE EVOLUTIVA DA CF/88 E SEU ARQUÉTIPO COMO ANCIÃ

ANALYSIS OF CF/88 HISTORICAL EVOLUTION AND THEIR ARCHETYPE AS AN ELDER

*Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira**
*Ana Carolina Cavalcante Ferreira Julio***

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar a importância da construção histórica da Constituição Federal de 1988 para o resguardo dos direitos fundamentais conquistados. E para tal, utiliza-se como disparador do pensamento a obra “A Ciranda das Mulheres Sábias – Ser Jovem enquanto velha, velha enquanto jovem”, de Clarissa Estés, na qual a autora aponta a importância da ancestralidade e da sabedoria feminina transmitida ao longo do tempo pelo arquétipo das anciãs. Nesse sentido, objetiva-se um estudo sobre as Constituições modernas ocidentais e as Constituições brasileiras, como matriarcas que ensinaram a atual Constituição a partir de seus erros e aprendizados. Para tal, utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, com o suporte teórico de um Direito como literatura, a partir do método dedutivo. Conclui-se que as antigas matriarcas historicamente acumularam experiência e sabedoria na construção de uma Constituição que hoje reconhece direitos fundamentais positivados, mas ainda luta pela sua aplicação no plano fático.

Palavras-chave: Mulheres sábias; Constituição; Direitos Fundamentais; Direito e Literatura.

ABSTRACT

This research intends to analyze the value of the historical evolution of the Federal Constitution of 1988 for the protection of social rights. And to think about it, we analysed the book “The Ciranda of Wise Women - Being Young while old, old as young”, by Clarissa Estés, in which the author highlights the importance of ancestry and the female wisdom transmitted throughout the time for the archetype as an elder. In this sense, a study is intended about the modern Western Constitutions and the Brazilian Constitutions, as elders who taught the current Constitution from their mistakes and learnings. The methodology of bibliographic research was used, with the theoretical support of a Law as literature, from the deductive method. It is concluded that the former matriarchs historically accumulated experience and wisdom in the construction of a Constitution that today recognizes positivized fundamental rights, but still fights for its application in the factual plan.

*Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México (UNAM). Estágio de Pós-Doutorado realizado na Universidade de Málaga (ESPAÑA), de set/2013 a set/2014. Professora Titular do Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), aposentada desde março/2017. E-mail: olgaoliveiralagoa@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7598750769331998>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6228-8615>.

** Ana Carolina Cavalcante Ferreira Julio. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Foi bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. É membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão Inventar: arte e construção do conhecimento jurídico (CNPq). E-mail: acarolinajulio@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9304280988293984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0170-8540>.

Key-words: Wise women; Constitution; Fundamental rights; Law and Literature.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a construção histórica da Constituição de 1988, considerando a importância de cada uma das constituições que lhe antecederam, como sábias matriarcas na defesa dos direitos fundamentais. Assim, apresenta-se uma analogia entre a força do arquétipo feminino - nas ideias de Clarissa Pinkola Estés, em sua obra “A Ciranda das Mulheres Sábias - Ser jovem enquanto velha, velha enquanto jovem” - com a evolução histórica constitucional, pelos acertos e erros de suas ancestrais, as primeiras constituições modernas ocidentais e as constituições brasileiras.

Foram essas experiências que possibilitaram o surgimento da Constituição atual. Questiona-se, então, como problema de pesquisa: de que modo os saberes históricos, fruto dos erros e acertos das antigas constituições, foram efetivados, acabando por refletir na Constituição de 1988, tratada aqui como uma figura anciã? Como objetivo geral, pretende-se analisar essa evolução histórica e sua aplicabilidade, a partir de um olhar jurídico. E, como objetivo específico, compará-la a figura do arquétipo feminino; contrastar as evoluções constitucionais; e identificar a efetividade da defesa de direitos fundamentais positivada pela Carta Magna brasileira.

Para tal, adotou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, partindo da análise de livros e artigos sobre a temática, os quais se destacam Oliveira (2016), Silva (2005) e Riccitelli (2004; 2007). Nesse sentido, a pesquisa perpassa diferentes momentos históricos gerais, a partir do método dedutivo de pesquisa, constatando a construção de direitos que pretensamente vieram a influenciar a Carta Magna atual. Vale referir que o método do Direito como Literatura também será desenvolvido complementarmente, para possibilitar uma abordagem lúdica e analógica sobre os conceitos trazidos.

Ressalta-se que o texto estará dividido em duas sessões, afóra a introdução, conclusão e referências. No primeiro subitem, busca-se expor a construção do arquétipo feminino no texto de Estés, que correlaciona a força e a sabedoria da mulher anciã, com a transmissão de conhecimento às próximas mulheres que virão. Nesse sentido, faz-se um paralelo desta figura com a própria Constituição, abordando, no segundo subitem, toda a retomada histórica das constituições, europeias e brasileiras, para se pensar na interlocução entre a sua formação histórica e a conhecimento transmitido pelas mulheres sábias.

Portanto, observá-la em vigor, apesar das dificuldades em sua defesa e manutenção devido às ameaças insistentes, é compreender a sabedoria que se acumulou por séculos, na busca pela proteção de direitos fundamentais, por muitas mulheres sábias e guerreiras.

A Constituição Federal de 1988 e a figura do arquétipo feminino em Estés

A Constituição Federal do Brasil de 1988 marcou a volta da democracia no país, trazendo em seu texto a positivação de princípios ligados à cidadania e à dignidade da pessoa humana¹. Porém, este fato não se deu instantaneamente: foi após duas décadas de ditadura militar, com graves violações aos direitos dos cidadãos, que o país iniciou sua busca no campo da democracia e dos direitos fundamentais, firmada pela manifestação do poder constituinte originário.

Dedicando-se à defesa do acesso universal à educação, à saúde, à segurança, à moradia, entre outros direitos sociais do artigo 6º², o documento assumiu a postura de resguardo de uma série de outros direitos fundamentais, como aqueles ligados à defesa da vida e da liberdade, na forma do *caput* do artigo 5º. E é sob esse enfoque que o artigo se desenvolverá, considerando a Constituição uma anciã no resguardo de direitos, pois seria ela, apesar de recente, a detentora de uma sabedoria historicamente acumulada por suas ancestrais.

Neste ponto, observa-se uma intersecção muito forte com a figura do arquétipo feminino, a qual será essencial ao longo deste artigo para se construir a ideia de uma Constituição sábia. Ressalta-se que esta costura liga-se diretamente ao campo de estudo do Direito e Literatura, compreendendo itens presentes na realidade como potentes instrumentos disparadores para o pensamento. Porque a arte, afinal, é capaz de problematizar contextos e produzir outros espaços³ para se pensar sobre direito.

O papel da literatura no direito é servir como um recurso aprimorador nas capacidades de compreensão dos fenômenos jurídicos e sociais, justamente porque se caracteriza por uma dimensão lúdica, construindo-se sobre pilares de humanização e empatia⁴. Trata-se, assim, de uma corrente de estudo que se opõe a positivação jurídica, promovendo o uso de áreas sensíveis para o manejo de questões complexas e auxiliando na compreensão das relações sociais, de maneira mais profunda:

Com o declínio do positivismo jurídico e os desafios impostos pela instituição do Estado democrático de direito, em especial no que se refere à defesa dos direitos fundamentais, o movimento Direito e Literatura inaugura um peculiar e promissor campo interdisciplinar que oferece novas possibilidades de compreensão tanto da natureza humana e dos conflitos sociais quanto dos impasses e desafios que o direito enfrenta na contemporaneidade.⁵

Diante destas questões, sinaliza-se que a presente pesquisa se desenvolve a partir da corrente teórica de um Direito *como* Literatura, de maneira a traçar paralelos literários

¹ BUENO, Chris. 30 anos da Constituição Cidadã. *Cienc. Cult.* São Paulo, v. 70, n. 4, p. 11-13, 2018.

² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

³ FOUCAULT, Michel. *Estética: literatura e pintura, música e cinema*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

⁴ KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 827-865, set-dez 2017.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 828.

em textos jurídicos – e aqui, especificamente sobre a Constituição Federal de 1988 - promovendo uma aproximação entre a formulação narrativa e o direito. E isso é possível, pois, para esta linha, “as atividades hermenêuticas exigidas na leitura dos textos jurídicos e literários, bem como a criação da metáfora do romance em cadeia para ressaltar a coerência e a integridade implicadas na atividade jurisdicional”⁶ são instrumentos potentes de análise.

Nesse sentido, direciona-se um olhar ao livro de Clarissa Pinkola Estés, denominado “A Ciranda das Mulheres Sábias - Ser jovem enquanto velha, velha enquanto jovem”, a fim de se realizar reflexões sobre a imagem da anciã sábia e da própria Constituição Federal: de que modo esses saberes históricos foram construídos ao longo dos anos e efetivam-se na Constituição Federal de 1988?

Para responder tal problemática, apresenta-se, de início, o contexto no qual foi escrito o livro discutido e a imagem da anciã, construída por Estés. Além de escritora e poetisa, Clarissa Estés é psicanalista analítica (junguiana), com Estágio de Pós-Doutorado realizado em 1984, junto à Associação Internacional de Psicologia Analítica de Zurique, na Suíça⁷. E mesmo dedicando-se a área totalmente diversa do Direito, esta recebeu o primeiro prêmio Joseph Campbell de *Keeper of the Lore* (Guardiã das Tradições), por ser uma ativista e escritora em busca de justiça social.

Deste modo, desde a publicação de seu primeiro livro *Women Who Run with Wolves* (Mulheres que correm com os Lobos), em 1993, tem combinado mitos e histórias com análises de arquétipos e comentários psicanalíticos. E na obra “A Ciranda das Mulheres Sábias”, publicado pela primeira vez em 2006, apresenta uma reflexão sobre o feminino, partindo da imagem de mulheres ancestrais que conseguiram, durante a sua existência, acumular sabedoria e transmiti-las a suas filhas em antigas histórias contadas em torno das fogueiras, por meio de lendas e mitos. Compreende-se, portanto, a figura do corpo feminino como um lugar de sabedoria acumulado: pelas velhas perigosas e suas filhas sábias e indomáveis⁸.

Por isso, de algum modo, as mulheres carregariam dentro de si o arquétipo da avó, como representação simbólica. Para a autora, atribuir-se-ia a essa figura o conhecimento passado a toda geração de mulheres, manifestando-se de forma singular na vida de cada uma delas. Destaca-se, então, que o “[...] ser sábia não chega de repente perfeitamente formada e se amolda como uma capa sobre os ombros de uma mulher de determinada idade”⁹, mas é resultado de todos esses aprendizados pretéritos e presentes.

Justamente neste ponto, há uma convergência com a imagem da Constituição Federal de 1988 que, especificamente pela proteção positiva dos direitos fundamentais,

⁶ KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 827-865, set-dez 2017. p. 833.

⁷ COLORADO WOMEN'S HALL OF FAME. *Clarissa Pinkola Estés, Phd.* Disponível em <https://www.cogreatwomen.org/project/clarissa-pinkola-estes/>. Acesso em 04 fev. 2020.

⁸ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *A Ciranda das mulheres sábias - ser jovem enquanto velha, velha enquanto jovem*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 13.

traduziu-a como resultado da memória das lutas históricas de suas constituições ancestrais, aprendendo com elas sobre seus erros e acertos, e assumindo uma postura garantista. Assim, exemplificativamente, passou a prescrever como um de seus objetivos, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹⁰, conforme artigo 3º. Mas repisa-se: este é o resultado de uma construção legal histórica, sempre em recomeços:

A grande clareza e percepção, o grande amor que tem magnitude, o grande autoconhecimento que tem profundidade e amplitude, a expansão da aplicação refinada da sabedoria... tudo isso é sempre uma 'obra em andamento', não importa quantos anos de vida a mulher tenha acumulado. O fundamento do que é 'grande', em oposição ao que é 'apenas comum', são conquistados no início da vida, no meio ou mais tarde... muitas vezes mediante enormes fracassos, elevações do espírito, decisões equivocadas e recomeços impetuosos¹¹.

O fato é que esse arquétipo se vale de estratégias na defesa da memória das garantias que detém e transmite, que aqui expressam-se através das nove preces de gratidão, que retomam elementos essenciais a essa resistência da mulher sábia: na primeira, discorre: "Por elas... peçamos em prece que a força e a cura caíam direto nos ossos da sua coragem para sempre"¹². Neste ponto, os elementos dos ossos e da coragem chamam a atenção, pois ambos transmitindo a ideia de força, a qual carrega a Constituição ao fixar-se na forma da lei escrita. Assim, seria o osso seu elemento físico, a partir do qual a Constituição apresenta-se ao externo de maneira combativa e rígida. E isso, por derradeira, também é complementado na segunda prece, quando afirma "Por elas... que vivam muito, com força e saúde, e com um imenso espírito aberto aos ventos"¹³.

Durante a terceira prece, a autora salienta a proteção que se dá por todas as outras que vieram antes de nós, por sua presença imaterial, na transmissão desses conhecimentos que, após muitas lutas, foram adquiridos. Assim, "Por elas... que sempre sejam corajosas; que suas almas sejam protegidas por muitas outras, pois ao nosso mundo carente elas trazem recursos conquistados a duras penas"¹⁴. É o reconhecimento de todo o aprendizado adquirido ao longo da evolução constitucional, em seus erros e acertos. Assim, na prece quatro, "Por elas... que continuem sempre a nos ensinar a amar este mundo e todos os seres que nele estão... das formas que mais importem a Alma"¹⁵. É este o ponto da sabedoria manifesta, que deve ser mantida segura e propagando a todas as Constituições que vierem depois, numa construção histórica e permanente, para que nada se perca ao longo dos anos.

Eis a quinta prece: "Por elas... que sempre sejam mantidas em segurança, alimentadas por muitas fontes, que sempre recebam demonstrações de amor e gratidão,

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Op.cit.*, p. 13.

¹² *Idem, ibidem*, p. 92.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 94.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 96.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 99.

que mantenham sua alma vicejante a céu aberto para que todos vejam”¹⁶. É neste corpo mulher que habita a memória de tudo que se construiu. “Por elas... [...] que sempre possam se encontrar e não passar sem se ver, mas que permaneçam perto umas das outras e que se fortaleçam, e com isso fortaleçam os perímetros e portais do mundo da alma confiados à sua guarda”¹⁷. Nesse sentido, destaca-se o elemento da fortaleza do perímetro confinado a sua guarda. Esta imagem aponta para a importância de haver, além da preservação da memória, a existência de uma figura guardiã combativa, prevista como tática importante à perpetuação desta sabedoria.

A Constituição Federal de 1988, então, cria esta função a partir de uma forte influência de Kelsen no ordenamento jurídico. A guardiã é a Suprema Corte, como poder jurídico, conforme o artigo 102 aponta¹⁸. Portanto, é este o órgão técnico judiciário responsável pela última palavra em matéria de interpretação sobre o alcance e o sentido constitucional. Isto é, esta deve ser a guardiã de todas as tradições positivadas constitucionalmente.

Por último, as três preces finais retomam a potência de criação que a sabedoria possibilita a este corpo que resiste, e está sempre em movimento, apesar de seus ossos fixos. É a sua face não-fixa, necessária abertura existente para captar as mudanças do tempo. Trata-se de um ensinamento que compreende que “Por elas... abençoadas sejam suas belezas, tristezas e buscas; que sempre se lembrem de que perguntas ficam sem respostas, até que sejam consultados dois modos de enxergar: o linear e o interior”¹⁹.

Deste modo, tomando consciência da importância de cada vida anciã, é possível fluir com ainda mais força nesta busca constante, para que a história de luta das antepassadas nunca seja esquecida. Ou, ainda, para que nenhuma conquista seja perdida “Por elas... que se deem conta de como sua vida é preciosa, de como, apesar de quaisquer imperfeições, elas são exatamente os baluartes, as pedras de toque, as notas fundamentais, os paradigmas necessários”²⁰. É esta a força que existe neste corpo que se recria, em sua última prece “Por elas... por todos nós, [...] que criemos a partir das cinzas, [...] Por tudo isso, que vivamos muito, e nos amemos uns aos outros, jovens enquanto velhas, e velhas enquanto jovens para todo o sempre. Amém”²¹.

