

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, Edição Especial, 2019.

Semestral 2019

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

6o ANOS DE FDSM

10 anos de PPGD

A fim de celebrar a nossa história, a *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas* lança uma edição especial. A intenção não foi meramente reunir artigos elaborados em torno de uma única temática, e sim manter a diversidade, que é uma das marcas de nossa instituição.

Desde 1959, tendo sido a primeira faculdade do Sul de Minas Gerais, e a quarta de todo o Estado, em uma época em que o Brasil possuía apenas 13 cursos de Direito, a FDSM tem contribuído para a formação de profissionais que atuaram e atuam, com destaque, em diferentes áreas do campo jurídico e correlatas. Seu protagonismo pioneiro garantiu o fortalecimento institucional necessário para que, ainda em 2019, a FDSM continue a figurar entre os cursos de excelência, tendo recebido o Selo OAB, juntamente com outras 160 instituições, em um cenário de 1.212 cursos.

Não só a reputação da instituição cresceu e se solidificou ao longo de seus 60 anos, mas também sua estrutura física e o círculo de instituições parceiras. Hoje são dois prédios bastante amplos, com equipamentos de ponta, disponibilizados para oferecer o conforto e o suporte necessários a estudantes e professores. Equipes altamente qualificadas em diferentes áreas atuam para que a parte administrativa caminhe sem dificuldades. No rol de instituições parceiras figuram a Universidade de Coimbra e o Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra, em Portugal; a Universidade do México; a Universidade do Chile; a Universidade de Castilla-La Mancha, na Espanha; e o Instituto Universitário Sudamericano, no Uruguai. Atividades conjuntas já foram realizadas com a Universidade Estadual de Campinas, no Brasil, a Universidade de Cardiff, no País de Gales, a Universidade do Minho, em Portugal, e a Sorbonne – Paris X, na França.

Entre outras conquistas, em 1984 foi fundada a *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, com periodicidade semestral e que, em 2009, vinculou-se ao Programa de Pós-Graduação da FDSM, onde está alocado o Mestrado Acadêmico em Direito, que também comemora seus 10 anos de implantação em 2019.

Nesse contexto, a missão da FDSM hoje é *oferecer cursos de graduação e pós-graduação na área do Direito, com a execução de atividades confiáveis de ensino, pesquisa e extensão, perante seus alunos, colaboradores e a sociedade em geral,*

contribuindo assim para o desenvolvimento social. Nossa revista contribui com essa missão estando vinculada a dois objetivos: estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo, e promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação e interação.

Nossa instituição contribuiu para a consolidação de nossa sociedade na segunda metade do século XX e, neste século XXI, além de acompanhar as transformações sociais, tem se mantido protagonista no campo do ensino jurídico.

Agradecemos a todos os editores que já passaram pela *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, bem como aos vários colaboradores e autores de artigos, que, ao confiar em nosso trabalho, ajudam a fomentar a pesquisa. Esperamos continuar a merecer o apoio da comunidade acadêmica, a fim de que possamos celebrar muitos anos de atuação.

Profa. Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

Editora-Chefe

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial.....	III
A inclusão da pessoa com deficiência na educação brasileira: uma visão biopolítica	1
<i>La inclusión de la persona con discapacidad en la educación brasileña: una visión biopolítica</i>	
Ana Silvia Marcatto Begalli ■ Carlos Roberto da Silveira	
A interface axiologia e sistema capitalista na Constituição Federal: hermenêutica aplicada para um desenvolvimento sustentável.....	21
<i>The interface axiology and capitalist system in the Federal Constitution: hermeneutics applied for sustainable development</i>	
Marcelo Gonçalves da Silva ■ Alexandre Augusto Fernandes Meira ■ Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
Análise crítica da expressão “garantia da ordem pública” na prisão preventiva	41
<i>Critical analysis of the expression “guarantee of public order” in pretrial detention</i>	
Matheus Arcangelo Fedato ■ Luiz Fernando Kazmierczak	
A política criminal atuarial e a gestão econômica dos riscos: a castração química no Brasil	61
<i>The actuarial criminal policy and the economic management of risk: the chemical castration in Brazil</i>	
Fernanda Carolina de Araujo Ifanger ■ Nathália Bortoletto Gravina	
A racionalização do estado e o uso tecnocrático das tecnologias de big data	87
<i>The rationalization of the state and the technocratic use of big data technologies</i>	
João Roberto Gorini Gamba	
“Cross-fertilization” as a neocolonial tool? Impressions deriving from the Artavia Murilo vs. Costa Rica case before the Interamerican Court of Human Rights.....	107
<i>“Fertilização cruzada” como ferramenta colonial? impressões derivadas do caso Artavia Murilo vs. Costa Rica perante a Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	

Déficits da democracia representativa e o fomento à antipolítica: aspectos introdutórios	133
<i>Defectives of representative democracy and the promotion of antipolitics: introductory aspects</i>	
Rogério Gesta Leal ■ Roberta de Moura Ertel	
Direito da Criança e do Adolescente nos cursos de direito no Rio Grande do Sul.....	151
<i>Child and Adolescent Law in law courses in Rio Grande do Sul</i>	
André Viana Custódio ■ Leonardo Jensen Ribeiro	
Direito de informação e fake news nas redes sociais na sociedade da informação.....	165
<i>Right to information and fake news in social networks in the information society</i>	
Roberto Senise Lisboa ■ André Faustino ■ Rogério Dirks Lessa	
Extrafiscalidade como instrumento para a obtenção de um meio ambiente sustentável.....	185
<i>Extrafiscality as an instrument for the obtainment of a sustainable environment</i>	
Flávia dos Santos Bombo ■ Tainá Fernanda Pedrini ■ Marcelo Buzaglo Dantas	
O controle jurisdicional da discricionariedade em políticas públicas de saúde: critérios materiais de apreciação.....	205
<i>The jurisdictional control of discretionarity in public health policies: material criteria for assessment</i>	
Zaiden Geraige Neto ■ João Pedro Silvestrini ■ Thiago Ribeiro Franco Vilela	
O preço da liberdade: análise jurisprudencial do dano moral por prisão ilegal	227
<i>The price of liberty: jurisprudential analysis about moral damages caused by an unlawful arrestment</i>	
Louise Ribeiro do Nascimento ■ Luana de Carvalho Silva Gusso	
■ Nestor Castilho Gomes	
Policies to encourage the preservation of cultural heritage: the mineiro example.....	251
<i>Políticas públicas de incentivo à preservação do patrimônio cultural: o exemplo mineiro</i>	
Giovani Clark ■ Patrícia Felizalle Guimarães	
Servirá o positivismo jurídico para “descascar abacaxis”?.....	271
<i>Will legal positivism serve to “peel pineapples”?</i>	
Temis Limberger ■ Celito de Bona	

Tecnologia como instrumento de efetividade do direito à prestação jurisdicional.....	309
<i>Technology as an instrument for the effectiveness of the right judicial provision</i>	
Jose Roberto Anselmo ■ Vivian Cristina Garcia de Freitas	
Themis and Diké: the transversal relationship between justice and revenge in the case of Federal Congressman Paulo Salim Maluf	327
<i>Themis e Diké: a relação transversal entre justiça e vingança no caso do Deputado Federal Paulo Salim Maluf</i>	
Wagner Gundim	

Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 35 (Edição Especial)
ISSN (eletrônico) N° 2447-8709

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

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

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Bruna Monique Machado Simões, Érick de Freitas Mendes, Jéssica Yume Nagasaki, Letícia Aparecida Gonçalves Dias.