Portanto, nota-se que tais estratégias direcionam um olhar à figura da Constituição, como mulher anciã. Esta se resguardaria em suas memórias, através do aprendizado de outras que lhe antecederam. Vale referir que tais aprendizados serão desenvolvidos com maior profundidade no próximo item, o qual retomará o cenário das constituições modernas e das constituições brasileiras.

Mas neste item faz-se importante apreender que a preservação dos saberes acumulados demanda uma guarda, e não se basta pela existência da própria memória. Explica-se: as preces não garantem, por si só, a inviolabilidade da constituição e seus

¹⁶ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Op.cit.*, p. 101.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 103-104.

¹⁸ BEIJATO JUNIOR, Roberto. *Teoria Ontológica do Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁹ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Op.cit.*, p. 106.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 108.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 110.

direitos fundamentais. É evidente que nem sempre a sabedoria será perpetuada por todas as demais gerações seguintes, podendo haver resistências e retrocessos em alguns momentos históricos. É por isso que um órgão guardião desses direitos é essencial²².

No Brasil, é a Suprema Corte que exerce esse papel. Assim, cabe ao Supremo Tribunal Federal guardar a efetividade desse saber acumulado, respeitando os limites constitucionais e funcionando essencialmente como um poder jurídico. Caso contrário, cair-se-ia no risco de se fazer valer uma vontade política, em uma postura próxima a da figura do soberano, em Carl Schmitt²³. De fato, uma das grandes problemáticas da dinâmica brasileira é esta, visto que a maneira como se escolhem os membros desse órgão acontece por ato meramente político do Chefe do Executivo, ultrapassando os limites constitucionais estabelecidos para o seu papel de guarda. Certamente, esta arbitrariedade em sua nomeação abre possibilidades para uma atuação política por parte deste guardião, e não meramente jurídica.

Enfim, assumir essas falhas do sistema jurídico-institucional brasileiro também são relevantes para que não se caia na falsa afirmação de que as garantias constitucionais poderiam ser vista sob um fundamento heroico. Ou então, acolhendo a ideia de que hoje, após estas conquistas positivadas, viver-se-ia em plena proteção. Mas a velha ansiã olha justamente a essas questões, na tentativa de aprender com os erros do presente também, consciente de que, a despeito da constituição formal, as violações seguem ocorrendo no plano fático.

Sabendo disso, a partir daqui apresentar-se-á uma evolução histórica da sabedoria positivadas, as quais culminaram na constituição brasileira atual. São as memórias das mulheres anciãs, que vieram antes da Constituição de 1988.

Uma evolução histórica constitucional

A Constituição não nasce pronta, mas é o resultado de muitos fatores, os quais encontram-se ligados ao acúmulo de conhecimento e de sabedoria das mulheres velhas e jovens, que toma uma forma ou outra de acordo com a passagem do tempo. Seguindo o mesmo caminho, também representa a realidade e os anseios sociais da época em que esta pretende sua elaboração.

Para tanto, inicia-se este item apresentando um conceito de Constituição, como o “[...] um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto”²⁴. Frisa-se que quando o autor se refere ao poder constituinte, este não exclui a atuação do povo, a quem a doutrina atribui a própria titularidade deste poder. Assim, o exercício do poder constituinte pertenceria à nação, a quem se faz representar por aqueles que são eleitos. Deste modo, o poder constituinte originário, que mais

²² BEIJATO JUNIOR, Roberto. *Op.cit.*

²³ *Idem, ibidem.*

²⁴ SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. *R. Trib. Reg. Fed. 1ª Reg.* Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out/dez., 1994. p. 17.

fortemente deu causa à Constituição Federal de 1988, nunca deteve um poder supremo ou arbitrário, uma vez que sempre esteve vinculado às limitações, sob pena de sua atuação ser classificada como ilegítima²⁵.

Nesse recorte, há época em que entrou em vigor a atual constituição brasileira, os anseios sociais demandavam uma ação que se atentasse às carências e às vulnerabilidades de um povo historicamente violado, recém saído de um regime ditatorial. Por isso, considerando o contexto de sua instauração, compreende-se a memória como um dos principais catalizadores na proteção de direitos fundamentais em seu corpo. Isto é, a memória como resultado do aprendizado das constituições que vieram antes desta.

Pode-se, ainda, aproximar esse conceito das figuras das mulheres gregas e guerreiras, conectando-se sua força e sabedoria à Athena, deusa que, ao passo que representa o conhecimentos e a inteligência, também expressa as ideias de guerra e de justiça²⁶. Mas mesmo assim, está longe de ser entidade infalível, constitui-se como sabedoria em construção, fato constatável pelo episódio da morte de Palas²⁷, sua grande amiga, acidentalmente causado por ela. Assim, seus erros, do mesmo modo que os erros cometidos e absorvidos pela própria Constituição, são episódios possíveis, quando acabam por acontecer em decorrência da existência de interesses desfavoráveis à pátria ou à sociedade. Por isso, "os atributos paradoxais do que é grande são principalmente ser sábia e ao mesmo tempo estar sempre à procura de novos conhecimentos"²⁸.

Mas a despeito desta falibilidade, a sabedoria de Athena também se aproxima de Estés, quando a autora faz menção à vida de uma árvore, como algo que carrega em si uma energia de ancestralidade e consegue sobreviver e resistir apesar das ameaças existentes em um mundo tão hostil a esse corpo. Foi o que aconteceu quando a deusa rompe a cabeça de Zeus para nascer. E, ainda, herda a sabedoria de sua mãe Métis²⁹, que havia sido engolida por ele. Seja a árvore, Athena ou a própria constituição, trata-se de uma manifestação contra um sistema hostil. Neste último caso, hostil à proteção de direitos fundamentais.

Assim a Constituição seria como uma árvore vigorosa, que a despeito das adversidades, a todo custo os reconhece e busca garantir direitos, em luta. Funciona, portanto, do mesmo modo que as grandes árvores da floresta, que são "[...] as verdadeiras guardiãs espirituais do povoado"³⁰, e ainda se vale do resguardo jurídica da Suprema Corte, positivada no sistema como sua guardiã.

Ora, a palavra "Constituição", no idioma brasileiro, refere-se ao arquétipo feminino, e não masculina, ou seja, "a Constituição", utiliza-se do "a" do latim *illa* como artigo definido feminino. É possível, ainda, perceber que a própria composição da palavra

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Op.cit.*

²⁶ VEMANT, Jean-Pierre. Mito e religião na Grécia antiga. Trad. Joana Angélica D' Avila Melo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

²⁷ FAJARDO, Jacqueline Nicastro. Atena Homérica: um estudo sobre a caracterização da deusa na Ilíada e na Odisseia. Dissertação (Mestrado em Letras) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2020.

²⁸ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Op.cit.*, p. 12.

²⁹ FAJARDO, Jacqueline Nicastro. *Op.cit.*

³⁰ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Op.cit.*, p. 30.

Constituição remete originalmente a uma série de características apresentada por um indivíduo ou coisa, fruto de seu contexto social. De acordo com Antonio Riccitelli³¹, “a junção do prefixo originado do latim *cum* com o verbo *stituire* forma o termo Constituição, que em sentido comum significa o conjunto dos caracteres morfológicos, físicos ou psicológicos de cada indivíduo ou formação material das coisas”.

Nesse sentido, unindo tais colocações, é possível se compreender a Constituição como uma entidade feminina fruto de uma série de vivências sociais e combates históricos, que resultaram em sua sabedoria atual. E quais foram estas vivências? É disse que os itens seguintes se ocuparão, perpassando as experiências das constituições modernas e das constituições brasileiras em geral.

O constitucionalismo moderno

A analogia com o texto de Estés se torna mais palpável quando se compreende as bases do constitucionalismo moderno que influenciaram a história das constituições brasileiras, como uma Colônia de Portugal na América³². Nesse enlace, as primeiras Constituições modernas ocidentais, datadas do período da monarquia europeia do século XVII e XVIII, coincidem com a ascensão do liberalismo e do iluminismo, que promoveram fortes transformações no aspecto econômico, político e social da população da época.

Assim, é possível se elencar as primeiras revoluções liberais burguesas que se sucederam na Inglaterra, entre 1642 a 1689, a Revolução Americana de 1776 (Colônia da monarquia inglesa) e a Revolução Francesa de 1789, como eventos que contribuíram cada um a seu modo para limitar o poder estatal, com reflexos políticos importantes do recorte liberal, cenário muito diferente da monarquia anterior. Eis que surge a busca por uma estrutura e organização política do Estado, tendo por base a existência de leis que admitissem o reconhecimento de direitos individuais e a limitação dos poderes estatais, que tinha por fundamento o Absolutismo. Tudo isso, fruto da política não intervencionista a qual embriagavam os discursos liberais.

Ainda não era possível nomear como Constituição as leis que surgiam há época, as quais eram conhecidas como "Pactos", como documentos que antecederam as Constituições modernas. Mas já naquele momento, eles tinham como fundamento "o acordo de vontades" entre o rei e o povo. Os Chama-se atenção aos pactos mais importantes na Inglaterra: 1) a *Magna Charta Libertatum* (1215); 2) a *Petition of Rights* (1628); 3) o *Habeas Corpus Act* (1679); 4) o *Bill of Rights* (1689) - elaborado pelo Parlamento Inglês durante a Revolução Gloriosa cujo texto está relacionado com a ideia de Constituição³³.

³¹ RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Barueri: Manole, 2007. p. 68.

³² OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero - o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.

³³ RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional - O Processo Legislativo, a Organização dos Poderes e o Sistema Tributário do Município e da União*. São Paulo: ASR Editora, 2004. p. 10-11.

Foram estes os fatores principais que contribuíram para o nascimento do constitucionalismo moderno, como um sistema político em oposição ao absolutismo, fundamentando-se na limitação do poder dos governantes pelas previsões constitucionais. É justamente esta nova organização, com limites impostos ao Estado, que se deu o nome de "Constituição". De acordo com Norberto Bobbio³⁴, o Constitucionalismo

É a técnica da liberdade ou a técnica jurídica que assegura aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais, bem como, com o Estado em uma situação impossível de violá-los. O Constitucionalismo consiste na divisão dos poderes a fim de impedir qualquer tipo de arbítrio, representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do poder em si.

A primeira Constituição escrita da história ocidental mundial é a Constituição Americana de 1787. Conforme Oliveira³⁵, ela foi chamada de Carta dos Direitos dos Estados Unidos da América, formulando-se a partir de das dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, denominadas *Bill of Rights*. Assim, teria recebido este nome justamente por trazer em seu corpo a apresentação de direitos fundamentais ao cidadão perante o poder estatal.

Posteriormente, em 1791, assistiu-se ao processo revolucionário francês que, por outro lado, apresentou-se de forma muito diferente do modelo americano. Isso porque, em decorrência do receio das movimentações populares, primeiro foi aprovada a Declaração de Direitos e Deveres para, posteriormente, vir a Constituição do país, que passou a designar o “respeito pela dignidade das pessoas; a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante a lei; o direito à propriedade individual; o direito de resistência à opressão política; a liberdade de pensamento e opinião”³⁶.

A Constituição francesa de 1791, portanto, reconheceu a igualdade jurídica, a liberdade de propriedade, a liberdade de produção, a liberdade de comércio, a liberdade de trabalho e a liberdade de crença religiosa. Além disso, instituiu os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como garantiu o direito de voto censitário - renda mínima -, apenas para os homens brancos e proprietários, chamada de cidadania ativa. Com isso, nota-se que ainda havia muitos embates históricos para serem travados, em busca de direitos e igualdades fundamentais.

As constituições brasileiras

As primeiras Constituições brasileiras passaram por um processo distinto, já que se tratava de uma Colônia Ultramarina da Coroa de Portugal, cuja situação política e administrativa passou a sofrer mudanças e alterações quando do processo de Independência do Brasil, proclamada pelo príncipe regente Dom Pedro I, em 7 de setembro de 1822.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 2000. p. 248.

³⁵ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Op.cit.*

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 56.

Na sequência, em dezembro de 1822, o príncipe regente foi coroado Imperador e recebeu o título de D. Pedro I, o que representou o rompimento definitivo do Brasil com a Coroa de Portugal. Mas apesar da independência política e administrativa, o novo Imperador português manteve a monarquia constitucional e hereditária como forma de governo. A partir de então, começou a construção do ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se que "o projeto da primeira Constituição do Brasil foi concluído em 1823, mas D. Pedro I recusou o projeto, porque este valorizava e ampliava o Poder Legislativo e limitava e reduzia os poderes do Imperador [...]"³⁷. Assim, D. Pedro I decide dissolver a Assembléia Constituinte e, determina a criação e nomeação de uma comissão para elaborar um novo projeto de Constituição, onde se destaca o papel do Imperador que "[...] é tratado como Imperador Constitucional e defensor perpétuo do Brasil"³⁸. Além disso, cabe destacar no novo projeto da Constituição, a criação do Poder Moderador em "[...] que o Imperador era o Chefe supremo da nação, cabendo-lhe manter a Independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos"³⁹. Posteriormente o projeto foi aprovado pelo Senado e diante disso, "[...] o Imperador, a Imperatriz, o Bispo e a Câmara Municipal do Rio de Janeiro fizeram juramento à Constituição Política do Império do Brasil em 25 de março de 1824, dando início, em solo brasileiro, à institucionalização política"⁴⁰.

A Constituição Monárquica de 1824 durou 67 anos e foi a mais longa até hoje. Ela foi outorgada apresentando características conservadoras e liberais, baseadas nos interesses individuais das classes mais ricas. Ainda, tinha característica autoritária, vez que centralizava o poder na figura do Imperador. E, tendo um sistema eleitoral censitário, elegia deputados e senadores de maneira indireta, conforme previsão do artigo art. 90 do Capítulo VI. Ademais, os membros do Senado eram vitalícios e deveriam ter mais de 40 anos de idade, conforme art. 40, do Capítulo III. A organização dos Poderes Legislativos, Moderador, Executivo e Judiciário estavam todos subordinados diretamente ao Imperador⁴¹.

Deste modo, nota-se que os direitos civis e políticos foram definidos e estruturados de acordo com os modelos de Constituições adotadas pelas monarquias europeias. Significa dizer que o voto era censitário, pois o eleitor precisava comprovar uma renda mínima, impedindo-se assim, os direitos políticos para as mulheres, os escravos e os analfabetos. É importante destacar que com a proclamação da República em 1889, o Brasil rompe com o Estado monárquico constitucional e, em 24 de fevereiro de 1891 é decretada e promulgada pelo Congresso Constituinte, a segunda Constituição do país. Denominada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, adotava como forma de

³⁷ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Op.cit.*, p. 89.

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. *As Constituições brasileiras (1824, 1891 e 1934)*. Tribunal Regional do Rio Grande do Norte; Coordenadoria de Gestão da Informação. Natal: TER-RN, 2016. p. 11.

³⁹ BRASIL, *Op.cit.*, 2016, p. 12.

⁴⁰ OLIVEIRA, José César de. As modificações e o contexto jurídico-político da Independência do Brasil e o processo constitucional brasileiro. *Revista ATHENAS*. [S.l.], v. I, jan-jun.,2012. p. 87.

⁴¹ BRASIL. *Op.cit.*, 2016.

Governo o regime representativo, a República Federativa e a união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil⁴².

A Constituição de 1891 apresentava no Título IV uma Declaração de Direitos assegurados aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País, em que “[...] o direito à liberdade, a segurança e à propriedade eram as três principais categorias abarcadas pela Constituição”⁴³. Porém, manteve a restrição do direito de voto para as mulheres, os mendigos, os analfabetos, os praças de pré (militar de menor categoria na hierarquia) e os religiosos, conforme estabelecido no art. 70, §§s 1º e 2º⁴⁴.

A próxima Constituição brasileira tardou quarenta e três anos para ser decretada e promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, o que ocorreu em 16 de julho de 1934, mantendo a mesma denominação: Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Nela, inseriram-se novas formas de adequação das Constituições ao novo modelo, ou seja, o Estado Social de Direito, tendo por base “[...] o modelo da Constituição de Weimar, abandonando as velhas ideias do liberalismo do início da República e apresentou um viés social democrático”⁴⁵.

É na Constituição de 1934 que muitas conquistas populares são conseguidas, como por exemplo: o voto feminino, a proibição de diferenças salariais, por discriminação de sexo, idade ou estado civil, o estabelecimento do salário mínimo, a jornada de 8 horas diárias, o descanso semanal, férias anuais remuneradas, indenização em casos de demissão sem justa causa, proibição de trabalho diurno para menores de 14 anos e noturno para 16 anos⁴⁶.

Destaca-se que na questão eleitoral, houve certo avanço na Constituição de 1934, já que no Título III, da Declaração de Direitos, foi inserido o Capítulo I, sobre os Direitos Políticos, garantindo-se no artigo 109 “o alistamento e o voto obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada”⁴⁷.

Entretanto, a referida Constituição teve curta duração, devido ao golpe de Estado ocorrido em 10 de novembro de 1937, concretizado pelo próprio Presidente da República Getúlio Vargas, que assumiu o poder como ditador. Instala-se, assim, o denominado Estado Novo decretando-se neste mesmo dia, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Passaram-se quase dez anos da instalação do regime ditatorial, Getúlio Vargas é deposto por um grupo de militares em 29 de outubro de 1945. Na sequência, foram convocadas eleições diretas e eleita a Assembléia Nacional Constituinte que foi responsável pela elaboração da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no dia 18 de setembro de 1946, e “[...] durante seus dezoito anos de vigência,

⁴² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1891*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em 24 fev. 2020a.

⁴³ BRASIL. *Op.cit.*, 2016, p. 20.

⁴⁴ BRASIL. *Op.cit.*, 2020a.

⁴⁵ CALIL, Léa Elisa Silingowski. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo, LTr, 2007, p. 34-35.

⁴⁶ BRASIL. *Op.cit.*, 2016, p. 23.

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1934*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 24 fev. 2020b. s/n.

manteve a característica liberal através da permanência do princípio de igualdade formal [...]”⁴⁸.

A Constituição de 1946, no Título IV, manteve a Declaração de Direitos, e foi inserido o Capítulo I, denominado da Nacionalidade e da Cidadania. No Artigo 133, estabeleceu-se, que “o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos”⁴⁹. Além disso, a referida Constituição reafirmou que o sufrágio é universal, direto e o voto secreto.

Durante a vigência da Constituição de 1946, o país enfrentou diversas crises políticas, abrindo caminho para o golpe militar de 1º de abril de 1964, que “[...] depõe o então Presidente João Goulart e, os militares assumem o poder passando a governar por meio de emendas constitucionais e atos institucionais”⁵⁰. Nesse sentido, a Ditadura Militar no Brasil foi um regime autoritário que teve início com o golpe militar, em 31 de março de 1964, pela deposição do presidente João Goulart. O regime durou 21 anos (1964-1985), e estabeleceu a censura à imprensa, restrição aos direitos políticos e perseguição policial aos opositores⁵¹. Entretanto, nesse período, a próxima Constituição brasileira foi decretada e promulgada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967, entrando em vigor em 15 de março de 1967,

[...] tornando-se, assim, a quinta Constituição do país, deixando explícito que tinha por objetivo a institucionalização do regime ditatorial, admitindo a ampliação dos poderes do Executivo em detrimento do Legislativo e Judiciário, engendrando uma organização hierárquica constitucional. O Poder executivo exercia com caráter exclusivo a prerrogativa de criar emendas constitucionais, sem a anuência do Poder Legislativo e Judiciário⁵².

Na vigência da Constituição do Brasil de 1967 (era esta a denominação oficial utilizada), várias modificações e alterações foram feitas, destacando-se a Emenda Constitucional nº. 1 editada em 17 de outubro de 1969. As alterações foram feitas pela Junta Militar, que assumiu o exercício da Presidência da República. Destaca-se que a Constituição de 1967, dispôs no Título II a Declaração de Direitos e, no Capítulo I a Nacionalidade, criando-se o Capítulo II, sobre os Direitos Políticos, estabelecendo-se no Artigo 142, que são eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos. No parágrafo 1º, constava que o alistamento e voto eram obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos⁵³, mantendo-se assim, os direitos políticos sem grandes alterações.

⁴⁸ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Op. cit.*, p. 248.

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil - 1946*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em 24 fev. 2020c. s/n.

⁵⁰ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Op. cit.*, p. 253.

⁵¹ BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. A CIA e a técnica do golpe de Estado. In: VALLE, Maria Ribeiro do (Org.). *1964-2014: Golpe Militar, História, Memória e Direitos Humanos*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 11-26.

⁵² OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Op. cit.*, p. 253.

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil - 1967*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em 24 fev. 2020d. s/n.

A Emenda Constitucional nº1 de 1969 reformulou e alterou quase a totalidade do texto constitucional de 1967. Inclusive, a doutrina majoritária constitucionalista defende a tese de que o documento não foi uma emenda, mas sim, uma nova Constituição, pois os governantes que a subscreveram não tinham legitimidade para tanto⁵⁴. A referida Emenda Constitucional "[...] foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como uma nova Constituição, em virtude do entendimento positivo e unânime de seus ministros quanto à revogação da Constituição de 1967"⁵⁵. Por isso, é considerada a sétima Constituição brasileira.

A Junta Militar que governava o país desde 1964, enfrentou várias manifestações populares e mobilizações de instituições civis que exigiam a volta da democracia, destacando-se a campanha "Diretas-Já". Frisa-se que este foi um movimento político de cunho popular que teve como objetivo a retomada das eleições diretas ao cargo de presidente da República. Ele começou em maio de 1983 e durou até 1984, tendo mobilizado milhões de pessoas em comícios e passeatas. Contou com a participação de partidos políticos, representantes da sociedade civil, artistas e intelectuais. Mesmo sendo marcado por significativo apelo popular, o processo de eleições diretas só ocorreu em 1989⁵⁶.

Tendo em vista a abrangência do movimento que envolvia a campanha das "Diretas-Já", os militares foram obrigados a admitir a eleição de uma Assembleia Constituinte, com o objetivo de elaborar uma nova Constituição para o país. Seus trabalhos se iniciaram fevereiro de 1987 e finalizaram em outubro de 1988. Assim, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a vigente Constituição da República Federativa do Brasil.

Atribuiu-se a ela o objetivo de buscar sempre a defesa de direitos, a igualdade e a fraternidade como fundamento, sendo "[...] valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]"⁵⁷. E isso fica ainda mais evidente ao estudar-se a sua própria formulação dos direitos fundamentais. Prova disso é a positivação expressa do Capítulo II, que arrolou uma série de garantias, resultado da passagem histórica acima referida. São elas: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, de nacionalidade, políticos e direitos ligados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos são relacionados a pessoa humana, objetivando a liberdade jurídica. Eis uma forte influência das constituições francesa e americana, tutelando um direito de primeira geração, no artigo 5º e seus incisos. Já os direitos sociais constituem-se naqueles direitos positivos, que exigem uma garantia ativa do estado social. Objetiva-se, com eles, uma igualdade social. Vale referir que estas manifestações de defesa

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵⁵ RICCITELLI, 2004. *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁶ COELHO, Claudio Novaes Pinto. "Jango", de Sílvio Tendler, e a crítica do populismo. In: VALLE, Maria Ribeiro do (Org.). *1964-2014: Golpe Militar, História, Memória e Direitos Humanos*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014. p. 137- 46.

⁵⁷ BRASIL. *Op. cit.*, 2014, p. 4.

social, costumam despontar com ainda mais força após períodos de grande instabilidade política. Foi o que aconteceu, após anos de restrições ditatoriais.

Já o direito a nacionalidade busca garantir que todo o indivíduo possa gozar da proteção de um estado e, em contrapartida, que esse estado tenha força de lhe exigir obrigações constitucionalmente. É a garantia do exercício da cidadania, como conceito jurídico, ao participar de forma ativa nos negócios do estado, exercendo seu direito político de votar e ser votado, conforme artigo 14. Por último, há a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos, justamente arrolado por seu um direito fundamental por constituírem entidades importantes na manutenção do estado democrático de direito, tanto é assim que esta liberdade não existe em períodos autoritários⁵⁸.

Portanto, a sabedoria e as virtudes das mulheres velhas e jovens não chegam instantaneamente, mas são obras em andamento. Vão depender de suas vivências pessoais, experiências, da forma como lidam com as ameaças, os insultos, as agressões e, principalmente, de sua força de resistência, uma vez que "[...] ninguém poderá extinguir o estopim dourado, e ninguém poderá matar sua guardiã subterrânea"⁵⁹, resguardada em memória, e em constante processo de aprendizado.

Nossa Constituição é a Lei Maior do país e possui muitas virtudes, fruto de encontros e desencontros através da história. Desfruta de imperatividade e supremacia sobre todas as demais leis brasileiras, devendo, portanto, ser conhecida e exercitada conscientemente por todos os cidadãos que, por sua vez, necessitam organizar-se e cooperar na promoção e proteção de seus direitos/deveres [...]⁶⁰.

Por último, destaca-se que a leitura da obra “A Ciranda das Mulheres Sábias - ser jovem enquanto velha, velha enquanto jovem”, permite observar a homenagem feita àquelas mulheres que acumulam sabedoria durante os caminhos percorridos pela longa vida, apresentando o arquétipo da mulher sábia do qual a avó é uma representação simbólica do feminino. Esta também é vista com uma força vital, que por meio de seus conhecimentos ancestrais vem se esforçando na tarefa de resguardar direitos fundamentais, apesar das inconstâncias e arbitrariedades políticas. E assim o faz a partir da atuação conjunta com sua guardiã, do artigo 102, para que não se perca o foco e o respeito à dignidade da pessoa humana dentro do Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

A Constituição, como anciã guerreira, tem por objetivo respeitar os valores sociais e garantir a segurança necessária para promover o bem de todos, mesmo que em determinados momentos de conflitos, ameaças e insegurança questione-se a sua

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*

⁵⁹ ESTÉS, Clarissa Pinkola. *Op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ KINOSHITA, Fernando; MELO, Marco Aurélio de. (Orgs.). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: OAB Editora, 2003. nota dos organizadores.

importância e seus fundamentos. Nota-se por essa exposição que, ao longo das constituições modernas e brasileiras, diversos saberes foram sendo acumulados e igualmente mostraram-se necessários para a emergência deste instrumento atual, protegida pelo Supremo Tribunal Federal, como poder jurídico capaz de resguardá-la.

De fato, todas as conquistas são fruto da sabedoria adquirida por esta anciã e suas ancestrais, mesmo que antes de alcançar este ponto, acabou-se por atravessar períodos ameaçadores e instáveis para a democracia. Por isso, igualmente afirma-se que a positivação de uma série de direitos fundamentais não garante necessariamente a proteção dos indivíduos governados por ela. Mas a sabedoria da Constituição está justamente neste ponto, reconhecendo-a como Atenas, sábia e guerreira, à medida em que, ao longo dos anos, apreende estratégias inteligentes, sempre em sua construção.

Respondendo o problema desta pesquisa, os saberes históricos acumulados por este arquétipo feminino refletiram na positivação da Constituição Federal de 1988, já que ela é fruto de todas as essas outras Constituições (substantivo feminino) que a ensinaram – mesmo que a duras penas – uma série de estratégias para a sobrevivência da social-democracia, pela perpetuação de suas memórias. Porém, encontra dificuldades em afirmá-los no plano fático, já que nesse contexto observa-se a possibilidade de arbitrariedades políticas expressas sua aplicação, que frequentemente não resguarda o maior interesse da sociedade e da pátria.

Portanto, afirma-se que uma das possibilidades a serem ensinadas e aprendidas no tempo presente é esta falibilidade na representatividade de fato, assumindo uma postura a fim de permitir alternativas aos cidadãos. Por exemplo, que o povo intervenha diretamente com plebiscitos, sem que seja necessário um aval do Legislativo. Ou, ainda, para que o povo possa iniciar um processo contra o presidente sem intervenção do presidente da câmara. Mesmo assim, não se exime a importância da memória dessa construção histórica, que pode resistir até mesmo aos tempos sombrios, sempre em um processo inacabado, na busca pela proteção de direitos fundamentais, para que se afirmem as suas previsões com efetividade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. A CIA e a técnica do golpe de Estado. In: VALLE, Maria Ribeiro do (Org.). *1964-2014: Golpe Militar, História, Memória e Direitos Humanos*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

BEIJATO JUNIOR, Roberto. *Teoria Ontológica do Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1891*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em 24 fev. 2020a.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1934*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 24 fev. 2020b.

BRASIL. *Constituição da República dos Estrados Unidos do Brasil – 1946*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em 24 fev. 2020c.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1967*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em 24 fev. 2020d.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. *As Constituições brasileiras (1824, 1891 e 1934)*. Tribunal Regional do Rio Grande do Norte; Coordenadoria de Gestão da Informação. Natal: TER-RN, 2016.

BUENO, Chris. 30 anos da Constituição Cidadã. *Cienc. Cult.* São Paulo, v. 70, n. 4, p. 11-13, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/ziNp0>. Acessado em 04 set. 2020.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007.

COELHO, Claudio Novaes Pinto. “Jango”, de Sílvio Tendler, e a crítica do populismo. In: VALLE, Maria Ribeiro do (Org.). *1964-2014: Golpe Militar, História, Memória e Direitos Humanos*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

COLORADO WOMEN'S HALL OF FAME. *Clarissa Pinkola Estés, Phd*. Disponível em <https://www.cogreatwomen.org/project/clarissa-pinkola-estes/>. Acesso em 04 fev. 2020.

ESTÉS, Clarissa Pinkola. *A Ciranda das mulheres sábias - ser jovem enquanto velha, velha enquanto jovem*. Tradução de Waldeá Barcellos. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

FAJARDO, Jacqueline Nicastro. *Atena Homérica: um estudo sobre a caracterização da deusa na Ilíada e na Odisseia*. Dissertação (Mestrado em Letras) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

FOUCAULT, Michel. *Estética: literatura e pintura, música e cinema*. Tradução de Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 827-865, set./dez. 2017.

KINOSHITA, Fernando; MELO, Marco Aurélio de. (organizadores). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: OAB Editora, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, José César de. As modificações e o contexto jurídico-político da Independência do Brasil e o processo constitucional brasileiro. *Revista ATHENAS*. [S.l.], v. I, jan-jun., 2012. Disponível em: <https://bitly.com/JyEvp>. Acesso em 15 set. 2020.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero - o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional - O Processo Legislativo, a Organização dos Poderes e o Sistema Tributário do Município e da União*. São Paulo: ASR Editora, 2004.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Barueri: Manole, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Os princípios constitucionais fundamentais. *R. Trib. Reg. Fed. 1ª Reg.* Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez., 1994.

VEMANT, Jean-Pierre. *Mito e religião na Grécia antiga*. Tradução de Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

Data de Recebimento: 05/10/2020.

Data de Aprovação: 22/02/2021.

VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL E SOCIEDADE DE RISCO: COEXISTÊNCIA POSSÍVEL?

PROHIBITION OF SOCIO-ENVIRONMENTAL RETROCESSION AND SOCIETY OF RISK: POSSIBLE COEXISTENCE?

*Claudia Karina Ladeia Batista**
*Magda Rocha Rodrigues de Oliveira***

RESUMO

Diz o artigo 225, caput, da Constituição Federal, que a todos é assegurado o direito fundamental e intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e de toda sociedade defendê-lo e preservá-lo não apenas para a presente, mas também para as futuras gerações. Entretanto, o que se verifica na política ambiental brasileira nos últimos dois anos, é o afrouxamento ou flexibilização da legislação ambiental e enfraquecimento dos órgãos de fiscalização, em absoluto desacordo com o princípio da vedação de retrocesso. Nesse viés, o presente trabalho, realizado por meio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, busca demonstrar que, no atual contexto da Sociedade de Risco, é preciso que seja rechaçada toda e qualquer forma de retrocesso em relação a normas de proteção ambiental já estabelecidas, pois delas depende o equilíbrio ecológico, não sendo possível falar em respeito ao Princípio da Dignidade Humana em um ambiente insalubre e ecologicamente desequilibrado.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Preservação; Igualdade Intergeracional; Sociedade de Risco.