Conselho Editorial:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;

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

Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;

Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;

Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;

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

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

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;

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

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;

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

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

Pareceristas atuantes:

Alexandre de Castro Catharina – UNESA/RJ
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas – Faculdade Baiana de Direito e Gestão
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci - MACKENZIE
Andressa Nunes Soilo - UFRGS
Andreza de Socorro Pantoja de Oliveira Smith - UFPA
Bruna Estima Borba -UFPE
Carlos Alberto Simões de Tomaz – UVV
Carina de Castro Quirino - UERJ
César Augusto - UFGD
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – FAAR/RO
Cláudio José Franzolin – PUC/CAMPINAS
Cláudio Ribeiro Lopes - UFMS
Cristian Kiefer da Silva - NEWTON / UNA / FAMINAS-BH
Cristiano Thadeu e Silva Elias – FDSM
Danielle Anne Pamplona – PUC/PR
Eduardo de Carvalho Regê - CESUSC
Elisiane Spencer Quevedo Goethel – UNESP
Fernanda Busanello Ferreira – UNIBRASIL
Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – PUC/CAMPINAS
Fernando Amorim – Centro Universitário CESMAC
Flávio Luís de Oliveira - ITE
Gina Gouveia Pires de Castro - Univasf, IFPE, Uninassau
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista - UFPB
Harrison Ferreira Leite - Uni. Federal da Bahia e Universidade Estadual de Santa Cruz
Henrique Weil Afonso - FADIC
Jair Aparecido Cardoso – USP
Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara - UFRJ
José Eduardo Lourenço dos Santos - UNIVEN
Julio Moraes Oliveira – FAPAM
Larissa Araújo Coelho - Universidade do Minho

Livio Pera - Università degli Studi di Sassari

Luís Cesar Souza de Queiroz – UERJ

Malu Mendes - Unsepe

Maria Cristina Zainaghi - UNIP

Nikolay Henrique Bispo - FGV

Rafael Zelesco Barretto - MACKENZIE

Rildo Mourão Ferreira - UniEVANGELICA

Rodrigo Wasem Galia – UFSM

Rogério Barros Sganzerla - UFRJ

Tauã Lima Verdán Rangel – FAMESC

Vinicius Parolin Wohnrath - UNICAMP

Bibliotecária responsável: Jaqueline de Faria Monteiro Martins.

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

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

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

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

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

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

Normas para a submissão de artigos:

Disponíveis em: <https://www.fdsm.edu.br/posgraduacao/revista.php> para

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

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: UMA VISÃO BIOPOLÍTICA

LA INCLUSIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN LA EDUCACIÓN BRASILEÑA: UNA VISIÓN BIOPOLÍTICA

Ana Silvia Marcatto Begalli*
Carlos Roberto da Silveira**

RESUMO

Este artigo tem por objetivo principal analisar a inclusão do aluno com deficiência no sistema educacional brasileiro sob uma possível perspectiva a partir da biopolítica. O trabalho possui três objetivos específicos: compreender a teoria da biopolítica, desde sua criação, por Michel Foucault, até a retomada, por Giorgio Agamben; analisar a razão pela qual a educação inclusiva, sob uma ótica da biopolítica, pode-se constituir como importante fator para a economia e a sociedade, e, por fim, expor os caminhos legais, sociais e práticos para a inserção do aluno com deficiência na escola.

Palavras-chave: Educação inclusiva; Biopolítica; Deficiência.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo principal analizar la inclusión del alumno con discapacidad en el sistema educativo brasileño bajo una posible perspectiva a partir de la biopolítica. El trabajo tiene tres objetivos

* Doutoranda em Educação pela Universidade São Francisco (USF). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharel em Direito. Professora do Centro Universitário de Jaguariúna, UniFaj – *Campus I*. E-mail: asbegalli@hotmail.com.

** Pós-doutor em Educação pela Universidade São Francisco (USF). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Camp). Especialista em Psicopedagogia Institucional e Clínica pela Universidade do Vale do Sapucaí (Univas). Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade de Administração e Informática de Santa Rita do Sapucaí (FAI). Professor do Curso de pós-graduação *stricto sensu* em Educação da USF – *Campus Itatiba-SP*. E-mail: carlosilveir@yahoo.com.br.

específicos: compreender a teoria de la biopolítica, desde su creación, por Michel Foucault, hasta la posterior retomada, por Giorgio Agamben; analizar la razón por la cual la educación inclusiva, bajo una óptica de la biopolítica, puede constituirse como un importante factor para la economía y la sociedad, y, por último, exponer los caminos legales, sociales y prácticos para la inserción del alumno con discapacidad en la escuela.

Palabras clave: Educación inclusiva; Biopolítica; Discapacidad.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo principal investigar a inclusão da criança e do adolescente com deficiência no sistema educacional brasileiro, realizando uma análise sob uma possível perspectiva da biopolítica. A biopolítica é uma teoria desenvolvida por Michel Foucault na década de 1970. Em breve síntese, pode-se dizer que, na passagem do século XVIII para o século XIX, o Estado passou a gerir e a controlar a vida da população, que se tornou, dessa forma, o objeto do poder. Giorgio Agamben retomou a teoria na década de 1990, ressignificando-a a partir dos conceitos do *homo sacer* e da vida nua. O *homo sacer* refere-se à figura arcaica do Direito Romano que poderia ser sacrificada sem qualquer punição. O *homo sacer* possui simples “vida nua”, que é aquela desprovida de direitos.

A educação é um direito fundamental social, de acordo com a Constituição Federal de 1988. O Brasil, como Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), tem como um de seus elementos essenciais os direitos fundamentais, tidos como um núcleo de direitos intangíveis, que não podem ser abolidos nem suspensos, salvo raras exceções¹. No bojo dos direitos fundamentais encontram-se os direitos fundamentais sociais (art. 6º, *caput*, CF/88), aqueles que visam erradicar as desigualdades sociais e que, para serem efetivados, dependem da realização de políticas públicas de ação afirmativa por parte do Estado.

Investigar a inclusão do aluno com deficiência no ensino infantil, fundamental e médio é um assunto que se mostra relevante, uma vez que, em 2010, o Censo registrou que as pessoas com deficiência têm taxas de escolaridade menores que a população sem nenhuma deficiência. Entre a população com deficiência, 61,1% das pessoas do país com 15 anos ou mais e com algum tipo de deficiência não têm instrução ou possuem apenas o ensino fundamental incompleto. Entre as pessoas sem deficiência, esse índice vai para 38,2%. Uma diferença de 22,9% no nível de instrução². A defasagem na educação possui consequências graves,

¹ São exceções o estado de sítio e o estado de defesa, previstos no art. 21, inciso V, da CF/88.

² OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. p. 17.

pois sem qualificação profissional torna-se mais difícil o ingresso no mercado de trabalho. Os dados do Censo comprovam essa afirmação. A população ocupada com pelo uma das deficiências (visual, auditiva, física e intelectual) representa 23,6% (20,4 milhões) do total de ocupados (86,4 milhões). Das 44,0 milhões de pessoas com deficiência em idade ativa, 53,8% (23,7 milhões) não estão ocupadas, ou seja, mais da metade³.

Assim, este trabalho se apresenta com três objetivos específicos: entender a teoria da biopolítica de Michel Foucault a Giorgio Agamben; compreender por que a inclusão na escola é um fator relevante para a sociedade e para a economia, quais os riscos que se potencializam com o processo de exclusão e quais resultados podem ser otimizados por meio da inclusão; e, por fim, investigar quais os caminhos que podem promover a inserção da criança e do adolescente com deficiência na educação básica, em especial no que concerne à integração entre escola e família.

BIOPOLÍTICA: DE MICHEL FOUCAULT A GIORGIO AGAMBEN

Na Grécia Antiga, a vida podia ser definida e entendida sob duas formas: a *zoé* e a *bios*. A primeira era uma forma de vida natural, puramente biológica, referente a todos os seres vivos. No entanto, com a politização da vida, alguns seres humanos eram desprovidos de direitos e de cidadania. A segunda era a forma de vida da pessoa detentora de direitos, que a tornava uma cidadã com participação política dentro da *polis*⁴.

Nas cidades-estados gregas, as chamadas *polis*, os escravos eram um exemplo dessa forma de vida, a *zoé*, ou seja, tinham uma existência biológica, mas eram desprovidos de qualquer direito ou de participação política. De acordo com Arendt, “os antigos raciocinavam de modo contrário: achavam necessário ter escravos em virtude da natureza servil de todas as ocupações que fornecessem o necessário para a manutenção da vida”⁵. Naquela sociedade, a honra e a dignidade estavam ligadas à participação na esfera pública e o trabalho era considerado uma condição que inferiorizava o homem. Ainda segundo Arendt, “os homens que precisassem trabalhar e tivessem restrito o seu convívio na *polis*, em virtude das necessidades ordinárias da vida, estariam inferiorizados perante os demais”⁶.

³ OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do Censo 2010*, cit., p. 17.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 9.

⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 103.

⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 211.

Na passagem do século XVIII para o século XIX, uma grande transformação ocorreu: o homem deixou de ser visto como ser individualizado e passou a fazer parte de um corpo social, e esse ente tornou-se o objeto da atuação governamental. O governo passou, então, a gerir a vida de forma coletivizada. A atuação estatal não possui mais como seu maior propósito fortalecer o soberano ou conquistar territórios, e as ações governamentais destinaram-se, a partir de então, a controlar a vida. Nas palavras de Foucault:

O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidades de vida, uma saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar e um espaço em que se podem reparti-las de forma otimizada. Sem dúvida, pela primeira vez na história, o biológico reflete-se no político, o fato de viver já não é aquele alicerce inacessível que só de tempos em tempos emerge no mercado da morte e na sua fatalidade, passa em parte para o campo de controle do saber e de intervenção do poder⁷.

A vida passa a ser, dessa forma, o objeto da política, mas dentro de uma feição massificada. Nasceu assim a biopolítica. A vida entrou para os cálculos do governo, que passou a direcionar seus mecanismos de poder para gerenciá-la. São exemplos o controle das taxas de mortalidade e de natalidade. Quais seriam as consequências da biopolítica? Foucault argumenta que, para que o governo possa exercer esse poder sobre a vida (biopoder), “a lei deve sempre estar armada, e sua arma por excelência é a morte, ainda que como último recurso”⁸. No seu entendimento:

O direito de morte tenderá desde logo, a deslocar-se, ou pelo menos apoiar-se, em exigências de um poder que gere a vida, e a ordenar-se ao que elas reclamam. Esta morte que se baseava no direito do soberano de se defender ou exigir que o defendam vai surgir como o simples reverso do direito para o corpo social de garantir a sua vida, de a manter, ou de a desenvolver⁹.

As teorias acerca da biopolítica foram ressignificadas na década de 1990 por Giorgio Agamben, que passou a tratar da questão da politização da vida utilizando-se dos conceitos do *homo sacer* e da vida nua. O primeiro é uma figura do Direito Romano Antigo “que possui uma morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele”¹⁰. Ou seja, trata-se de uma pessoa que pode ser

⁷ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Pedro Tamen. Lisboa: Relógio D'Água, 1994. p. 144-145.

⁸ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, cit., p. 146.

⁹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, cit., p. 139.

¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*, cit., p. 84.

morta, sem que haja uma punição para tal ato. O *homo sacer* possui, portanto, uma vida nua, que é a própria vida desprovida de direitos. Para Agamben, “a política ocidental desde os seus primórdios tem relação com a vida e a exclusão da vida”¹¹.

Dessa forma, surge o paradoxo da inclusão-exclusão, pois o *homo sacer* está excluído do ordenamento jurídico, ante a ausência de direitos que permeia a sua existência, mas também está incluído nele, pois esse mesmo ordenamento que lhe nega direitos permite que ele seja sacrificado sem sanção posterior. Na lição de Agamben, “o que foi posto pelo bando é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e simultaneamente capturado”¹². É essa a própria vida nua, a vida indigna de ser vivida:

A “vida indigna de ser vivida” não é, com toda evidência, um conceito ético, que concerne às expectativas e legítimos desejos do indivíduo: é sobretudo, um conceito político, no qual está em questão, a extrema metamorfose da vida matável e insacriável do *homo sacer*, sobre o qual se baseia o poder soberano¹³.

Assim, questiona-se: onde está o *homo sacer*? Quem são os portadores dessa vida indigna de ser vivida? A resposta está na sociedade e na valoração que se dá à vida de determinados grupos ou pessoas. A figura do *homo sacer* está no refugiado que precisa deixar sua pátria para proteger a própria vida, mas não encontra abrigo em outros países. Está no morador de rua marginalizado. Na pessoa negra vítima do *apartheid*. No povo judeu vítima do holocausto. O *homo sacer* está à nossa volta. Essa é a vida nua, carente de direitos.

Ao politizar a vida, o poder soberano passa a ter o poder de excluir e incluir. Exclui porque não lhe confere direitos, mas inclui porque tem o poder de decidir sobre sua vida e morte. Para Agamben, a “biopolítica pode deste modo, converter-se em tanatopolítica”¹⁴. No que tange à educação, pode-se dizer que as políticas governamentais direcionadas à inclusão da criança e do adolescente com deficiência também são formas de exercer um comando sobre a vida dessa parcela da população. E não imotivadamente. Para Foucault, tem-se “um poder que gera a vida e a faz se ordenar em função de seus reclamos”¹⁵. E quais são as razões pelas quais a educação inclusiva entrou para os cálculos do governo, tornando-se

¹¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 78.

¹² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, cit., p. 116.

¹³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, cit., p. 189.

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, cit., p. 119.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, cit., p. 128.

um elemento significativo para a economia e para a sociedade? Isso é investigado logo a seguir.

A INCLUSÃO NA EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA BIOPOLÍTICA

Para entender a importância da inclusão da criança e do adolescente com deficiência na educação sob uma possível perspectiva da biopolítica, é necessária, primeiramente, a compreensão de uma linha de raciocínio em que se pode relacionar o movimento de exclusão na escola com a desigualdade social, que gera prejuízos ao desenvolvimento econômico do Estado, além de potencializar inúmeros riscos a este e coibir a consecução de determinados resultados. De acordo com Hoffmann, “pesquisas mostram uma associação da desigualdade da distribuição da renda no Brasil com o nível e a distribuição da escolaridade”¹⁶.

Nesse sentido, um estudo realizado pela Fundação Getulio Vargas (FGV) apontou a relação entre a pobreza e a evasão escolar: das cerca de 3,12 milhões de pessoas de 15 a 17 anos, 30% possuem renda *per capita* inferior a R\$ 100 mensais. A taxa de evasão escolar delas é 23,3%, contra 5,8% das 20% mais ricas. Já a evasão por restrição de renda é 446% maior entre os mais pobres. Entre 2004 e 2006, observou-se uma redução absoluta de 12,4% nos motivos de falta de oferta e de 9,8% na falta de interesse intrínseco na educação, ao mesmo tempo que houve um acréscimo de 27,8% na evasão absoluta dos pobres por motivo de falta de renda¹⁷. A evasão escolar está ligada à pobreza e à desigualdade. Fatores como as dificuldades de transporte, locomoção, distância, além da necessidade de contribuir para o sustento da família, são circunstâncias que colaboram para o abandono dos estudos.

O afastamento do aluno do ensino infantil, fundamental e médio não propicia sua entrada no ensino técnico ou superior, afetando a qualificação profissional para o mercado de trabalho. Como do trabalho se auferem uma remuneração, esse processo de exclusão inibe a geração de renda e, por consequência, favorece o aumento da pobreza e da miserabilidade. Cria-se assim uma relação de interdependência entre o baixo grau de escolaridade e a desigualdade social e econômica. A penúria que afasta o aluno da escola torna-se a consequência desse abandono, estabelecendo um círculo vicioso, que, para ser rompido, depende

¹⁶ HOFFMAN, Rodolfo. Distribuição de renda e crescimento econômico. *Estudos Avançados*, col. 15, n. 41, São Paulo, jan.-abr. 2001. Disponível em: http://www.scielo.b/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000100007. Acesso em: 14 maio 2017.

¹⁷ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; NERI, Marcelo Côrtes (coord.). *Tempo de permanência na escola e as motivações dos sem-escola*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2009. p. 8.

de uma transformação no âmbito escolar, tornando-o acessível e inclusivo de forma efetiva. É necessário fazer com que o aluno não apenas ingresse, mas se mantenha na escola.