ABSTRACT

Says article 225, caput, of the Federal Constitution, that everyone is guaranteed the fundamental and intergenerational right to an ecologically balanced environment, being the duty of the Public Power and of the entire society to defend and preserve it not only for the present, but also for the future generations. However, what has been verified in Brazilian environmental policy in the last two years, is the loosening or easing of environmental legislation and weakening of the supervisory bodies, in absolute disagreement with the principle of prohibition of retrogression. In these terms, the present work, carried out by the deductive method and bibliographic research, seeks to demonstrate that, in the current context of the Risk Society, it is necessary to

* BATISTA, Claudia Karina Ladeia. Doutora em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Docente nos cursos de Graduação em Direito e Especialização em Direitos Humanos na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. Ministra disciplinas na área de direito civil, ambiental, agrário e urbanístico. Autora e organizadora de livros na área de direito. Membro de conselho editorial e parecerista de revistas jurídicas. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3554591661669950>. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com e claudiabatista@uems.br.

** OLIVEIRA, Magda Rocha Rodrigues de. Especialista em Direito Público pela Faculdade IBMEC São Paulo. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8656384430870419>. E-mail: magda.rroliveira@gmail.com.

reject any and all setbacks in relation to existing environmental protection standards, because it depends on the ecological balance, and it is not possible to talk about respect for the Principle of Human Dignity in an unhealthy and ecologically unbalanced environment.

Keywords: Environment; Preservation; Intergenerational Equality; Society of Risk.

INTRODUÇÃO

A humanidade vive um período de complexidade jamais visto anteriormente, presenciando um contexto de inúmeras incertezas quanto às consequências advindas das intensas transformações causadas ao meio ambiente ao longo dos anos. Com a ascensão do capitalismo e os crescentes e rápidos avanços tecnológicos, o Direito passou a proteger, com mãos firmes, a propriedade, o capital e a economia, deixando de lado as preocupações com os danos ambientais, pois a sociedade, durante muitos anos, acreditou que tais danos eram apenas uma consequência decorrente e necessária da modernidade, mantendo a falsa sensação de que sempre haveria uma solução para os impactos ambientais.

O mundo passou da “modernidade” para a chamada “Sociedade de Risco”, onde os efeitos - muitas vezes invisíveis - dos danos ambientais têm se espalhado rapidamente, trazendo consequências irreversíveis e atingindo toda as formas de vida no Planeta. A poluição alarmante, fruto dos avanços industriais, vem, pouco a pouco, mudando a vida das pessoas, diminuindo a qualidade de vida, causando um número cada vez maior de doenças e contribuindo para o atual cenário de desequilíbrio climático. O cerne da preocupação, no entanto, não gira apenas nas consequências para a presente geração, mas, principalmente, para as futuras.

O presente trabalho, realizado por meio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, tem como objetivo analisar, dentro do atual contexto da sociedade de risco, a relevância do Princípio da Vedação ao Retrocesso no que tange à proteção do direito fundamental e intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitucionalmente previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, buscando, assim, demonstrar a ligação entre o a manutenção de um meio ambiente saudável e o Princípio da Dignidade Humana. Busca ainda apresentar, por meio da breve análise acerca da revogação das resoluções 302/2002 e 303/2002, que a política ambiental brasileira desenvolvida no governo Bolsonaro não se apresenta em consonância com o princípio da vedação de retrocesso.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto um direito fundamental

A vasta gama de direitos fundamentais hoje positivados não surgiu a partir da inércia, pelo contrário, a conquista de tais direitos é fruto dos anseios e reivindicações da

sociedade. Rudolf Von Ihering, em sua obra “A Luta Pelo Direito”, ensinou que o direito nasce da antítese formada pela paz e a luta, pois a paz é a finalidade do direito, enquanto a luta é o meio para obtê-lo¹.

Os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política. Não se pode ignorar que foram impostos politicamente no meio de ferozes lutas, de revoluções, de guerras civis e de outros acontecimentos “de ruptura”. A lista de pessoas que lutaram reivindicando direitos é muito extensa e a historiografia de qualquer país relata inúmeras mortes em nome da liberdade e da igualdade².

A partir de uma análise histórica acerca dos direitos fundamentais, percebe-se que a Revolução Francesa foi um marco no que tange à positivação dos Direitos Fundamentais, pois, por meio das reivindicações sociais e das lutas que delas decorreram, deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo este o primeiro documento que trouxe, expressamente, que “os homens nascem livres e iguais em direitos” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, art. 1º). Conforme bem explica Bobbio, durante a Revolução Francesa os revolucionários lutaram “pela própria emancipação e pela liberdade do próprio povo”³, originando, assim, os denominados direitos fundamentais de *status* negativos, que são aqueles que objetivam limitar a intervenção estatal sobre os indivíduos⁴.

Os direitos de *status* negativos serviram de base ao denominado princípio da não intervenção estatal, porém, com advento da industrialização, a humanidade, principalmente a classe operária, passou a sofrer com as péssimas condições de vida e trabalho que lhes era imposta, o que corroborou para o surgimento de reivindicações por uma maior atuação do Estado. Esse descontentamento culminou na Revolução Industrial, que, por sua vez, acarretou o surgimento dos direitos de *status* positivos, denominados direitos sociais, “que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida.”⁵. Surge, então, a figura do Estado Social de Direito, ápice dos direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), que englobou para si os já conquistados direitos negativos, mas de dimensão preponderantemente positiva⁶.

Insta aqui salientar que os direitos sociais devem ser a base de todo e qualquer ordenamento jurídico, pois as necessidades humanas são inesgotáveis, e, existindo governo, este deve ser voltado ao bem comum e à supremacia do interesse público. Dada a relevância dessa classe de direitos, Bobbio explica que a seara dos direitos sociais está

¹ IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Leme/SP: Edijur. 2012. p. 11.

² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.

³ BOBBIO, Norberto. Tradução de Nelson Carlos Coutinho. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. 40.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 50.

⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 51.

⁶ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 24.

sempre em constante mudança, pois o mundo não é estático, e em cada época surgem novas demandas sociais⁷.

Compõem, ainda, a divisão clássica dos direitos fundamentais, os direitos políticos, que permitem que os indivíduos possam participar da esfera política estatal, e, desde as declarações do século XVIII já há previsão da participação do povo nas decisões do Estado, tendo em vista que o pleno exercício dos direitos políticos é característica essencial para a existência de qualquer Estado dito democrático⁸.

A divisão em direitos de *status* negativos, direitos sociais e direitos políticos forma a tradicional classificação tripartite dos Direitos Fundamentais, que se baseia na relação entre o Estado e o indivíduo, abrangendo somente os direitos de titularidade individual, não reconhecendo os direitos de titularidade transindividual (direitos de terceira geração), que são garantidos pelas Constituições Modernas – que é onde estão inseridos os direitos ambientais. Tais direitos tiveram origem após a Segunda Guerra Mundial, pois, a partir daquele momento histórico, a humanidade passou a perceber que existem direitos dos quais toda a coletividade é titular, não podendo individualizar quem os detém e cuja violação afeta a todos. Nesse sentido, Dimoulis explica que “o exercício individual desses direitos ou contraria a sua natureza (tutela ambiental, solidariedade) ou revela-se inviável na prática (tutela do consumidor)”⁹.

Surgem, então, os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos, que, no ordenamento jurídico pátrio, como já mencionado no presente trabalho, são diferenciados pelo artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

Art. 81 [...]

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Como já explanado, a Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput*, conferiu *status* de direito fundamental ao direito intergeracional de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Insta ressaltar que, ao inserir em seu bojo o direito ambiental, a Constituição se direcionou por uma visão antropocêntrica¹⁰, porém não aquela visão antropocêntrica que visa única e exclusivamente interesses humanos, mas

⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 20.

⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 52.

⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁰ LEITE, José Rubens Morato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011. p. 161.

sim um antropocentrismo suavizado, denominado “antropocentrismo alargado”¹¹, uma vez que considerou o ambiente como bem de uso comum do povo, dando-lhe caráter difuso de macrobem, ressaltando, assim, a relação de interdependência entre a natureza e o ser humano.

O art. 225 estabelece uma visão ampla de ambiente, não restringindo a realidade ambiental a mero conjunto de bens materiais (florestas, lagos, rios) sujeitos ao regime jurídico privado, ou mesmo público stricto sensu; pelo contrário, confere-lhe caráter de unicidade e de titularidade difusa [...]¹².

Segundo Fiorillo¹³, a Constituição Federal, ao elencar o meio ambiente como direito de todos, não deixou dúvidas de que se trata de um direito difuso, cuja titularidade não pode ser individualizada, sendo indeterminada e indeterminável. Assim, levando-se em consideração que todo ser humano depende dos recursos naturais para sua sobrevivência, bem como todas as demais espécies, é possível afirmar que, quando há uma lesão a um bem ambiental, toda a coletividade é lesada.

Vê-se, portanto, que não há como negar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, sendo a preservação dos recursos naturais intrínseca à proteção e perpetuação da vida, não só humana, mas de todas as espécies. Destaca-se, aqui, que os direitos de cunho ambiental se ligam intimamente com o Princípio da Dignidade Humana e com o dito mínimo existencial, sendo de suma importância para a continuidade da vida humana, justamente por isso, tanto no ordenamento jurídico interno quanto no internacional, a proteção do meio ambiente está entre os temas mais urgentes¹⁴.

Nesse sentido, nota-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais (e básicos), pois está ligado ao direito à vida, indo além, já que sem equilíbrio ecológico a sobrevivência torna-se insuportável.

Meio ambiente e vida digna: dissociação inviável

Não há que se falar em vida digna onde há desrespeito e violações aos direitos fundamentais do indivíduo. Assim, sendo o meio ambiente equilibrado um direito

¹¹ LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato. PERALTA, Carlos E. (Org.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Planeta Verde, 2014. p. 22. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf. Acesso em 25 jan. 2021.

¹² LEITE, José Rubens Morato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Op. cit.*, p. 161.

¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

¹⁴ NIECHENSKI, Luísa Zuardi. Aspectos contemporâneos do Direito Humano ao Meio Ambiente: Reconhecimento e Efetivação. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017. p. 177.

fundamental, nos termos do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, fruí-lo é pressuposto para que o homem viva dignamente. Importante ressaltar que, na seara dos direitos de cunho ambiental, “vida digna” abrange tanto o equilíbrio do meio ambiente natural quanto do meio ambiente urbano (adequadas condições de habitabilidade).

Aliás, o direito ao meio ambiente saudável, além de estar ligado ao Princípio da Dignidade Humana, foi alçado como integrante do rol dos direitos humanos. Nesse sentido, diz o Princípio I da Declaração de Estocolmo, 1972:

O ser humano tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições de vida adequadas, num meio ambiente de uma qualidade tal que permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem uma responsabilidade solene de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e as futuras.

Nota-se que há, aqui, um direito que é, ao mesmo tempo, um dever. Ora, todos têm o direito de usufruir de um meio ambiente saudável e equilibrado para poder viver dignamente, mas ninguém pode se eximir do dever de protegê-lo, tendo em vista que o ambiente saudável e equilibrado é pressuposto para que o homem possa viver e se desenvolver de forma digna – aqui reside o fundamento da tão grande importância conferida à preservação ambiental, pois em um ambiente desequilibrado não há como garantir, por exemplo, o direito à vida, à saúde e ao bem-estar, que são integrantes do denominado “mínimo existencial”.

Cabe ressaltar que a inclusão do direito ambiental no rol dos direitos humanos, bem como sua ligação com o Princípio da Dignidade Humana, demonstra uma visão antropocêntrica, pois, como bem explica Bosselmann¹⁵, “sem a inclusão do meio ambiente, os direitos humanos correriam o perigo de perder sua função central, qual seja a proteção da vida humana, de seu bem-estar e da sua integridade”. Mas há correntes que rechaçam esse viés integralmente antropocêntrico, e, justamente pelo fato de que a proteção ambiental deve abranger todas as formas de vida, concomitantemente com o fato de que as atividades antrópicas são responsáveis por muitos danos ambientais irreparáveis, surgiu, em detrimento ao Antropocentrismo Clássico, que defende que o homem é o centro do meio ambiente, uma corrente de pensamento denominada Ecologia Profunda (*deep ecology*), pela qual não deve haver “superioridade” do ser humano em relação aos demais seres vivos, tendo em vista que a humanidade é apenas uma das espécies que habitam o Planeta, sendo parte integrante do meio. Assim, segundo Capra¹⁶, a Ecologia Profunda “reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida” – vê-se, aqui, que tanto o Antropocentrismo Clássico, quanto o Ecocentrismo (ecologia profunda), são dois

¹⁵ BOSSELMANN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 91.

¹⁶ CAPRA, Fritjof. Tradução de Newton Roberval eichemberg. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 12.

extremos contraditórios de uma mesma discussão, que é a importância da proteção e preservação ambiental.

Como forma de ponderação entre esses dois conceitos extremos, surgiu então a corrente do denominado Antropocentrismo Alargado¹⁷, pelo qual o homem é tido como o “guardião” de toda a biosfera, tendo em vista que é o único ser dotado de racionalidade e capaz de, com seus atos, promover a proteção do meio ambiente. Assim, mesmo tendo o homem como figura central da discussão ambiental, uma vez que o direito fundamental ao meio ambiente está ligado à dignidade e ao já analisado mínimo existencial, o Antropocentrismo Alargado vem romper com a visão estritamente econômica do meio ambiente, trazendo a proteção do meio ambiente como um requisito primordial para a perpetuação da espécie humana e de todas as demais¹⁸. Dessa forma, percebe-se que a Constituição Federal baseou o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado numa visão antropocêntrica, porém pode-se dizer que o legislador, ao se preocupar com as futuras gerações, bem como ao explicitar que a proteção ambiental é um dever do Poder Público e de toda sociedade, adotou o antropocentrismo alargado.

Mínimo existencial ecológico

Todo ser humano possui o direito de viver com dignidade, e, para tanto, necessária se faz a atuação estatal em prol da garantia dos direitos básicos e essenciais. O mínimo existencial, em linhas gerais, se constitui nas condições minimamente necessárias para a efetivação da dignidade humana, correspondendo, portanto, ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, referindo-se àqueles direitos essenciais que não podem ser retirados, pois isso implicaria violação à dignidade do ser humano.

Esse mínimo existencial há que ser identificado em duas dimensões distintas: de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo[...]¹⁹.

Ter os direitos fundamentais respeitados é a maior garantia conferida ao ser humano, cabendo ao ordenamento jurídico de qualquer Estado dito Democrático de Direito garantir a efetividade de tais direitos.

Entre os direitos fundamentais está o direito à vida, que não significa apenas sobreviver, mas, sobretudo, significa viver em condições mínimas de desenvolvimento. É justamente por isso que é tão intrínseca a ligação entre o direito à vida e o direito

¹⁷ LEITE, José Rubens Morato. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato. PERALTA, Carlos E. (Org.). *Op. cit.*, p. 22.

¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A necessidade do alcance do mínimo existencial ecológico para garantia da dimensão social da sustentabilidade. *Revista Direito à Sustentabilidade*. Unioeste, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/download/11054/7881>. Acesso em 25 set. 2020.

fundamental ao meio ambiente equilibrado, pois não há como desenvolver-se e usufruir de direitos básicos em um ambiente em desequilíbrio.

Explica Molinaro²⁰, que a garantia de um mínimo existencial ecológico está relacionada com o princípio da vedação ao retrocesso ambiental e também ao denominado Estado Socioambiental de Direito, implicando, assim, que os cidadãos tenham as mínimas condições necessárias para viver e se desenvolver com segurança, liberdade e igualdade e, para tanto, é preciso a existência de um ambiente saudável.

A partir do momento em que o Direito ambiental passou a ser visto sob a ótica da constitucionalidade, e não apenas da legalidade, houve uma repercussão direta na atuação do Poder Público e também de toda a coletividade, pois não há como negar a existência de uma obrigação socioambiental que todos têm de implementar e pautar todo e qualquer comportamento no princípio da sustentabilidade e nos ideais de preservação do meio ambiente. Nesse viés, torna-se necessário que os Estados possibilitem a juridicização de instrumentos que sejam capazes de garantir a proteção ambiental, afastando do ordenamento atual a ideia errada de que ao Direito cabe apenas controlar os riscos ambientais previsíveis e evidentes, pois, ao contrário, é preciso coibir, também, riscos imprevisíveis e futuros (Princípio da Prevenção).

[...] estimula-se um processo de transformação no qual o Estado e Sociedade passam a influenciar conjuntamente no cenário ambiental, tomando conhecimento do estado de crise e munindo-se de aparatos jurídicos e institucionais desenhados para assegurar o equilíbrio ecológico como requisito essencial à sadia qualidade de vida²¹.

Nota-se que a garantia ao mínimo existencial ecológico está intimamente ligada com um ordenamento jurídico que abarque os elementos jurídicos, sociais e políticos necessários à criação de uma situação ambiental que propicie o pleno desenvolvimento humano, onde possa haver equilíbrio entre a dignidade humana e a qualidade do meio ambiente, sem que um anule o outro, mas, pelo contrário, que se completem. As questões e problemas sociais, infelizmente, estão intimamente ligadas com os problemas ambientais, e, muitas vezes, agravam umas às outras.

Nota-se que a proteção ao mínimo existencial, anteriormente relacionada apenas aos direitos e garantias individuais e sociais, incorporou em seu conceito um ideal socioambiental, passando a englobar, também, a proteção ambiental, visto que é elemento essencial ao desenvolvimento humano e pressuposto para a garantia de todos os demais direitos fundamentais. Sem ambiente não há vida e, sem vida, não há direitos²².

Tomemos por exemplo um local que não há acesso à água potável, será que, nessa situação há garantia de direitos? Será que há vida digna nesse local? A resposta,

²⁰ MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental: proibição do retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 103.

²¹ LEITE, José Rubens Morato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Op. cit.*, p. 174.

²² THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental: No contexto da Sociedade de Risco*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 53.

infelizmente, é não. Se uma pessoa não tem garantido um bem tão fundamental para a sobrevivência que é a água, quiçá verá efetivado os demais direitos fundamentais.

É possível perceber nitidamente o caráter antropocêntrico dado à proteção ambiental, no que se refere a sua relação com os direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade Humana, justamente porque faz-se necessário que haja um certo grau de antropocentrismo em torno do tema, não significando que o homem é o centro da biosfera, mas apenas porque a humanidade é, dentre as espécies que habitam o Planeta, a única que possui racionalidade e consciência para reconhecer a importância dos seus próprios direitos e, logicamente, porque o ser humano é também parte integrante da natureza²³. As ações humanas, assim como foram altamente responsáveis pelo atual estado de fragilidade ecológica, são as únicas capazes de frear e reverter esse processo de degradação. Todas as espécies, incluindo aqui a fauna, a flora e os micro-organismos, são importantíssimas para o equilíbrio ecológico, mas apenas o homem é dotado de racionalidade suficiente para proteger tanto a própria espécie quanto as demais.

Sociedade de risco

Durante todo o processo de evolução e desenvolvimento da humanidade, o homem enfrentou e produziu riscos. O risco, de certa forma, é um evento natural, pois toda atividade é apta a originá-lo, porém, devido à vasta dimensão dos riscos vivenciados hoje – que atingem a todos indistintamente e, em maior grau, são capazes de colocar em risco a existência de todas as formas de vida –, percebe-se que estes riscos não surtem efeitos apenas para o homem, ou seja, não se trata de um fenômeno com consequências apenas antrópicas, vindo a atingir primordialmente o meio ambiente, tendo em vista que a crise ecológica vivida atualmente é apenas o reflexo de anos de exploração irresponsável e dos efeitos colaterais advindos da tão aclamada modernização – assim, convencionou-se que, hoje, se vive o período denominado por Ulrich Beck de “Sociedade de Risco”²⁴.

O citado autor, em sua obra, explica que a produção de riscos sempre existiu, mas que, atualmente, os riscos se diferenciam principalmente em decorrência da “globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas”²⁵. Segundo o autor – de cuja explanação não há como discordar – os riscos, na realidade social contemporânea, são “um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior”²⁶. O que se depreende de tal premissa, então, é que os riscos são tão antigos quanto à própria noção de sociedade civilizada, porém, dentro de um contexto de avançado estágio de desenvolvimento tecnológico e social, os riscos atuais têm o potencial de desencadear efeitos, por vezes, irreversíveis.

²³ BOSSELMANN, Klaus. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Op. cit.*, p. 93.

²⁴ BECK, Ulrich. Tradução de Sebastião Nascimento. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

²⁵ BECK, Ulrich. Tradução de Sebastião Nascimento. *Op. cit.*, p. 26.

²⁶ *Ibidem*, p. 26.

Impende salientar, ainda, a importante observação de Beck, no sentido de que a sociedade vem tentando, há muito, se reestruturar e se adequar à produção de riscos e aos efeitos que deles advém, tendo em vista que tais efeitos afetam não só a saúde humana – pensando nos danos ambientais – mas também está por trás das desigualdades socioeconômicas.

Assim, ensina o autor que

[...] Torna-se exemplarmente claro, nesse caso, do que realmente se trata a disputa definitiva em torno dos riscos: não apenas dos problemas de saúde resultantes para a natureza e o ser humano, mas dos efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos desses efeitos colaterais [...]. Emerge assim, na sociedade de risco, em pequenos e em grandes saltos – em alarmes de níveis político das catástrofes. Sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade. A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.²⁷

Convive-se, hoje, com todos os males advindos do capitalismo e do consumismo exacerbado, cujos princípios pregaram, durante anos, que o desenvolvimento econômico deveria se sobrepôr a toda e qualquer limitação. A busca cega pelo desenvolvimento gerou a sensação de que tudo poderia ser revertido – inclusive os danos ambientais. Foram séculos de exploração ambiental irresponsável até que o homem percebesse algo simples, que é o “mero” fato de que os bens ambientais são finitos e esgotáveis. Na dita Sociedade de Risco há a clara - e assustadora - noção de que a humanidade, por meio de seus atos, tem o poder de se autodestruir.

[...] Pode-se virtualmente dizer que as constelações da sociedade de risco são produzidas porque as certezas da sociedade industrial (o consenso para o progresso ou a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos) dominam o pensamento e a ação das pessoas e das instituições na sociedade industrial. A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos aos seus próprios efeitos e ameaças²⁸.

O processo de desenvolvimento industrial e tecnológico pelo qual passou – e continuamente passa – a humanidade sempre foi acompanhado de efeitos nocivos ao meio ambiente, e, durante muitos anos essas consequências foram minimizadas, porém, hoje, no atual estágio da Sociedade de Risco, é possível perceber que todas as ameaças advindas de desse tão almejado desenvolvimento se tornaram reais e concretas. Não há mais espaço para a ideia de desenvolvimento ilimitado, vez que o próprio processo em que se dá a modernização possui autolimitações. Assim, como sabiamente explica Beck²⁹, as sociedades modernas convivem com os limites impostos pelo seu próprio modelo,

²⁷ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 28.

²⁸ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Tradução de Magda Lopes. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 17.

²⁹ *Ibidem*, p. 19-21.

adaptando-se a uma ampla variedade de riscos globais. O autor explica, ainda, que há, hoje, um reconhecimento, por parte da população mundial, da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento industrial e tecnológico, o que exige uma autorreflexão, pois “no autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria”³⁰.

Explica Thomé³¹ que, ao contrário do que ocorreu nas sociedades anteriores, hoje os impactos ambientais causados pelo desenvolvimento econômico, industrial e tecnológico, infelizmente, não passam despercebidos. Na verdade, pode-se dizer que o constante crescimento das forças produtivas se torna um catalisador de forças destrutivas, num círculo vicioso que assola cada vez mais os recursos naturais disponíveis. Os riscos advindos da modernização não são mais analisados num contexto local, mas sim mundial, pois causam ameaças globais, que afetam toda a humanidade e, conseqüentemente, causam impactos não só ambientais, mas também sociais e políticos.

A atividade antrópica, como já dito, sempre causou impactos ambientais, mas, tendo em vista que tais impactos ocorreram durante séculos silenciosamente, sem fazer “alarde”, demorou para que a humanidade tivesse consciência da magnitude dos prejuízos causados. Os riscos, muitas vezes invisíveis e sensorialmente imperceptíveis, causaram danos ambientais irreversíveis, como a mudança climática do planeta e a disseminação de doenças causadas pela poluição e degradação do meio ambiente³². A sensação que se tem é a de extrapolação de limites, ou seja, a noção de que a Terra já não é mais capaz de produzir o suficiente para atender as demandas da sociedade atual.

Não obstante, na Sociedade de Risco a preocupação não repousa apenas sobre os riscos presentes e certos, que já estão ocorrendo, mas também há os riscos futuros, cuja existência é incerta. Há um duplo dever, que é inibir os riscos já existentes e precaver-se antecipadamente para coibir os futuros, tendo em vista uma das principais características do direito ambiental, que é a de ser um direito intergeracional.

Sobre os riscos, adverte Thomé³³ que:

A grande dificuldade em se trabalhar com riscos é que eles não são evidentes, não são aparentes. Ademais, apresentam-se, de forma dúplice, como reais e irreais. Irreais na medida em que seus efeitos são imperceptíveis no momento da análise, e reais tendo em vista suas inevitáveis conseqüências sobre o meio ambiente e saúde humana, verificáveis com o decurso do tempo. [...]

Ao analisar a dinâmica da Sociedade de Risco, Ulrich Beck³⁴ frisou que, ao contrário do que ocorreu durante todo o período da sociedade industrial, no atual período de risco não há que se falar em distribuição de bens e riquezas, mas sim em distribuição de

³⁰ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Op. cit.*, p. 22.

³¹ THOMÉ, Romeu. *Op. cit.*, p. 16.

³² *Ibidem*, p. 17.

³³ *Ibidem*, p. 21.

³⁴ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Op. cit.*, p. 267.

prejuízos. Para o autor, há, na Sociedade de Risco, uma globalização dos efeitos colaterais do modelo socioeconômico adotado mundialmente. Há uma constante sensação de insegurança, vez que tais efeitos refletem no capital econômico, fazendo com que os mercados entrem em colapso e, somada a toda esta gama de preocupações está a questão ecológica.

O referido autor explica, também, que a sociedade vive, hoje, sob a égide da denominada “modernização reflexiva”, que é o “estágio em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica”³⁵. O próprio dinamismo característico da modernidade causa uma (auto)destruição nos parâmetros já estabelecidos. Na sociedade de risco, as certezas deram lugar às inseguranças.

Ante todo o exposto, nota-se que, atualmente, a humanidade convive com os riscos a que deu causa, porém, mesmo com a certeza de que há, sim, efeitos colaterais advindos da exploração dos recursos naturais de forma irresponsável, a questão econômica muitas vezes ainda se sobrepõe às questões ambientais. Mas, conforme bem pontua Thomé³⁶, tais efeitos colaterais possuem caráter onipresente, tanto sobre o meio ambiente quanto sobre a qualidade de vida, e, dessa forma, as mesmas pessoas que insistem em produzir e lucrar com as atividades de risco, em algum momento serão também afetadas pelos danos que causam. A consequência prejudicial atinge a todos, indiscriminadamente.

Como já observado, há no contexto da sociedade de risco a clara noção do esgotamento dos recursos naturais, mas, em contrapartida, o desenvolvimento econômico e tecnológico segue em plena ascensão. Existe, sim, a ideia de limites ambientais, porém, dado o modelo capitalista no qual a sociedade está inserida, há quem considere mais lucrativo enfrentar os riscos, fazendo com o que o modelo de produção, hoje, seja marcado pelo risco permanente de desastres e catástrofes ambientais³⁷.

A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da sociedade industrial para a sociedade de risco), sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade.³⁸

É preciso, urgentemente, reanalisar e reformular os conceitos de desenvolvimento, progresso e crescimento econômico, vez que o modelo adotado atualmente está sendo insuficiente e impróprio para, ao mesmo tempo, satisfazer as necessidades básicas e proteger os recursos naturais que ainda estão disponíveis. Os efeitos oriundos da denominada “modernidade reflexiva” fazem com que a sociedade de risco seja um período não só de desequilíbrio ecológico, mas também social, culminando para o crescimento das

³⁵ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Op. cit.*, p. 12.

³⁶ THOMÉ, ROMEU. *Op. cit.*, p. 23.

³⁷ LEITE, José Rubens Morato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Op. cit.*, p. 151.

³⁸ *Ibidem*, p. 152.

desigualdades e má distribuição de recursos.

A proibição do retrocesso socioambiental como princípio indispensável no contexto da sociedade de risco

De acordo com o dicionário, retrocesso significa: “ato ou efeito de retroceder; retrocessão; movimento para trás, recuo, retirada; volta a um estado ou condição anterior; destruição gradual de algo (sociedade, sistema, instituição etc.) [...]”³⁹. E é justamente esse o sentido empregado no conceito do Princípio da Vedação ao Retrocesso que, tendo surgido na seara do direito constitucional, visa impedir que o legislador retroceda e reduza a proteção normativa conferida aos direitos fundamentais.

Tal noção surgiu na Alemanha, em decorrência da crise do denominado “Estado-Providência”, onde, por causa da tensão entre a capacidade orçamentária do Estado e o aumento da demanda por prestações estatais de cunho social fizeram com que, de um lado, o povo clamava por justiça social, principalmente em relação à seguridade social, e, de outro, o Estado discutia se existia ou não preservação dos direitos sociais já conquistados. Nesse contexto, pouco a pouco a jurisprudência alemã consolidou a ideia de proibição do retrocesso social (*Soziales Rückschrittsverbot*)⁴⁰.

No ordenamento jurídico pátrio, tal conceito é relativamente recente, significando, em linhas gerais, que uma legislação posterior não pode simplesmente extinguir direitos ou garantias já efetivados, especialmente os de cunho social, já garantidos, pois isso caracteriza um retrocesso, e permitir o retrocesso, no que tange aos direitos já garantidos, traz insegurança jurídica, o que fere a dignidade humana, pois a segurança jurídica é um direito fundamental garantido a todos.

Nesse sentido, explica Sarlet⁴¹:

[...] ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Cabe salientar, ainda, que o princípio da vedação ao retrocesso está relacionado com o princípio da proibição da proteção insuficiente, mas com ele não se confunde. A distinção reside no fato de que, enquanto este analisa o desenvolvimento material do direito fundamental protegido, ou seja, se tal direito está sendo efetivado de fato, aquele busca assegurar que os níveis de proteção já garantidos não retrocedam.

³⁹ MICHAELIS, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/retrocesso/>. Acesso em 26 set. 2020.

⁴⁰ THOMÉ, Romeu, 2014. *Op. cit.*, p. 92.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador / BA, n. 21, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-21-marco-2010-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

Vê-se, então, que o princípio em análise, originalmente voltado para os direitos de primeira e segunda gerações, pode – e deve – ser aplicado aos ditos direitos de terceira geração, especialmente em relação ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Assim, frente ao atual momento de crise ecológica experimentado pela humanidade, imprescindível se torna a proteção quanto às normas ambientais já estabelecidas, devendo ser rechaçada toda e qualquer forma de retrocesso no contexto jurídico socioambiental.

Ora, sendo o direito fundamental ao meio ambiente um direito de caráter intergeracional, cujas normas de proteção visam, principalmente, garantir o equilíbrio ecológico propício para a sobrevivência de todas as formas de vida no Planeta, não há como admitir que se operem retrocessos no que tange à legislação ambiental.

Nota-se, portanto, que, apesar de não estar expresso na Constituição e nas leis infraconstitucionais de cunho ambiental, o Princípio da Vedação ao Retrocesso pode ser encarado como um princípio balizador do Direito Ambiental, pois, no contexto da sociedade de risco, onde os efeitos da crise ecológica irradiam sobre todos, permitir que o legislador retroceda em nome de outros valores (econômicos, por exemplo), configura uma afronta direta à dignidade humana - e, não seria demasiado dizer, significa também uma autodestruição.

Sobre o princípio em análise, sábias foram as palavras de Molinaro⁴²:

Portanto, quando referimos o princípio de vedação da retrogradação ambiental, queremos afirmar uma proposição empírica, que através de uma eleição valiosa de nossa existência e de uma avaliação intergeracional, não consente ou previne que se retrocedam as condições ambientais prévias aquelas que desfrutamos no presente.

Compreende-se, assim, que o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental está intimamente ligado a segurança jurídica, pois se a sociedade já avançou no sentido de produzir normas que visam a proteção e preservação ambiental, não há como admitir tamanho retrocesso a ponto de que a proteção seja reduzida.