Nesse sentido se vislumbra-se por que a inserção na escola também passa a ser objeto das ações governamentais e se torna importante do ponto de vista econômico e social: o ingresso e a preservação do aluno na educação colaboram para a obtenção de um posto de trabalho, aumentando a renda e estimulando o consumo. Esse movimento ainda impulsiona a industrialização, o comércio e a circulação de bens e serviços, fomentando a economia. Todo esse processo acaba por tornar maior a arrecadação do Estado em tributos, que devem promover melhora na qualidade de vida da população, se bem administrados e investidos em setores como saúde, educação, transporte e saneamento básico. É óbvio que esse conjunto de forças somadas (geração de renda, consumo, industrialização, comercialização) faz com que o Produto Interno Bruto (PIB) cresça. O PIB é a soma das riquezas produzidas em um determinado local (estado, país etc.) e em um determinado período de tempo (trimestre, semestre, ano etc.)¹⁸.

A exemplificação trazida acima serve para demonstrar como educação e trabalho, entendidos como elementos ligados entre si, são importantes para a economia. Para Foucault, o “biopoder foi, e não se pode duvidar disso, um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo”¹⁹. Por isso a inclusão na educação é politizada e passa a ser gerida pelo Estado. Não há como se olvidar que dois dos fatores para o crescimento econômico são a criação de postos de trabalho e o aumento da população assalariada, que viabilizam o consumo e beneficiam as mais variadas atividades econômicas. Assim, denota-se que a inclusão não é contrária ao sistema capitalista; pelo contrário, ela serve de incentivo para este. É a desigualdade que não estimula o crescimento econômico. Nesse sentido:

No livro intitulado *Um projeto para o Brasil*, publicado em 1968, Celso Furtado discute como a elevada desigualdade da distribuição da renda no país condiciona um perfil da demanda global que inibe o crescimento econômico. Ele mostra como a tendência estrutural para a concentração da renda favorece o subemprego de fatores característico das economias subdesenvolvidas. Assinala que a concentração da renda causa uma grande diversificação das formas de consumo de grupos privilegiados. Isso beneficia as indústrias produtoras de bens de consumo duráveis, mas as dimensões reduzidas do mercado de cada produto

¹⁸ Cf. BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. *O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil: o papel do estado e das empresas*. São Paulo: Lexia, 2014, passim.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*, cit., p. 143.

impedem o aproveitamento das economias de escala, fazendo com que estas indústrias operem com custos relativamente altos²⁰.

O caso da pessoa com deficiência é emblemático no sentido de corroborar essa argumentação. Conforme mencionado anteriormente, de acordo com os dados do Censo 2010, as taxas de escolaridade e ocupação da pessoa com deficiência no Brasil são baixas. E a exclusão da educação e do trabalho coloca esse grupo em situação de flagrante vulnerabilidade social. Não por acaso, 27% da população brasileira com deficiência vive em situação de pobreza extrema e 53% é pobre. Ao redor do mundo, a situação também não se mostra favorável. Isso porque existem ao todo 600 milhões de pessoas com deficiência, sendo que 400 milhões vivem em países pobres ou em desenvolvimento²¹. Além disso, algumas estimativas sugerem que entre 15 e 20% das pessoas pobres nos países em vias de desenvolvimento possuem deficiência. Segundo o Banco Mundial, o desemprego da população com deficiência acontece de 80 a 90% na América Latina²².

Assim, partindo da perspectiva de que a baixa escolaridade e a evasão escolar geram desigualdade social e econômica (o que é maléfico para o Estado), pode-se afirmar que o governo, sob a ótica da biopolítica, além de otimizar resultados consequentes do aumento de renda e consumo, visa, ao promover a inclusão no sistema educacional, minimizar os mais variados riscos, uma vez que a pobreza gera custos e consequências graves. Além de não contribuir para o avanço da economia, a pobreza ainda é responsável por onerar o governo, pois, segundo a Constituição Federal (art. 6º), trata-se de um dever deste o amparo aos grupos mais vulneráveis (assistência aos desamparados). Por isso, um dos pilares da Seguridade Social é justamente a Assistência Social, que concentra suas políticas e ações no combate à pobreza e na proteção dos mais necessitados, tais como idosos, crianças e também as pessoas com deficiência.

Conforme prescreve o art. 1º da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n. 8.742/93), “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. No Brasil, os gastos com a Assistência Social são altos. Segundo dados do Tribunal de Contas da União (TCU) em 2013, a Função Assistência Social ficou em quinto lugar no *ranking* de gasto do governo, representando 6,86% do total. Ao comparar 2012 e 2013, o

²⁰ HOFFMAN, Rodolfo. Distribuição de renda e crescimento econômico, cit.

²¹ VITAL, Flávia Maria de Paiva. Preâmbulo. In: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (coord.). *A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Brasília: CORDE, 2008. p. 24.

²² VITAL, Flávia Maria de Paiva. Preâmbulo, cit., p. 24.

gasto com a função aumentou R\$ 8,01 bilhões (14,15%), próximo da média da variação dos gastos. que foi de 14,88%, considerando os aumentos e reduções das funções²³.

A pobreza também torna maiores os gastos com a saúde pública. A situação da população de baixa renda a impede de ter, muitas vezes, acesso a saneamento básico, à alimentação saudável, ao tratamento de enfermidades, a medicamentos, além de esclarecimento e informação, fatores que colaboram para o surgimento e o agravamento de doenças. A educação, ou a falta dela, também repercute fortemente na questão da criminalidade e da segurança pública. A escola tem o condão de propiciar disciplina, interesses em atividades acadêmicas e profissionais, prática de esportes e, por fim, tira a criança e o adolescente das ruas. Na posição de Rolim:

Sabemos que os investimentos em educação também tendem a repercutir fortemente em conquistas de segurança pública. Tem-se boa indicação a respeito quando, por exemplo, comparamos a educação dos presos nos diferentes países com os indicadores médios de escolarização das respectivas populações nacionais. Invariavelmente, observamos que as taxas de analfabetismo são muito superiores entre os presos, quando comparadas com o total de analfabetos em cada país e que os níveis de escolarização presentes na massa carcerária situam-se sensivelmente abaixo dos verificados no conjunto da população²⁴.

A criminalidade gera altos custos para o Estado em segurança pública. As suas consequências na sociedade também se refletem fortemente na economia. Para Jaitman e Keefer:

Perante os altos índices de criminalidade, os custos do crime podem ser significativos: os indivíduos mudam seu comportamento para evitar o crime ou participar em atividades criminosas, os domicílios e os negócios gastam para se proteger contra o crime, as empresas reduzem seus níveis de investimento e incorrem em perdas de produtividade e os governos mudam a alocação dos recursos para enfrentar os problemas relacionado²⁵.

²³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemático de Fiscalização*. Assistência Social. Disponível em: http://portal.tcu.gov.br/data/files/D1/21/01/F5/DFC1E4104E3AC1E41A2818A8/Fisc_Assistencia_Social_web.pdf. Acesso em: 12 maio 2017.

²⁴ ROLIM, Marcos. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana*. Brasília: Unesco, 2008. p. 43.

²⁵ JAITMAN, Laura; KEEFER, Philip. *Por que é importante estimar os custos do crime? Uma agenda de pesquisa para apoiar as políticas de prevenção ao crime na região: os custos do crime e da violência*. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Editora Laura Jaitman, 2017. p. 1.

Assim, o que se deduz é que não sem motivos a educação foi alçada à categoria de direito fundamental social pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988. Silva leciona que esses direitos são os “que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”²⁶. E não há dúvidas de que a educação tem o condão de promover a inclusão e a igualdade. Mas esse direito deve ser concretizado na prática. Eis o objeto do tópico seguinte.

CAMINHOS PARA A INCLUSÃO: A INTEGRAÇÃO ENTRE ESCOLA E FAMÍLIA

De modo já assinalado, a educação é um direito garantido constitucionalmente. Além disso, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96) também garante o acesso de todos os alunos ao sistema educacional. Em seu art. 59, menciona claramente os alunos que possuem algum tipo de deficiência: “Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), da mesma forma, prevê expressamente o direito à educação:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A educação inclusiva é um modelo de sistema educacional no qual todos os alunos devem ser atendidos, levando-se em consideração suas características e necessidades individuais. Trata-se de um formato de escola que preza e reconhece a diversidade. E isso diz respeito não somente aos alunos com algum tipo de deficiência, mas também aos discentes com dificuldades de aprendizagem ou altas potencialidades. Visando proporcionar uma educação de qualidade a todos, a escola deve se utilizar de todos os recursos disponíveis para tanto. Nesse sentido, surge a educação especial, que se volta “para o atendimento às especificidades desses estudantes no processo educacional e (...) orienta a organização de redes de apoio, a formação continuada, a identificação de recursos, serviços e o desenvolvimento de práticas colaborativas”²⁷. Pode-se afirmar que a educação especial faz parte do modelo de educação inclusiva.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 286.

²⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=comdocman&view>

Destacou-se aqui que o direito à educação já está cristalizado, mas é imprescindível ressaltar também que um direito não pode ficar restrito à letra fria da lei: ele deve ser efetivado e desfrutado na prática. A efetivação dos direitos fundamentais sociais depende da realização de políticas públicas de ação afirmativa por parte do Estado. As ações afirmativas visam, por meio de ações governamentais, proporcionar a grupos considerados vulneráveis a sua inserção nos mais diversos campos, como trabalho, saúde e educação, superando a intolerância e dando origem à verdadeira igualdade. Na explicação de Gomes, elas “consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material (...)”²⁸:

Tendo como objetivo a materialização de uma educação acessível a todos, o Ministério da Educação, por meio da Secretaria de Educação Especial, lançou, em 2003, o *Programa Educação Inclusiva: Direito à Diversidade* em todos os estados e no Distrito Federal. Essa ação envolve 106 municípios-polo que atuam como multiplicadores para municípios da sua área de abrangência, compreendendo atualmente 1.869 cidades. Seu objetivo é a formação de gestores escolares, professores e educadores “para efetivar a transformação dos sistemas educacionais em sistemas educacionais inclusivos, tendo como princípio, a garantia do direito dos alunos com necessidades educacionais especiais de acesso e permanência, com qualidade, nas escolas regulares”²⁹.

Em 2008, o mesmo ministério, por meio da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão, apresentou a *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*, que acompanha “os avanços do conhecimento e das lutas sociais, visando constituir políticas públicas promotoras de uma educação de qualidade para todos os estudantes”³⁰. Seu objetivo é atender os estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação. Entretanto, é necessário que, além do ingresso na escola, a inclusão ocorra dentro desta, perfazendo-se na prática. Nesse sentido:

O simples acesso à escola é condição necessária, mas não suficiente para tirar das sombras do esquecimento social milhões de pessoas cuja exis-

=download & alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-0512201 4&Itemid=30192. Acesso em: 15 maio 2017.

²⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6-7.

²⁹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO; ALVES, Denise de Oliveira (coord.). *Educação inclusiva: direito à diversidade*. Brasília: Ministério da Educação, 2005. p. 9.

³⁰ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*, cit.

tência só é reconhecida nos quadros estatísticos. E que o deslocamento do processo de exclusão educacional não se dá mais principalmente na questão do acesso à escola, mas sim dentro dela, por meio das instituições de educação formal³¹.

É imprescindível saber se a criança e o adolescente com deficiência, após a fase da matrícula, estão verdadeiramente sendo incluídos no âmbito da escola e do processo de ensino e se lhes são dadas condições favoráveis de aprendizagem e socialização. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas sobre evasão escolar, 45,1% dela se dá pela falta de oferta de vagas no que tange a alunos com deficiência, apontando, assim, para a carência de escolas inclusivas³². Não basta a simples entrada, pois, se o aluno frequenta a escola, mas não consegue desenvolver-se e socializar-se, o que se verifica é um manifesto processo de exclusão pela inclusão. Assim, quando se fala em acessibilidade, deve-se considerar um movimento amplo, em que se rompem inúmeras barreiras, que não dizem respeito somente a empecilhos arquitetônicos, mas também à superação da intolerância.

A inclusão do aluno com deficiência no ensino infantil, fundamental e médio depende da atuação e integração de basicamente dois pilares: o professor/escola e a família. O professor e a equipe pedagógica atuam de forma significativa nesse processo. O primeiro passo rumo a uma educação inclusiva é o reconhecimento da diversidade por parte do docente e da escola. Os alunos não são todos iguais e possuem singularidades que devem ser consideradas no processo de aprendizagem. De acordo com Ramos, “é necessário desfazer a ideia de homogeneidade e ter consciência das diferenças, pois a aprendizagem é algo individual que ocorre no ambiente coletivo”³³.

Na visão de Magalhães e Cardoso, “o que ocorrerá, muitas vezes é um diálogo tônico emocional que abre as portas para os vínculos que permitem o aprendizado de conteúdos”³⁴. Assim, ao se dar conta da multiplicidade do corpo discente, o professor poderá fazer adaptações para atender às necessidades deste. E essas adequações vão depender das situações que são observadas e vivenciadas no ambiente escolar. Ramos relata, por exemplo, a história de uma criança de

³¹ MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. 2. ed. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 11.

³² FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; NERI, Marcelo Côrtes (coord.). *Tempo de permanência na escola e as motivações dos sem-escola*, cit., p. 7.

³³ RAMOS, Rossana. *Inclusão na prática: estratégias eficazes para a educação inclusiva*. 3. ed. São Paulo: Summus, 2016. p. 56.

³⁴ MAGALHÃES, Rita de Cássia Barbosa Paiva; CARDOSO, Ana Paula Lima Barbosa. Docência no contexto da escola inclusiva. In: ORRÚ, Sílvia Ester (org.). *Para além da educação especial: avanços e desafios de uma educação inclusiva*. Rio de Janeiro: Wak, 2014. p. 41.

oito anos que possuía uma deficiência visual, além de dificuldades de linguagem e interação. A professora passou a aplicar jogos que lhe propiciavam saber mais sobre a localização dos objetos e das pessoas³⁵.

A autora conta também o caso de uma professora que, ao receber um aluno com deficiência auditiva, resolveu aprender a Língua Brasileira de Sinais junto com os outros estudantes da turma³⁶. Há ainda o caso da docente que, para ensinar o movimento artístico do cubismo, desenvolveu atividades que incluíam todos os alunos (passeio pelo quarteirão, desenhos de formas geométricas, observação do próprio rosto etc.), uma vez que na turma havia dois estudantes com deficiência intelectual. Em uma dessas atividades, uma das alunas com deficiência aprendeu a escrever o próprio nome³⁷. São situações em que a didática se ajustou às particularidades dos discentes.

Assim, o que se depreende é que os projetos pedagógicos e os currículos escolares não podem ser amarrados e inflexíveis, pois devem atender às demandas dos alunos matriculados na escola. E essas exigências variam não só tendo em vista as deficiências físicas, intelectuais, auditivas e visuais, mas também o grau em que elas se apresentam. Duas pessoas com uma mesma deficiência podem não ter o mesmo desenvolvimento se estiverem inseridas em contextos sociais, culturais e econômicos distintos. Por isso, o Ministério da Educação e Cultura (MEC) estabeleceu as diretrizes para a educação especial infantil e menciona o “uso de recursos e técnicas especiais para que seja viabilizado o acesso ao currículo por parte do educando. Deverá ser disponibilizado um currículo funcional para atender as necessidades práticas da vida”³⁸. Para Correia:

É também importante que não se considere que o aluno tem um caminho definido a percorrer, traçado essencialmente, por um conjunto de exigências curriculares predeterminadas. Devem ser as características e necessidades dos alunos a determinar o currículo³⁹.

Por isso torna-se tão relevante a percepção do professor em relação à realidade fática que lhe é apresentada. Não se duvida da importância de ter um plano pedagógico com os conteúdos a serem lecionados e os objetivos a serem alcançados no ano letivo, porém o processo de aprendizagem deve ser pensado como

³⁵ RAMOS, Rossana. *Inclusão na prática*, cit., p. 48.

³⁶ RAMOS, Rossana. *Inclusão na prática*, cit., p. 70.

³⁷ RAMOS, Rossana. *Inclusão na prática*, cit., p. 71.