É preciso, porém, fazer a ressalva de que a vedação ao retrocesso não pode se opor ao constante desenvolvimento humano, mas, por outro lado, o desenvolvimento da sociedade não pode ser cego, devendo, sempre, ser pautado nas premissas socioambientais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável.

⁴² MOLINARO, Carlos Alberto. *Interdição da Retrogradação Ambiental – Reflexões sobre um princípio*. In: BRASIL, Senado Federal. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. 2012, p. 89. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

Política ambiental brasileira e inobservância ao princípio da proibição do retrocesso socioambiental: breve análise acerca da revogação das resoluções 302/2002 e 303/2002

Ainda na temática da vedação ao retrocesso socioambiental, cabe aqui mencionar uma recente – e problemática – postura adotada pelo Ministério do Meio Ambiente, onde, por meio de uma decisão altamente questionável, tomada durante a 135ª reunião do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), ocorrida em 28 de setembro de 2020, foram revogadas, entre outras, as resoluções 302 e 303/2002, que versam sobre a restrição ao desmatamento e a ocupação em áreas de preservação permanente, como restingas e manguezais. As revogações tiveram por base os artigos 4º e 6º do Código Florestal e no artigo 2º da Lei n. 11.428/2016, normas que, inclusive, são objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902 e 4903, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal⁴³.

O questionamento acerca da constitucionalidade das revogações rapidamente chegou ao Judiciário, por meio do ajuizamento de uma ação popular, e, em primeira instância, outro não foi o entendimento da Juíza Federal Maria Amélia Carvalho, da 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que, ao exarar sua decisão, destacou que deveria ser suspensa a revogação das citadas resoluções, pois tal ato daria margem a danos irreversíveis ao meio ambiente. Vejamos:

[...] Tais resoluções fixam parâmetros de proteção para APPS tais como restingas, manguezais e outros ecossistemas sensíveis, com fito de impedir ocupação e desmatamento. Segundo os autores, a revogação de tais normas viola o direito constitucional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no art. 225 da CF, assim como a Política Nacional do Meio Ambiente traçada na L. 6.938/81 e o Código Florestal (L. 12.651/12). Tendo em vista o evidente risco de danos irreversíveis ao meio ambiente, DEFIRO ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA para suspender os efeitos da revogação apreciada na 135ª Reunião Ordinária do CONAMA [...]⁴⁴.

A celeuma acerca da validade dessas revogações acabou por bater às portas do Supremo Tribunal Federal, e, lá estando, a Ministra Relatora Rosa Weber, em decisão liminar, manteve-se firme no sentido de suspender a eficácia das revogações. Para Weber, a revogação de normas ambientais protetivas significa, além da grave violação ao preceito constitucional da proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o descumprimento de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Ressaltou Weber:

⁴³ BRASIL, Ministério Público Federal. *Revogação da resolução do CONAMA sobre limites de áreas de preservação traz risco de retrocesso ambiental*. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/526682914/revogacao-de-resolucao-do-conama-sobre-limites-de-areas-de-preservacao-traz-risco-de-retrocesso-ambiental>. Acesso em 03 out. 2020.

⁴⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-suspende-revogacao-normas.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.

[...] O Estado brasileiro tem o dever – imposto tanto pela Constituição da República quanto por tratados internacionais de que signatário – de manter política pública eficiente de defesa e preservação do meio ambiente, bem como de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais [...]

Ainda no Supremo Tribunal Federal, quando levada a questão ao Plenário, os Ministros, em unanimidade, referendaram as medidas liminares concedidas pela ministra Rosa Weber⁴⁵.

Ressalta-se, por fim, que a observância às citadas resoluções, em detrimento ao disposto no Código Florestal, traz maior proteção ao meio ambiente, e, conseqüentemente, obedece ao que diz o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual, o meio ambiente ecologicamente equilibrado – e, portanto, preservado – é bem de uso comum do povo, sendo imprescindível para a sadia qualidade de vida, devendo ser resguardado para as presentes e futuras gerações. Assim, a partir do momento em que se afastam tais resoluções, dando margem para a exploração econômica irresponsável de áreas cuja proteção é imprescindível, verifica-se uma flagrante desobediência ao princípio da vedação ao retrocesso socioambiental, pois permite que se retorne a uma realidade socioambiental mais prejudicial do que aquela já estabelecida – o que deve ser rechaçado veemente, pois trata-se, aqui, de um direito fundamental e intergeracional, do qual depende, acima de tudo, a continuidade da vida.

Considerações finais

No ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 abarcou em seu bojo a questão do meio ambiente, sendo pioneira em trazer o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito fundamental, conferindo-lhe caráter intergeracional, vez que trouxe, expressamente, que defender e preservar o meio ambiente para as futuras gerações é um dever não apenas do Poder Público, mas de toda a sociedade. Ademais, o artigo 225, *caput*, CF/88, demonstrou a relação entre o meio ambiente saudável e o Princípio da Dignidade Humana, advertindo que o equilíbrio ecológico é necessário para o bem-estar e a sadia qualidade de vida.

Ante tal premissa, a pesquisa buscou demonstrar a importância do Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental, tendo em vista que, sendo o meio ambiente equilibrado um direito fundamental e intergeracional, do qual dependem, inclusive, as adequadas condições de desenvolvimento das futuras gerações, não se pode admitir revogação de direitos ambientais, pelo contrário, a legislação deve sempre avançar no que tange à proteção ambiental.

O trabalho não teve intuito de trazer respostas definitivas, mas sim contribuir para a consciência ambiental, trazendo um “incômodo” que faça refletir sobre a relevância da preservação do meio ambiente – e, conseqüentemente, da proibição de qualquer forma

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 747, 748 e 749*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=456265&tip=UN>. Acesso em 25 jan. 2021.

de retrocesso em matéria de legislação ambiental – no atual contexto da sociedade de risco.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Ministério Público Federal. *Revogação da Resolução do Conama sobre limites de Áreas de Preservação traz risco de retrocesso ambiental*. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/526682914/revogacao-de-resolucao-do-conama-sobre-limites-de-areas-de-preservacao-traz-risco-de-retrocesso-ambiental>. Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-suspende-revogacao-normas.pdf>. Acesso em 03 out. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 747, 748 e 749. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=456265&tip=UN>. Acesso em 25 jan. 2021.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; LOPES, Magda (trad.); RIZEK, Cibele Saliba (rev.). *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BECK, Ulrich; NASCIMENTO, Sebastião (trad.). *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. Tradução de Nelson Carlos Coutinho. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSELTMANN, Klaus. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado Socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAPRA, Fritjof; EICHEMBERG, Newton Roberval (trad.). *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental. In: BRASIL, Senado Federal. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*, 2012. Disponível em:

<https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A necessidade do alcance do mínimo existencial ecológico para garantia da dimensão social da sustentabilidade. In: *Revista Direito à Sustentabilidade*. Unioeste, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/download/11054/7881>. Acesso em 25 set. 2020.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. Leme/SP: Edijur. 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato. PERALTA, Carlos E. (Org.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Planeta Verde, 2014. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140517170251_1477.pdf. Acesso em 25 jan. 2021.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Interdição da Retrogradação Ambiental – Reflexões sobre um princípio*. In: BRASIL, Senado Federal. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*, 2012. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

NIECHENSKI, Luísa Zuardi. Aspectos contemporâneos do Direito Humano ao Meio Ambiente: Reconhecimento e Efetivação. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador / BA, n. 21, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-21-marco-2010-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em 26 set. 2020.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. Salvador: Juspodivm, 2015.

THOMÉ, Romeu. *O Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental: No contexto da Sociedade de Risco*. Salvador: JusPodivm. 2014.

Data de Recebimento: 05/10/2020.

Data de Aprovação: 21/20/2021.

FEDERALISMO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS: A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

FEDERALISM AND EFFECTIVENESS OF INDIVIDUAL RIGHTS: THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO HEALTH

*Eliana Franco Neme-
Luiz Alberto David Araújo**

RESUMO

O objetivo deste trabalho é o de trazer algumas reflexões necessárias sobre a importância do modelo federativo para a concretização dos direitos fundamentais, em especial do direito à saúde. A partir da análise das origens históricas do modelo federativo e da casuística abordada a partir de análise de dados e de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal demonstrar a relação entre a autonomia dos entes federados e a garantia à saúde. Longe da ideia de uma proposição de alternativas legislativas, nosso propósito é permitir que possamos reconhecer direitos utilizando a atual estrutura federativa, e apenas reforçando valores próprios deste modelo de repartição de poder no território.

Palavras-chave: Federação; Autonomia; Direitos Humanos; Saúde.

ABSTRACT

The objective of this work is to bring some necessary reflections on the importance of the federative model for the realization of fundamental rights, especially the right to health. From the analysis of the historical origins of the federative model and the casuistry approached from the analysis of data and recent decisions of the Federal Supreme Court to demonstrate the relationship between the autonomy of federated entities and the guarantee of health. Far from the idea of a proposition of legislative alternatives, our purpose is to allow us to recognize rights using the current federative structure, and only reinforcing the values inherent to this model of power distribution in the territory.

Key-words: Federation; Autonomy; Human Rights; Health.

INTRODUÇÃO

Como é possível efetivar direitos individuais em um país com dimensões con-

* A autora é Mestre, Doutora e Livre Docente em Direito Constitucional. Professora do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2362753400624536>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4429-404X>. E-mail: elianafranconeme@usp.br.

** O autor é Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional. Foi Procurador do Estado e é Procurador Regional da República aposentado. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9804775062781884>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2442-5970>. E-mail: lada10@terra.com.br.

tinenciais e que, paradoxalmente, concentra receitas e rendas em um dos entes da federação? Em que medida o modelo e a história da construção federalista brasileira podem impactar na efetivação dos valores estabelecidos na Constituição? São essas as questões que impulsionam as reflexões trazidas por este trabalho. Ainda que a ideia de federação já esteja formalmente consagrada em nossos textos desde 1891, a verdade é que ainda temos um longo caminho a percorrer para realmente concretizar os projetos de descentralização. Só assim será possível que todos os entes da federação brasileira, tenham realmente condições de cumprir as ordens constitucionais relacionadas à efetivação dos nossos direitos. A realidade é que as fragilidades do nosso modelo federativo minimizam a proteção dos direitos do indivíduo, ao passo que o fortalecimento federativo repercute positivamente nas vidas dos seus cidadãos.

Por acreditarmos que as dificuldades remontam às questões históricas, entendemos que é impossível perceber a complexidade do tema sem uma passagem necessária pelas suas origens. Assim, traçamos por aqui uma breve trajetória do movimento federativo americano e, a partir daí, caminhamos pela federação brasileira até chegar ao texto constitucional de 1988, que, com suas vicissitudes, ainda tem um longo caminho a percorrer para realmente efetivar os direitos que consagra, e este caminho, na nossa ótica, passa necessariamente por uma nova ideia de federação.

Por certo este trabalho está muito mais voltado a impulsionar reflexões necessárias sobre a fragilidade do nosso modelo federativo, que efetivamente trazer uma solução para as distorções verificadas. Assim, nossa proposta é, a partir dos elementos trazidos, possibilitar uma reflexão sobre o tema, de forma a poder contribuir com o desenvolvimento do pensamento crítico essencial para o enfrentamento de questões multifacetadas e sombreadas por valores atrelados ao próprio processo civilizatório do nosso país.

No entanto, a análise das informações que aqui apresentamos pode minimamente deixar claro que o fortalecimento das unidades federadas traz como consequência uma maior concretização dos direitos constitucionalmente assegurados.

Breves considerações sobre a construção histórica do modelo federal americano: o federalismo americano como embrião da proteção dos direitos individuais

A Constituição de 1988 trouxe benefícios inequívocos para a sociedade brasileira, cheia de virtudes e balzaquiana recolocou (talvez com alguns excessos) o direito público, e em especial o direito constitucional, na pauta nacional, superando o desconforto do texto anterior privado de legitimidade e conhecido apenas pelos seus defeitos. Essa mudança adequada, para os que defendem o estado de direito, trouxe um inconveniente: nosso desprezo em relação ao texto de 1967/69 é tão grande que gostamos de apagar tudo o que aconteceu naquele passado e nos anos anteriores da nossa jovem república federativa. Neste quadro, e no afã de superarmos nossas mazelas político históricas esquecemo-nos de três detalhes: i) são as experiências do passado, boas e ruins, que

forjam o caráter de uma nação; ii) se não sabemos de onde viemos nosso destino sempre será resultado do acaso, e não do aprimoramento das nossas experiências; iii) há um campo dentro do federalismo que permite aberturas para a garantia dos direitos fundamentais.

Com essa apresentação, este artigo pretende trazer alguns pensamentos que ligam de maneira inexorável o modelo federativo, e a forma como ele se coloca no Estado brasileiro e a efetivação dos direitos individuais. A equação se consubstancia da seguinte forma: quanto mais forte a federação, maior será a proteção dos direitos; quanto menos, menor ela será. Assim, pretendemos estabelecer a relação entre a forma de distribuição do poder sobre um determinado território e a proteção e preservação dos direitos individuais, e, para atingir este desiderato, o desenvolvimento do tema inicia-se necessariamente na sua apresentação histórica, evidenciando as formas com a quais as características do federalismo se impõem como óbice ou elemento de facilitação para a defesa destes direitos.

Pois bem, nosso objeto de pesquisa é centrado em uma ideia de Estado moderno. Por aí vale destacar que na classificação que toma por base a organização das estruturas estatais em sua base territorial, o Estado Unitário é o mais simples, o mais lógico, o mais homogêneo, e, até o final do século XVIII o único modelo existente. Um Estado que representa a ideia de unidade e centralização. No dizer de Bonavides “aquele em que a ordem política, a ordem jurídica e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império”¹ É a centralização a ideia primordial, sendo notado pelo reconhecimento da unidade político territorial, pois suas circunscrições administrativas subordinam-se ao poder central sem qualquer autonomia, sendo dirigidas por delegados do governo central, tendo, como traço fundamental a inexistência de coletividades inferiores providas de órgãos próprios. Nas teorias unocêntricas, a ideia de superioridade dos governantes serviu para impulsionar o modelo, uma vez que a centralização impõe a dominação e impossibilita os questionamentos e enfrentamentos, mantendo a almejada paz social dos governos unitários.

Dessa forma, o surgimento do modelo federal coloca-se em contraposição ao Estado Unitário justamente em suas características mais sensíveis. Se no modelo unitário a concentração dos poderes chegava a ameaçar de morte o regime democrático, o modelo federal desde as origens se contrapõe à forma absolutista do Estado Unitário monárquico, centralizador, despótico. É por excelência descentralizador, exprimindo o governo da lei, da autodeterminação política, social e econômica das coletividades internas. A descentralização, o rompimento com o estado absoluto, o estabelecimento de um processo de representação e participação política e a proteção das liberdades são os valores propulsores para o processo de criação de um novo modelo: a Federação.

Etimologicamente, Federação vem do latim “foedus” que significa aliança, pacto, união, e é esse o fundamento do Estado Federal, o compartilhamento de ideias, a

¹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 78.

agregação dos interesses, a soma de vontades. Por esse viés, os compromissos do Estado Federal foram sempre calcados na ideia de representatividade do poder político, com possibilidades expressas e limitadas no próprio modelo constitucional que o autoriza. É, pelo seu ideal conformador, o instrumento de organização física do Estado de Direito, do regime representativo, da legitimidade do poder.