³⁸ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica*. MEC: SEESP, 2001. p. 58.

³⁹ CORREIA, Luís de Miranda. O sistema educativo português e as necessidades educativas especiais ou quando inclusão quer dizer exclusão. In: CORREIA, Luís de Miranda (org.). *Educação especial e inclusão: quem disser que uma sobrevive sem a outra não está em seu perfeito juízo*. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2010. p. 35.

algo mais amplo, considerando a diversidade das turmas e as especificidades das situações que se sucedem no contexto escolar. Se o corpo docente é mutável, a didática e os recursos de ensino não podem ser imutáveis e engessados. Os métodos de aprendizagem devem variar, acompanhando as transformações das turmas e dos alunos. Nesse sentido, Correia afirma que “a formação docente, assim, ganha outra dimensão quando não enfatiza apenas o cognitivo, o conceitual, mas trabalha a imbricada relação entre corpo, mente e emoção e dessa forma, explora toda a gama de potencialidades (...)”⁴⁰. O MEC enfatiza que:

Os sistemas de ensino devem organizar as condições de acesso aos espaços, aos recursos pedagógicos e à comunicação que favoreçam a promoção da aprendizagem e a valorização das diferenças, de forma a atender as necessidades educacionais de todos os estudantes. A acessibilidade deve ser assegurada mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas, urbanísticas, na edificação incluindo instalações, equipamentos e mobiliários e nos transportes escolares, bem como as barreiras nas comunicações e informações⁴¹.

Ao tratar da educação especial no âmbito infantil, o Ministério da Educação também ressalta que “o atendimento em creches e pré-escolas inclusivas propõe novo fazer pedagógico: diferentes dinâmicas e estratégias, complementação, adequação e suplementação curricular quando necessário”⁴². Kronberg destaca ainda a importância do comprometimento dos professores, coordenadores e demais participantes do ambiente escolar, uma vez que, quando “todo o corpo de uma escola acredita que a inclusão é um resultado desejável para todos os alunos, o primeiro passo já está dado no sentido de criar uma comunidade escolar na qual todos os elementos são aceitos e valorizados”⁴³.

Além do corpo docente e pedagógico da escola, não há como olvidar que a família exerce papel determinante no processo de desenvolvimento e educação da criança e do adolescente com deficiência. A família é a primeira estrutura de socialização de qualquer pessoa. É no seio da família que ocorrem os primeiros (e muitas vezes definitivos) vínculos de afeto. A relevância da família no proces-

⁴⁰ CORREIA, Luís de Miranda. O sistema educativo português e as necessidades educativas especiais ou quando inclusão quer dizer exclusão, cit., p. 49.

⁴¹ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*, cit.

⁴² MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SEESP/MEC (coordenação-geral). *Educação inclusiva: a família*. Organização Maria Salete Fábio Aranha. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Educação Especial, 2004. p. 12.

⁴³ KRONBERG, Robi. M. A inclusão em escolas e classes regulares: a educação especial nos Estados Unidos: do passado ao presente. Tradução de Isabel Maria Pardal Haumann Soares. In: CORREIA, Luís de Miranda (org.). *Educação especial e inclusão: quem disser que uma sobrevida sem a outra não está em seu perfeito juízo*. 2. ed. Porto: Porto Editora. p. 56.

so educacional foi inclusive tema da Declaração de Salamanca, emanada da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre educação especial. Em seu art. 6º, o documento destaca que “o sucesso delas (escolas inclusivas) requer um esforço claro, não somente por parte dos professores e dos profissionais na escola, mas também por parte dos colegas, pais, famílias e voluntários”. E no art. 59 evidencia que “uma parceria cooperativa e de apoio entre administradores escolares, professores e pais deveria ser desenvolvida e pais deveriam ser considerados enquanto parceiros ativos nos processos de tomada de decisão”⁴⁴. Nesse sentido, Perez e Martins lecionam:

A família deve ser considerada participante ativa no processo de educação de seus filhos com deficiência, como uma colaboradora indispensável para que uma parceria seja construída com o objetivo de promover o desenvolvimento de todos. O bom relacionamento entre família e professores traz melhoria na compreensão das necessidades, interesses e potencialidades da criança, auxilia na seleção das áreas de interesse e esforço, na troca de informações e na busca de novos âmbitos de ação, possibilitando criação de novas formas de reforço, atividade e vínculos afetivos e, por fim, contraste de sentimentos, atitudes e pontos de vista⁴⁵.

Estando presente na vida da criança e do adolescente, a família consegue perceber de que maneira evolui o aluno, quais são as suas necessidades, quais recursos poderiam ser utilizados no processo da aprendizagem e quais estão gerando resultados produtivos. Assim, o apoio da família e a sua integração com a escola e com os professores tornam-se elementos essenciais para uma educação inclusiva bem-sucedida. A família deve ser atuante nesse sentido, compreendendo a importância de seu papel e interagindo com docentes e coordenadores. É necessária também a conscientização dos membros da comunidade, colegas e pais de alunos sobre a importância da inclusão no ambiente escolar.

Trata-se de proporcionar a *todos* os membros do corpo discente um ambiente escolar humanizado e em contato com a diversidade, no qual *todos* podem desenvolver as suas habilidades e com chances reais de evolução, livres de amarras baseadas na intolerância e no preconceito. Para Ramos, é importante a compreensão de que a pessoa com deficiência “não vai atrapalhar a aprendizagem

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Salamanca*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso: em 23 maio 2017.

⁴⁵ PEREZ, Márcia Cristina Argenti; MARTINS, Morgana de Fátima Agostini. Família-escola: discutindo finalidades, rupturas e desafios no processo educativo. In: CAPELLINI, Vera Lúcia Messias Fialho (org.). *Práticas em educação especial e inclusiva na área da deficiência*. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008. p. 24.

dos outros, e sim ajudá-los a vivenciar uma nova experiência como ser humano solidário⁴⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve por objetivo investigar a inclusão da criança e do adolescente no sistema educacional brasileiro, a partir de uma possível perspectiva da biopolítica. O que se pode notar é que, ao longo da Modernidade, a política passou a ter como seu principal objeto a vida da população, antes esquecida. Essa é a biopolítica. A educação também entrou para os cálculos do governo, que direcionou as políticas públicas e ações governamentais para a inclusão de pessoas com deficiência no sistema educacional, gerenciando, assim, a vida de uma parcela da população.

Analisando a educação inclusiva para crianças e adolescentes com deficiência numa possível ótica da biopolítica, a conclusão a que se chegou é a de que a exclusão do ambiente escolar gera inúmeros prejuízos para o Estado. Essa afirmação é confirmada pelos dados trazidos nesta pesquisa. A população com deficiência encontra-se em situação de defasagem no que tange à questão da escolaridade. Não sem motivo, também se encontra em situação de exclusão do mercado de trabalho e, em sua maioria, em estado de pobreza. As consequências desse processo é o aumento dos gastos do Estado com saúde, assistência social, segurança pública, dentre outros. Além disso, tal conjuntura não favorece o desenvolvimento econômico, visto que, do liberalismo do século XVIII ao neoliberalismo do século XXI, uma nova abordagem é cobrada dos governos. Conforme disse Foucault, “é necessário governar para o mercado, em vez de governar por causa do mercado⁴⁷”.

Nessa perspectiva, a inclusão na educação é um importante fator para a economia e para a sociedade, por isso essa demanda passou a ser objeto do governo, devido ao mercado. A educação básica pode ser a força motriz para quebrar o círculo demonstrado nesse trabalho: evasão escolar do aluno com deficiência, desemprego, subemprego e pobreza. Gerenciar esse aspecto da vida de parte da população, por um lado, centra-se na política, mas, por outro, pode possibilitar melhoria nas condições de vida e viabilizar a inserção no mercado de trabalho, por meio da qualificação profissional. Mas, para que se efetive o direito à educação, são necessárias ações no âmbito escolar referentes à forma de lidar com a diversidade e as singularidades apresentadas pelos alunos. Nesse sentido, flexibilidade e adaptabilidade da grade curricular e da didática aplicada são palavras-

⁴⁶ RAMOS, Rossana. *Inclusão na prática*, cit., p. 37.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 165.