Cumprе ressaltar que apesar de a doutrina considerar como marco divisor das formas de Estado a declaração das treze colônias britânicas, o modelo federativo de Estado remonta suas origens à antiguidade, ainda que neste período e nos modelos subsequentes tenha sido pequeno o período de duração destes pactos entre Estados, normalmente voltados a um objetivo comum, que assim que atingidos determinavam o rompimento das alianças que estruturaram. Aliás, há quem defenda que foram as colônias indígenas iroquesas, presentes no norte dos Estados Unidos e no Canadá, os grandes preceptores da ideia de autonomia adotada nos estados Unidos, na medida em que esses povos que ocupavam vasta porção territorial reuniam-se com frequência organizando os poderes no território e com uma repartição de competências e atribuições². Optamos aqui, metodologicamente, por acatar a ideia de que o movimento norte americano das colônias britânicas foi o ato inicial de um processo que modificou a estrutura territorial dos Estados existentes. Mas da mesma maneira que é impossível traçar as origens do federalismo sem falar do movimento americano, também não é recomendável que este conteúdo se apresente antes de termos um panorama dos fatores que determinaram sua criação. É interessante lembrar que o federalismo surgiu em um momento histórico bastante peculiar, quando as colônias britânicas na América do Norte enfrentavam a dicotomia do confronto soberano frente à Grã-Bretanha, o que certamente teria pequenas chances de sucesso, ou a perda da soberania em fase de estabelecimento, pela forçosa união entre si. O movimento federalista iniciou-se de forma indireta, com a criação de uma confederação, e só mais tarde da federação americana. O processo foi iniciado em 1781 quando foi ratificado o tratado celebrado pelas colônias americanas em 1776 e conhecido como “Artigos de Confederação” pelo qual se uniram os treze Estados surgidos com a proclamação da independência nas colônias inglesas.

O texto da declaração apresentado em 04 de julho de 1776 traz as considerações que justificam a necessidade do rompimento de relações e explicam os motivos pelos quais “(...) torna-se necessário um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro...” referindo-se à relação das colônias americanas com a coroa britânica. Esses Artigos de Confederação eram na verdade um tratado de direito internacional com o objetivo fundamental de preservar a soberania das emancipadas ex-colônias britânicas. A parte final da declaração deixa evidente este propósito ao proclamar:

que estas colônias unidas são e de direito têm de ser Estados livres e independentes, que estão desoneradas de qualquer vassalagem para com a Coroa Britânica, e que todo vínculo político entre elas e a Grã-Bretanha está e

² MONTEIRO SANTOS, Bruno Cesar. *A mobilização indígena no processo de independência estadunidense*. 2016. 149f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2016. p. 58.

deve ficar totalmente dissolvido; e que, como Estados livres e independentes, têm inteiro poder para declarar guerra, concluir paz, contratar alianças, estabelecer comércio e praticar todos os atos e ações a que têm direito os estados independentes.³

A manutenção da soberania dos Estados foi prevista textualmente, o que evidenciava o conflito dos governantes das colônias, que percebiam a premência da união, mas ainda mantinham na memória os efeitos desagradáveis da ausência de poder, impostos pelo forte autoritarismo inglês. Por esse motivo o artigo 2º dos Artigos de Confederação dispunha que cada Estado reteria sua soberania, liberdade e independência e cada poder, jurisdição e direitos, que não fossem delegados expressamente pela Confederação para os Estados Unidos em Congresso.

Para a consecução de seu objetivo principal, os artífices do novo modelo tiveram oportunidade de traçar o perfil do ideal federalista, por meio de uma série de artigos publicados na imprensa local e posteriormente reunidos na obra “O Federalista” de Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay. Como argumento, levantavam, entre outras colocações, o fato de que à medida que é mantida juridicamente intacta a soberania dos entes confederados, há sempre risco de, no exercício da soberania, decidirem alguns dos integrantes pelo rompimento dos vínculos e, conseqüentemente, da União.

Sobre o tema assinala James Madison

Since the general civilization of mankind, I believe there are more instances of the abridgment of the freedom of the people by gradual and silent encroachments of those in power, than by violent and sudden usurpations; but, on a candid examination of history, we shall find that turbulence, violence, and abuse of power, by the majority trampling on the rights of the minority, have produced factions and commotions, which, in republics, have, more frequently than any other cause, produced despotism. If we go over the whole history of ancient and modern republics, we shall find their destruction to have generally resulted from those causes⁴

Foi justamente o apego à independência recém-conquistada que desencadeou a modificação do pacto inicial. A soberania tão ferozmente defendida pelos “Artigos”, muito mais que impor respeito ao antigo colonizador, teve por consequência enfraquecer o pacto firmado entre as colônias americanas, as dificuldades emanadas pela existência de várias ordens independentes tornavam inviáveis as pretensões iniciais. A União meramente confederativa se mostrou ineficaz, o que determinou a revisão do tratado, quando então os representantes dos doze Estados (*Rhode Island* não foi) se reuniram na cidade da Filadélfia em 1.787 com o propósito de aprimorar o pacto entre os Estados. Foi esta nova reunião o ato inicial de um novo modelo estatal, onde os antigos Estados abriram mão de uma parcela do poder em benefício do poder coletivo.

A soberania das ex-colônias deixa de existir, e um novo Estado surge, produto da

³ NEPP-DH - Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (ufrj.br). Acesso em 26 jan. 2022.

⁴ Discurso proferido na Convenção da Virgínia para ratificar a Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em <https://www.constitution.org/jm/jm.htm>. Acesso em 26 jan. 2022.

união de poderes autônomos, os Estados Unidos, ligados entre si por um poder central apto a exercer as tarefas necessárias para a manutenção do bem comum de todos os Estados reunidos. O ato final dessa construção histórica foi a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América que alterou substancialmente a estrutura dos poderes e passou a servir como modelos para as jovens colônias nos continentes americano, africano e também na Ásia e Oceania.

A primeira versão, apesar de não mencionar os direitos básicos do cidadão (o que veio a ser superado em 1791 com a inclusão das primeiras dez emendas) traz dois dados emancipatórios: i) A apresentação do texto traz a famosa frase “we the people” com a inequívoca mensagem de que o jogo das cadeiras se alterou, e a soberania do povo passa a ser reconhecida como valor supremo; ii) sua brevidade e estabilidade possibilitaram que os Estados membros da federação americana sejam os reais protagonistas do sistema nacional de proteção dos direitos individuais.

A melhor parte da Constituição americana está assim não no que ela declara, mas no que ela deixa de declarar, permitindo às unidades autônomas, os Estados membros da federação americana, a construção de suas próprias Constituições estaduais, essas sim, muito mais extensas e representativas das particularidades de cada uma das regiões que regula. Neste sentido: em primeiro lugar o excepcional gosto americano pela brevidade constitucional, ao que parece, está limitado apenas ao documento federal. Em segundo lugar, como a maioria das constituições do mundo, constituições estaduais são frequentemente emendadas, revistas e substituídas.

Assim, a estabilidade textual da Constituição federal ao longo de seus dois séculos é excepcional, em comparação não apenas com outras constituições nacionais, mas também com as constituições dos Estados americanos, as quais são caracterizadas por um compromisso com o progresso e a mudança. Em terceiro lugar, como a maioria das constituições do mundo, as constituições estaduais contêm direitos positivos, tais como o direito à educação gratuita, os direitos trabalhistas, os direitos sociais e os direitos ambientais. Embora a Constituição Federal, sem dúvida, omita direitos positivos explícitos, esses direitos não são estranhos à tradição constitucional norte-americana.

Em todas essas dimensões, é apenas no nível federal que as práticas constitucionais americanas parecem excepcionais. Quando incluímos a redação e a alteração das constituições estaduais em nossa avaliação, torna-se claro que o constitucionalismo norte-americano não é tão diferente como tem sugerido a maior parte dos estudos comparativos e comentários políticos⁵. A dicção emancipatória produziu efeitos, ao longo dos últimos anos os americanos escreveram apenas uma Constituição Federal, mas 149 (cento e quarenta e nove) Constituições Estaduais e aprovaram milhares de alterações a essas Constituições.

Esses textos são também parte da tradição constitucional americana e dos padrões globais, assim, é justamente a partir da capacidade de organização dos Estados membros que a Constituição Federal americana mostra o que tem de melhor. Como foram as

⁵ VERSTEEG, Mila; ZACKIN, Emily. A excepcionalidade constitucional americana revisitada. *Revista de Novos Estudos Jurídicos*. UNIVALI. v. 19. n. 3, set./dez. 2014. p. 697.

organizações de pretensos estados soberanos que serviram de estrutura para a criação da federação, esta respondeu adequadamente preservando as competências de suas entidades geradoras, na regulação dos direitos dos seus cidadãos. Na gênese americana a proteção dos direitos individuais está associada ao pacto federativo⁶.

Algumas considerações sobre federalismo e direitos individuais: a busca de um ponto de convergência entre os temas

Esta breve apresentação histórica do movimento federalista nos Estados Unidos da América não tem o poder de esgotar o assunto ou eliminar as possibilidades de outros modelos federativos. De fato, a existência de federações com características bastante distintas das que aqui serão abordadas é uma realidade inquestionável, mas nosso objetivo pode ser alcançado com essas considerações iniciais, na medida em que é justamente a origem histórica do modelo federal e sua contraposição com o federalismo do estado brasileiro que servirão para demonstrar o estreito relacionamento entre a proteção dos direitos fundamentais e forma de Estado.

É de se ressaltar que, ainda que inicialmente os ideais federalistas fossem voltados à manutenção dos poderes autônomos, e a proteção da independência recém conquistada dentro do panorama histórico de colonizadores e colônias, não é difícil perceber que a proteção da autonomia das unidades federadas, com as características próprias do Estado Federal, sempre esteve alicerçada na manutenção da liberdade.

A Convenção da Filadélfia, editada há mais de 150 anos trouxe para nós um novo modelo de república federal. Se inicialmente fosse a representatividade a principal característica a evidenciar os contornos do federalismo, foi esta representatividade o esteio para a elevação do princípio democrático e transformação dos Estados Unidos na maior república democrática do mundo. O primeiro exemplo disso é a lembrança de que a Constituição Americana foi submetida ao endosso popular. Foi, aliás, a batalha verbal pela aceitação da Constituição (que havia sido elaborada em flagrante desacordo com os "Artigos da Confederação") e a sua submissão à apreciação do povo, que gerou a publicação na imprensa de Nova York de uma série de 85 artigos redigidos por "Publius", na verdade, o pseudônimo utilizado por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, para propagar os ideais federalistas e a defesa da Constituição Americana. Posteriormente estes artigos foram convertidos em um livro, o *Federalista*.

Ainda que possamos considerar que os artigos do *Federalista* foram redigidos por autores que participaram do processo de criação da Constituição Americana, e que tenham tido um forte conteúdo de campanha, é forçoso ressaltar que os textos publicados por "Publius" tiveram o poder de transpassar as fronteiras do Estado de Nova York,

⁶ Ver por exemplo ELAZAR, Daniel J. *The American Constitutional Tradition*. Nebraska, 1988. p. 108; GARDNER, James A. *The Failed Discourse of State Constitutionalism*. *90 Mich L Rev*. 1992, 819–20. p. 761; HOWARD, A. E. Dick. "For the Common Benefit": Constitutional History in Virginia as a Casebook for the Modern Constitution-Maker. *54 VaL Rev*. 1968, p. 816; 866; LINDE, Hans A. E. *Pluribus—Constitutional Theory and State Courts*. *18 Ga L Rev*, 1984, p. 165; 196–97.

público para quem eram inicialmente dirigidos, e trazer para o centro da discussão nacional essas questões constitucionais. Assim, controvérsias geradas na elaboração e aprovação da Constituição Americana, além de não afastarem a discussão e o debate, trouxeram os mesmos para o âmbito nacional, evidenciando assim, ainda que de forma indireta, a unidade nacional. Ressalte-se que estamos ainda no final do século XVIII, em período anterior ao que produziu as ideias revolucionárias na Inglaterra e na França.

Neste processo de moldagem do sistema federativo podemos perceber claramente três fases: a primeira com a Declaração de Independência das colônias americanas em 04 de julho de 1776, a segunda com a Declaração dos Artigos da Confederação, em 16 de Junho do mesmo ano, e a terceira, com a criação da Constituição dos Estados Unidos da América em 17 de Setembro de 1787. Por aí é possível perceber que o modelo federal é consequência de um projeto inicial de liberdade, de autonomia, de proteção dos direitos humanos. Repetindo as palavras utilizadas na declaração de independência, todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão à vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e coorganizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

O repúdio das colônias americanas ao domínio estrangeiro deu-se e isso fica evidenciado na Declaração de Independência, em razão do total e absoluto desrespeito dos colonizadores aos direitos dos colonizados. Foram as frequentes violações de direitos, conforme declarado no texto de independência (vida, igualdade, liberdade, segurança, propriedade) serviram como combustível para a dissolução das relações entre a coroa britânica e as colônias americanas. É assim a Liberdade a maior aspiração do movimento de independência, que culminou com a elaboração de um novo modelo estatal, um modelo em que a liberdade seria prestigiada de forma primeira, na exata proporção de que a vontade do todo (nacional) seria produto da soma das vontades parciais (unidades federadas). A autonomia das unidades federadas, como a própria palavra informa deriva do desejo de preservação da independência, das peculiaridades regionais e locais, da liberdade.

Por outro lado, a união entre entidades políticas autônomas com o propósito de atingir as finalidades comuns a todas elas, a capacidade de auto-organização das unidades federadas por uma Constituição própria, a capacidade legislativa regulada pela distribuição dos poderes legislativos entre o poder central e os Estados federados, a autonomia administrativa das unidades federadas, revelada pela existência de autoridades próprias, a capacidade para dentro de sua esfera específica prover por completo a execução da lei, entre outras, são características do modelo federal que tem por único propósito a preservação das vontades locais frente à vontade geral.

É fato que a liberdade das unidades federadas é limitada pelos próprios valores que fomentaram sua existência, e o exercício dessa liberdade deve ser exercido em

obediência aos princípios que emergiram durante todo o processo de criação deste modelo. Obedecendo ao critério inicialmente estabelecido, podemos buscar as fontes de validade do federalismo nos mesmos artigos publicados por Hamilton, Alexander e Jay, onde os valores e ideais que modelaram a forma de Estado podem ser desdobrados em três aspectos: i) A soberania ainda que exercida pela União, é partilhada pelas unidades federadas na proporção da representação das autonomias na vontade geral; ii) as liberdades devem ser preservadas e as unidades federadas têm autonomia para se autogovernar; iii) não há hierarquia entre as unidades federadas.

Esta dicotomia se estabelece em uma constante tensão entre as competências nacionais e as competências parciais. Pouco importa os modelos de repartição territorial adotados, sejam em regiões, cantões, estados membros, a essência do federalismo consiste em unir todas essas vontades parciais na determinação de valores de interesse geral, preservando, porém os interesses relacionados apenas a cada uma das entidades federadas. A liberdade deve ser subjugada pelos interesses nacionais apenas em relação aos interesses nacionais, no tocante aos assuntos de interesse local o modelo tem por propósito a preservação das próprias competências.

Constitucionalismo brasileiro e a busca da autonomia das unidades federadas

O Brasil está desde sempre fadado a repetir erros e acertos (muito mais erros) dos Estados que lhe servem de inspiração, copiamos alguns modelos sem as considerações de origem e destino, e absorvemos apenas e sempre o que há de interessante para a categoria dominante à época. No modelo estatal brasileiro o ideal federalista está presente desde a promulgação da República e a conseqüente edição da Constituição de 1891. A República brasileira surgiu por meio de um golpe militar, representava assim a vontade de uma minoria, passando muito longe dos processos populares que ocorreram na França, e que na América do Norte foram determinantes para a criação deste modelo estatal.

Aqui o movimento federalista irrompe em um momento histórico sublimado pela derrocada da Monarquia e o aparecimento da República, mas a realidade nacional das instituições fez com que os valores federais fossem, nesta fase inicial, muito mais presentes na teoria constitucional que no dia a dia dos entes federados. De fato, o modelo da época representava uma quase que absoluta desconformidade entre a teoria federalista e a prática da administração no Estado brasileiro, onde as manifestações de autoritarismo monárquico permaneceram presentes tanto no governo de Floriano Peixoto como no inquestionável poder das oligarquias.

Os dogmas apresentados pelo texto de 1891 foram assim timidamente colocados ao país, que presenciou o surgimento de um modelo federalista bastante diferente do federalismo americano que o inspirou, em parte porque o federalismo brasileiro, ao contrário do americano formou-se a partir do desmembramento de um Estado Unitário, e não, conforme o modelo que o inspirava da união de Estados soberanos.