-chave para efetivar a educação acessível a todos. No caso da criança e do adolescente com deficiência, restou evidenciado que a harmonia e o diálogo entre a escola e a família são também peças primordiais para um desenvolvimento satisfatório na escola.

Assim, o que se denota é que a educação tem o condão de promover a inclusão social, transformar vidas e a sociedade como um todo. O caso da norte-americana Helen Keller⁴⁸ é, talvez, dos exemplos mais emblemáticos para essa assertiva. Nascida em 1880, no estado do Alabama, Helen possuía deficiências auditiva e visual severas. Permaneceu isolada durante anos, até a chegada da educadora Anne Sullivan em sua vida. Por meio do trabalho desenvolvido por Anne, Helen aprimorou-se e socializou-se. Graduou-se em filosofia pela Radcliffe College e se tornou uma respeitada escritora e conferencista. É esse o papel a ser desempenhado pela educação, como a ciência humana que é.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARENDDT, H. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BEGALLI, A. S. M. *O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil: o papel do Estado e das empresas*. São Paulo: Lexia, 2014.
- CAPELLINI, V. L. M. F. (org.). *Práticas em educação especial e inclusiva na área da deficiência*. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008.
- CORREIA, L. M. O sistema educativo português e as necessidades educativas especiais ou quando inclusão quer dizer exclusão. In: CORREIA, Luís de Miranda (org.). *Educação especial e inclusão: quem disser que uma sobrevive sem a outra não está em seu perfeito juízo*. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2010.
- FOUCAULT, M. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Pedro Tamen. Lisboa: Relógio D'Água, 1994.
- FOUCAULT, M. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS; NERI, Marcelo Côrtes (coord.). *Tempo de permanência na escola e as motivações dos sem-escola*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2009.

⁴⁸ Fato histórico notório, que dispensa referências bibliográficas.

GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOFFMAN, R. Distribuição de renda e crescimento econômico. *Estudos Avançados*, col. 15, n. 41, São Paulo, jan.-abr. 2001. Disponível em: http://www.scielo.b/scielo.php?scrip t=sci_ arttext&pid=S0103-40142001000100007. Acesso em: 14 maio 2017.

JAITMAN, L.; KEEFER, P. *Por que é importante estimar os custos do crime? Uma agenda de pesquisa para apoiar as políticas de prevenção ao crime na região: os custos do crime e da violência*. Banco Interamericano de Desenvolvimento. Editora Laura Jaitman, 2017.

KRONBERG, R. M. A inclusão em escolas e classes regulares: a educação especial nos Estados Unidos: do passado ao presente. Tradução de Isabel Maria Pardal Haumann Soares. In: CORREIA, Luís de Miranda (org.). *Educação especial e inclusão: quem disser que uma sobrevive sem a outra não está em seu perfeito juízo*. 2. ed. Porto: Porto Editora.

MAGALHÃES, R. C. B. P; CARDOSO, A. P. L. B. Docência no contexto da escola inclusiva. In: ORRÚ, Sílvia Ester (org.). *Para além da educação especial: avanços e desafios de uma educação inclusiva*. Rio de Janeiro: Wak, 2014.

MÉSZÁROS, I. *A educação para além do capital*. 2. ed. Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2008.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?Option=com_ docman&view=download&alias=1660-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva -da-educacao-inclusiva05122014&Itemid30 192. Acesso em: 15 maio 2017.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica*. MEC: SEESP, 2001.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL; ALVES, Denise de Oliveira (coord.). *Educação inclusiva: direito à diversidade*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO; SEESP/MEC (coordenação-geral). *Educação inclusiva: a família*. Organização Maria Saete Fábio Aranha. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Especial, 2004.

OLIVEIRA, L. M. B. *Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Salamanca*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017.

PEREZ, M. C. A.; MARTINS, M. F. A. Família-escola: discutindo finalidades, rupturas e desafios no processo educativo. In: CAPELLINI, Vera Lúcia Messias Fialho (org.).

Práticas em educação especial e inclusiva na área da deficiência. Bauru: MEC/FC/SEE, 2008.

RAMOS, R. *Inclusão na prática: estratégias eficazes para a educação inclusiva.* 3. ed. São Paulo: Summus, 2016.

ROLIM, M. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana.* Brasília: Unesco, 2008.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistemático de Fiscalização.* Assistência Social. Disponível em: http://portal.tcu.gov.br/data/files/D1/21/01/F5/DFC1E4104E3AC1E41A2818A8/Fisc_Assistencia_Social_web.pdf. Acesso em: 12 maio 2017.

VITAL, F. M. P. Preâmbulo. In: RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, F. M. P. (coord.). *A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.* Brasília: CORDE, 2008.

Data de recebimento: 10/07/2018

Data de aprovação: 20/03/2019

A INTERFACE AXIOLÓGICA DO SISTEMA CAPITALISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: HERMENÊUTICA APLICADA PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE AXIOLOGICAL INTERFACE OF THE CAPITALIST SYSTEM IN THE FEDERAL CONSTITUTION: APPLIED HERMENEUTICS FOR A SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Marcelo Gonçalves da Silva¹

Alexandre Augusto Fernandes Meira²

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas³

RESUMO

O presente artigo traz como tema a relação dos valores constitucionais com o sistema capitalista, sob o influxo de uma reflexão crítica e filosófica. O corte epistemológico se dá a partir de um enfoque hermenêutico que procura, na união da axiologia e economia, um pressuposto necessário e suficiente ao desenvolvimento sustentável. Justifica-se a presente temática à medida que decorreram mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal

¹ Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Bacharel em Direito pela mesma universidade. Pós-graduação em Políticas Públicas pela Escola de Contas ECTCMSP. Bolsista e pesquisador da CAPES. Advogado. E-mail: marcelo.adv paulista@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Público pela UNIFIA/SP. Bolsista e pesquisador da CAPES. E-mail: alemagaya@hotmail.com.

³ Doutor e mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor permanente do bacharelado em Direito da PUC/SP e do Curso de *Maestría en Derecho de las RRLL y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa* – Montevidéu/Uruguai. Advogado no Brasil e em Portugal. E-mail: robertocsgcaldas@uol.com.br.

de 1988 sem que o Brasil alcançasse o desenvolvimento preconizado. Por isso, o problema: por que, apesar de o País ser uma das maiores economias mundiais, os direitos fundamentais ainda carecerem de maior efetividade, sendo o subdesenvolvimento regional e sub-regional sua maior marca indicativa? A hipótese se desenha no sentido de demonstrar que o capitalismo, ao ser puramente voltado para concentrar a riqueza, faz da Carta Magna um documento ideológico, o que eterniza o subdesenvolvimento e a falta de efetividade dos direitos fundamentais. Tendo como foco uma análise à luz do Direito Constitucional e do Direito Econômico, o objetivo geral é revelar como o capitalismo egoísta atua neutralizando o Direito Econômico axiológico previsto pela Carta Política, o qual é essencial ao desenvolvimento. Especificamente, o escopo é demonstrar que a regulação jurídica axiológica do mercado deve ser realizada mediante um capitalismo ético e humanista, como meio de se realizar direitos fundamentais e produzir justiça social. Partindo de um recorte crítico da realidade, e tendo como marco teórico a doutrina contemporânea referida, adota-se o método dedutivo, com apoio da exploração bibliográfica e documental, para se comprovarem as premissas levantadas e se alcançarem os objetivos propostos.

Palavras-chave: Constituição Federal. Desenvolvimento sustentável. Direito Econômico axiológico. Direitos fundamentais. Efetividade.