Nesse sentido é necessário lembrar que no Brasil a formação federal impôs para sua elaboração a retirada de parcelas do poder centralizado e sua transferência para as

unidades federadas, ao passo que no federalismo americano o processo foi invertido, ou seja, houve a cessão de competências das unidades federadas para o poder central. Só por essa característica é bastante fácil perceber que a aderência ao novo modelo, que surgia nos Estados Unidos, em contraposição ao tradicional esquema do Estado Unitário, foi, na América do Norte, produto de um processo lento e elaborado voltado para a coalizão de vontades soberanas pré-existentes. Isso não ocorreu no Brasil, onde o sistema federal foi apresentado como solução democrática que romperia com os antecedentes monárquicos sem que houvesse na ocasião conhecimento suficiente para provocar a identidade com os valores propugnados e boa vontade, ambos os elementos essenciais para o bom desempenho da ideologia federalista.

Ao lado dessa constatação inicial, temos que perceber que, ao contrário do modelo que o inspirou, o federalismo brasileiro desde seu primeiro pensamento foi um movimento endossado por uma parcela bastante reduzida da população brasileira, uma vez que no século XIX poucos tinham acesso às informações políticas, e desses poucos, um número ainda menor era favorável à mudança do sistema monárquico, já que elite intelectual nacional era composta, basicamente por integrantes das cortes portuguesa e brasileira.

Dessa forma, o inicial desacordo entre os ideais federalistas e a realidade brasileira não se esgotou durante os primeiros anos após a Proclamação da República. Os valores autoritários presentes no início da vigência da Constituição de 1891, só foram arrefecidos quando o movimento civil contrário à centralização se une aos interesses do Estado de São Paulo que, evidentemente mais desenvolvido que os outros Estados, reclamavam para si a vasta autonomia prevista pela Constituição, regrada pelas Constituições Estaduais, mas precariamente estabelecida.

A primeira fase do federalismo brasileiro foi superada e o novo modelo federal surge alimentado pelos resultados da revolução de 1932 e com a edição da nova Carta Constitucional de 1934, que sob o argumento de fortalecer a unidade nacional trouxe o fortalecimento da autonomia dos Estados e planos de descentralização administrativa que se voltavam à valorização do município, valores que acabaram por ser obscurecidos frente aos fortes apelos socialistas dos mentores da Constituição que ao final determinaram a centralização e engrandecimento dos poderes destinados ao governo federal.

Por sua vez, a Constituição de 1937 refletindo o panorama mundial e atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente é outorgada, modificando a forma de Estado o que conduziu o país ao unitarismo. Não se menciona mais a união entre entidades federadas, mas apenas que o Brasil é uma República. O contexto histórico da segunda guerra mundial serve como justificativa para o fortalecimento do Estado, e conseqüentemente do poder presidencial. Desaparece aqui o federalismo com a implantação de uma estrutura altamente centralizadora que não oferecia limites ao governo, que juntamente com a supressão das autonomias, trouxe consigo os temores de graves lesões aos direitos fundamentais.

Da mesma forma que fundamentou seu surgimento, o término da segunda guerra mundial trouxe consigo a vitória da democracia e dos direitos humanos sobre o nazismo, e um novo texto constitucional, que também com esse perfil, restaura o sistema federativo valorizando os Estados membros, dando-lhes descentralização política e administrativa, capacidade tributária, e, ainda, restabelecendo a autonomia do município, outorgando-lhe a capacidade de autoadministração.

Pouco mais de vinte anos depois, o processo de democratização cede frente ao regime autoritário instalado pela Constituição de 1967. O golpe de Estado e a tomada do poder pelos militares trouxe como consequência o enfraquecimento do princípio federativo, com o estabelecimento de um modelo federalista em que a concentração dos poderes era a característica mais relevante.

Logo em seguida, com a promulgação do Ato Institucional n.º 5 em 1968, foi extinta a federação brasileira, sendo que apenas no final de 1969 a União passou a ter uma atribuição diferenciada de prerrogativas constitucionais. Neste momento, o Estado brasileiro passa a assistir ao início do processo de resgate do federalismo, ainda que solapado por evidentes disparidades constitucionais que resultaram numa superioridade indiscutível da União frente aos demais integrantes da federação. Coisas incríveis do nosso passado recente fazem estremecer os federalistas. Pois não é que a Constituição autorizava a nomeação de governadores e prefeitos em estâncias hidrominerais, capitais de estado e municípios considerados de segurança nacional (artigo 16), concentrava as competências legislativas e a arrecadação dos impostos nas mãos da União (artigos 8º e 22), permitia a dissolução da casa dos representantes dos Estados Membros (artigo 35) e a suspensão de suas prerrogativas (artigo 35 parágrafo 5º), e ainda, previa as intervenções como hipóteses regulares (artigo 10).

Pois foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 que o princípio federativo tentou recuperar o status que lhe era devido, e é em seu artigo 1º que o texto evidencia a sua proposta ao estabelecer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel entres Estados, Municípios e Distrito Federal. A Carta Magna estabelece que todos os entes da federação são autônomos, detendo capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração, obedecidos aos princípios da Constituição Federal. Mas isso não é suficiente.

Direitos individuais e federação: a construção permanente da Constituição de 1988

Sabemos, quase trinta anos após a promulgação da Constituição de 1988, que nossa Carta maior é ainda repleta de dificuldades e enfrenta diuturnamente problemas de interpretação e reconhecimento. Os mais desavisados e os pessimistas engrossam o coro dos que apontam os defeitos do texto, evidenciando suas falhas e amesquinhando suas conquistas. Não é este o trajeto que pretendemos escolher aqui, ainda que cientes das incongruências entre as promessas da Constituição e a realidade. Nossa postura

relaciona-se com a análise do constitucionalismo de 1988 e suas repercussões no modelo federal brasileiro, e conseqüentemente na proteção dos direitos individuais.

A previsão do pacto federativo insculpida logo no primeiro artigo da Constituição recebe reforço de peso com a intangibilidade principiológica assegurada no artigo 60 com as denominadas cláusulas pétreas. É dizer que o constituinte entendeu que alguns valores são tão importantes que seus princípios devem ser protegidos acima de todos os outros, e o primeiro desses valores é o Princípio Federativo.

De outra banda cumpriu o constituinte de assegurar a tríplice autonomia das unidades da federação, condicionando seu exercício apenas à obediência dos princípios constitucionais. E mais, ampliou o rol das competências materiais e legislativas possibilitando aos Estados membros e aos Municípios um maior controle e representatividade dos interesses locais e regionais. Claro que ainda há muito a se construir na esfera tributária, e a concentração do orçamento nas mãos da União é fator de comprometimento para a ideia de uma real federação.

Mas se queremos acreditar que a proteção dos direitos individuais está intrinsicamente relacionada com a efetivação da federação é só olhar para o lado e observar como são implementados os direitos previstos na Constituição.

Não é preciso ter muita experiência jurídica para perceber que a judicialização é um dos grandes instrumentos de efetivação dos nossos direitos. Ousamos acreditar que muitos dos problemas que hoje assoberbam nossos tribunais são conseqüências da nova postura constitucional em relação aos direitos individuais e à federação, de fato, a enorme gama de direitos e a nova estruturação apresentada pelo texto possibilitaram aos brasileiros acesso maior acesso e condições de defesa de seus direitos constitucionalmente assegurados.

Se por um lado o constituinte estendeu em inumeráveis romanos o rol dos direitos individuais, e apresentou novos remédios para a tutela dos direitos, por outro deixou de prever que seria o município o maior destinatário de todas as demandas em que se pleiteiam tais direitos.

Apenas a título de ilustração a judicialização de direitos relacionados à obrigação do Estado de garantir a saúde é um grande fenômeno, e impacta ferozmente os orçamentos das entidades da federação. Segundo o Observatório de Análise Política em Saúde há aumento dos gastos, da quantidade de processos e das tentativas de refrear as ações judiciais. O monitoramento 2017 produzido pelo eixo temático “Acompanhamento das Decisões Judiciais Relativas à Saúde”, do Observatório de Análise Política em Saúde (OAPS), traça um panorama do fenômeno complexo da judicialização da saúde e destaca efeitos e repercussões de sua expansão. O relatório produzido pelo eixo mostra que a primeira auditoria específica sobre judicialização da saúde realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2015 e 2016, revela que os gastos federais com processos judiciais na área da saúde continuam crescentes – de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015, um aumento de 1300% em sete anos. Os resultados da Auditoria Operacional, que examinou dados da União, estados e municípios, evidenciam que 80% das ações judiciais se referem ao fornecimento de medicamentos, muitos não registrados

na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e que a maior parte dos autores/as das ações são indivíduos. Os gastos federais com a judicialização na saúde analisados envolvem a aquisição de insumos e medicamentos, depósitos em contas judiciais, pagamentos diretos a beneficiários e a entidades privadas e frete aéreo para a entrega dos medicamentos e insumos que são objetos das ações⁷.

Por certo, a grande maioria das demandas se concentra na esfera municipal, é de se concluir que o fortalecimento dessa entidade da federação reforça a proteção constitucional assegurada pelo artigo 196. E como dito, este é apenas um exemplo, e estamos falando de saúde. Mas e a educação? A cultura? Os esportes? A segurança pública? E os Estados membros da Federação brasileira?

Em recente análise sobre o assunto o Tesouro Nacional reconheceu que a maioria esmagadora dos municípios brasileiros tem elevada dependência dos estados e do governo federal para fechar as contas. Segundo estudos divulgados pelo Tesouro Nacional, as transferências federais e estaduais corresponderam a mais de três quartos do Orçamento em 82% das prefeituras em 2021. Apenas 1,81% dos municípios tiveram menos da metade do Orçamento atrelada a repasses dos governos estaduais e da União no ano passado. O Tesouro também analisou a dependência dos estados em relação aos repasses federais. Em seis estados (Acre, Amapá, Maranhão, Paraíba, Piauí e Sergipe), os recursos da União corresponderam a uma faixa entre 50% e 75% das receitas locais.⁸

O estudo não divulgou os percentuais de dependência para cada estado. Em sete estados (Goiás, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo), a razão de dependência ficou abaixo de 25%. No Distrito Federal e nos demais estados, o indicador ficou entre 25% e 50%. Roraima foi a única Unidade da Federação a não entrar no levantamento.

Municípios e Estados Membros suportam com exclusividade o déficit fiscal expondo de maneira vexatória a fragilidade de nossa federação, e, também, a incapacidade para o enfrentamento das questões relacionadas aos compromissos básicos estabelecidos pelo texto de 1988. O ponto central do modelo federativo, e especialmente na questão tributária reporta-se à divisão de encargos entre os entes da federação e a atribuição de tributos que possam custeá-los, ou seja, compatibilizar receitas e despesas através de mecanismos que permitam uma maior eficiência na arrecadação de tributos e critérios bem elaborados de partilha que permitam a distribuição qualitativa e quantitativa pelos entes federados.

Nesta equação, a concentração de poderes e receitas na União tem o poder de amesquinhar as competências das demais unidades da federação, e, em última análise deixar de prestar as obrigações constitucionalmente inculpidas em relação aos direitos individuais. O próprio texto de 1988 endossa esta tese ao estabelecer como gatilhos para

⁷ Disponível em

<http://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/e607ae373d8892945fedc9dc984355a5/1/>. Acesso em 19 jan. 2022.

⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/estados-e-municipios>. Acesso em 26 jan. 2022.

a deflagração de intervenção federal a ausência de repasse por parte dos estados membros aos municípios das verbas vinculadas pertinentes à saúde e educação, e a violação dos princípios sensíveis consagrados no artigo 34, inciso VII da Constituição Federal.

A abordagem atual não pode dispensar a percepção dos reflexos da pandemia do COVID-19 sobre o objeto desta pesquisa. Nosso federalismo cooperativo, está sob xeque desde que foram noticiadas as primeiras informações sobre o vírus e as consequentes medidas de enfrentamento tomadas pelos chefes de Executivos das três esferas da federação. Logo em 06 de fevereiro de 2020, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 13.979, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Corona vírus responsável pelo surto de 2019. A legislação intimamente ligada disciplina da saúde pública, proteção dos direitos e repartição federativa logo foi submetida à apreciação do poder judiciário imediatamente, e coube ao Supremo Tribunal Federal a manifestação em controle concentrado.

Entre as inúmeras questões que foram trazidas para a análise do STF é preciso destacar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 672 em que a questão federativa foi ponto central para as políticas públicas de enfrentamento da pandemia. A decisão durante o julgamento da Medida Cautelar consagrou a importância do federalismo cooperativo, na medida em que em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios da mesma forma que reconhece a competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local. Esta descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde, com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológicas são previstas pela própria Constituição Federal e disciplinadas pela lei⁹.

De acordo com o acórdão:

Cabe, portanto, ao Poder Executivo federal exercer o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979 /2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.¹⁰.

⁹ Ver artigo 198 e art. 6º, inciso I, da Lei 8.080/1990.

¹⁰ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em 26 jan. 2022.

O exemplo relacionado à tutela da saúde pública e enfrentamento do Covid é importante para a compreensão de que em Estados com modelo federativo a valoração e a proteção dos direitos fundamentais serão efetivadas a partir da real consagração das técnicas de repartição de competências, na qual União, estados e municípios passaram a cooperar na resposta às demandas e responsabilidades para buscar um desenvolvimento harmônico e integrado de todos os entes da federação e seus cidadãos.

Considerações finais

Pelo exposto podemos apresentar as seguintes considerações:

- i) O movimento federalista iniciado nos Estados Unidos da América do Norte modificou a estrutura de divisão territorial do poder até então existente, reafirmando a necessidade de preservação da liberdade parcial em contraposição às exigências de um governo de unidade nacional.
- ii) Os mesmos ideais de liberdade e preservação de autonomias responsáveis pela divisão espacial do poder são instrumentos de efetivação do pacto federativo. A federação existe para proteger as vontades parciais e as vontades parciais são condensadas na preservação do pacto federativo. Dados como extensão territorial e população tem o poder de afastar os indivíduos dos exercentes do poder político. A descentralização imposta pelo federalismo tem como propósito minimizar essa situação. A autonomia das unidades federadas é fato de aproximação entre governantes e governados.
- iii) iii) A vinculação entre o federalismo e a proteção dos direitos individuais se evidencia, entre outros aspectos, quando analisamos os dados da evolução constitucional brasileira, especialmente no tocante a autonomia dos municípios, a observação da distribuição constitucional de receitas e rendas e a fragilidade do nosso federalismo fiscal são fatores que contribuem fortemente para a inefetividade dos direitos individuais consagrados pelo texto de 1988.
- iv) iv) Para que realmente possamos caminhar constitucionalmente é preciso que passemos a encarar o modelo federativo como meio, e não finalidade do Estado. A consagração como princípio, a sua petrificação e sua proteção por meio do sistema constitucional de crises servem de respaldo para uma nova leitura da Constituição, onde os Municípios e Estados membros sejam fortalecidos.
- v) v) A implementação do federalismo e seu aperfeiçoamento garantem espaço e terreno fértil para a solidificação dos direitos individuais, permitindo que as esferas

federativas ocupem tal campo, dando sequência às propostas constitucionais de construir um país livre, justo e democrático.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso. *Por uma nova federação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BIDART CAMPOS, German J. *Constitucion y derechos humanos*. Ediar: Sociedad Anonima Editora, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. v. I. Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Caçais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 672*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em 26 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COOLEY, Thomas M.. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE. *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*. Disponível em [NEPP-DH - Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia \(ufrj.br\)](http://www.nepp-dh.org.br/NEPP-DH-Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%20do%20Bom%20Povo%20de%20Virg%C3%ADnia%20(ufrj.br)). Acesso em 26 jan. 2022.

HAMILTON, Alexander. *O federalista*. traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003.

KELLY, Alfred Hinsey. *The American Contitution: its origins and development*. 7th ed.; v. I. W W Norton & Company, 2016.

MERLIN, Meigla Maria Araújo. *O município e o federalismo: a participação na construção da democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2014.

MONTEIRO SANTOS, Bruno Cesar. *A mobilização indígena no processo de independência*

estadunidense. 2016. 149f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

São Paulo (Estado). *Assembleia Legislativa*. Temas de direito constitucional estadual e questões sobre o pacto federativo/ Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. São Paulo: Alesp, 2004.

VERSTEEG, Mila, ZACKIN, Emily. A excepcionalidade constitucional americana revisitada. *Revista de Novos Estudos Jurídicos*. UNIVALI. v. 19. n. 3, set./dez. 2014.