ABSTRACT

The present article brings as theme the relation of constitutional values to the capitalist system, under the influence of a critical and philosophical reflection. The epistemological cut is based on a hermeneutical approach that seeks in the union of axiology and economics a necessary and sufficient presupposition for a sustainable development. This theme is justified in that more than thirty years have taken place since the promulgation of the Federal Constitution of 1988 without Brazil achieving the recommended development. Hence the problem: why, although the Country is one of the largest economies in the world, fundamental rights still lack greater effectiveness, with regional and sub-regional underdevelopment being their greatest indicative mark? The hypothesis is designed to demonstrate that capitalism, by concentrating wealth, makes the Constitution an ideological document, which eternalizes underdevelopment and the lack of effectiveness of fundamental rights. Focusing on an analysis in the light of Constitutional Law and Economic Law, the general objective is to reveal how selfish capitalism works, neutralizing the axiological Economic Law provided for by

the Constitution, which is essential to development. Specifically, the scope is to reveal that the axiological legal regulation of the market must be carried out through an ethical and humanist capitalism, as a means of realizing fundamental rights and producing social justice. Starting from a critical cut of reality, and having as theoretical framework contemporary doctrine referred, the deductive method is adopted, with support of documental and bibliographical exploration, to prove the premises raised and achieve the proposed objectives.

Key words: Federal Constitution. Sustainable development. Axiological Economic Law. Fundamental rights. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

A temática eleita, qual seja, a relação entre a axiologia constitucional e a ordem econômica capitalista, é de alta relevância num tempo em que o Brasil busca se projetar na seara da sustentabilidade. A sustentabilidade é um modelo de desenvolvimento que busca conciliar o potencial econômico com os valores humanos, sociais e ambientais.

Tendo como objeto a seara constitucional e o Direito Econômico, a justificativa do presente artigo se respalda pela própria crise política, jurídica e socioeconômica que o País atravessa. A atual conjuntura indica que é necessário estudar as razões pelas quais o desenvolvimento tem sido adiado e a norma jurídica relegada a um plano meramente formal e ideológico.

A hipótese concentra-se em revelar que o capitalismo brasileiro é extremamente concentrador de renda em promoção de desigualdade social, razão pela qual o desempenho da economia pátria acaba por suprimir, por vezes, a efetividade dos valores constitucionais relacionados aos direitos fundamentais, fazendo da Carta Magna um documento ideológico, que eterniza o subdesenvolvimento regional e sub-regional.

Pretende-se comprovar, no aspecto geral, que a ausência de efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais, por vezes, é proposital para atender, nesta eventualidade, os interesses de um capitalismo antiético, que, pela ideologia, mascara as diferenças entre as classes sociais, bem como uma correlata exploração econômica.

Demonstrar-se-á que as discrepâncias entre a axiologia constitucional e a economia de mercado são aparentes e perfeitamente conciliáveis. Isso porque os valores jurídicos objetivos e a lógica capitalista só não se harmonizam pragmaticamente por absoluta falta de vontade política, com reflexos jurídicos e econômicos, sendo suas contradições perpetuadas no plano concreto apenas por conveniência de interesses dominantes.

O objetivo específico, de conseguinte, é constatar que a regulação jurídico-axiológica de mercado é perfeitamente possível por meio da construção de um capitalismo ético e humanista, o qual é condição para a realização dos direitos fundamentais mediante justiça social, equilíbrio ambiental e prosperidade econômica, a evidenciar um desenvolvimento, assim, sustentável.

Localiza-se o campo amostral na análise hermenêutica da Constituição Federal, enquanto criadora de um Direito Econômico axiológico, o qual, aliado às potencialidades da Economia, forma um dos pressupostos do desenvolvimento sustentável.

Desse modo, se estabelece um traço perquiratório para se compreender de que modo os direitos fundamentais, os quais são a marca de um Estado democrático, não encontram respaldo, vezes muitas, no mundo factual. O fenômeno é compreendido na medida em que se descortinam os verdadeiros propósitos de cada um dos atores envolvidos, como o Estado e os detentores do poder econômico; em certas circunstâncias, seus reais interesses são escamoteados sob o manto da ideologia.

Na atual circunstância vivenciada pelo País, torna-se inadmissível a continuidade das abissais distâncias entre ricos e pobres, fato que permite o surgimento de graves problemas sociais como fome, miséria, pobreza, violência etc. Por isso é que o tema proposto se justifica, vez que, passados mais de trinta anos da Constituição de 1988, o Brasil ainda não conseguiu realizar o projeto constitucional do desenvolvimento sustentável com uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

Questiona-se, assim, por que razão, apesar de o País ser uma das maiores economias mundiais, os direitos fundamentais ainda carecerem de maior efetividade, sendo o subdesenvolvimento regional e sub-regional sua maior marca indicativa.

A problemática detectada, não obstante complexa e patente, emerge do seguinte questionamento pelo qual perpassa a metodologia adotada: como é possível dois campos teóricos tão importantes – Axiologia e Economia –, e com papéis primordiais no desenvolvimento ético do País, muitas vezes permanecerem em polos opostos, sendo o segundo preponderante.

Ao final, apresenta-se uma possível solução para o caso, apontando métodos eficientes e caminhos seguros que permitam superar o problema identificado e implantar um esquema que traga, na realidade concreta, o desenvolvimento sustentável.

O marco teórico, a seu turno, caracteriza-se por um conjunto referido de pensadores humanistas, os quais primam pela prevalência dos valores éticos sobre o objeto econômico, de modo que se efetive o desenho sustentável constitucional. Por essa linha de pensamento, não se deve perder de vista a supremacia do princípio da dignidade humana e da realização de uma sadia qualidade de vida a todos.

Destarte, para se alcançar o pretendido, a pesquisa adotou o método dedutivo, instrumentalizado por uma exploração documental e bibliográfica.

A CONFIGURAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE NA CARTA POLÍTICA BRASILEIRA DE 1988

A atual Constituição brasileira inaugurou um novo capítulo na história do País, depois de longo período político autoritário. O elenco de amplos direitos fundamentais insculpidos nos arts. 5º e 6º estabelece íntima relação com o que o Texto Magno classifica de “sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*).

Classificada como cidadã, a Constituição elaborou um conjunto de direitos que, se aplicados, encontram-se aptos a subsidiar o desenvolvimento humano, segundo um atuar social e estatal sustentáveis.

Ficou nítido que o temor ao regime político anterior – obstaculizador da democracia e dos direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – inspirou o legislador constituinte a criar um texto que conferisse amplas condições de projetar o País no rumo do desenvolvimento, repita-se, sustentável.

Há que se ressaltar que o texto, em si, representou considerável avanço na medida em que procurou colocar na ordem do dia a necessidade de se dar ao País um regime substancialmente democrático e um sistema de poder que promovesse e efetivasse os direitos fundamentais, individuais e sociais.

Cumprir destacar dois pontos importantes presentes na Carta Política em comento, tais sejam, sua axiologia objetiva e a eleição do sistema econômico capitalista, cujos princípios estão hospedados nos seus arts. 1º, IV, 3º, I e 170, *caput*, respectivamente, e que precisam ser verificados quanto à sua harmonização.

A teoria axiológica disposta no âmbito preambular constitucional tem como finalidade refletir os valores éticos da sociedade brasileira e guiar o intérprete em sua atuação intelectual, interpretativa e de aplicação normativa, sempre buscando a justiça social e o bem comum de uma coletivi-

dade trabalhadora, livre e solidária (art. 193, da CF/88).

Não se deve olvidar que os valores permeiam todo o texto da Constituição, entre os quais se destacam os princípios da dignidade humana, justiça social e moralidade administrativa (1º, III, 3º, I, e 37, *caput*).

O preâmbulo constitucional funciona como uma epístola de desígnios axiológicos, proclamando que a natureza do Estado brasileiro é composta por uma dimensão política e outra jurídica, sendo ambas indissociáveis de suas cargas valorativas.

A Constituição atual é inovadora, eis que elege um conjunto de valores éticos que buscam elevar a pessoa humana e garantir uma sadia qualidade de vida a todos, de forma que a simples letra da lei não prevaleça no Direito brasileiro.

Consoante o sistema econômico, apesar de o filtro hermenêutico constitucional ser o metaprincípio da dignidade humana, a Constituição deixou clara sua opção pelo modo de produção capitalista, o qual se sabe ser regido pela lógica da produtividade e lucratividade.

Entretanto, objetivando conter os exageros da economia de mercado, impuseram-se certos limites a este sistema, tendo em vista os valores éticos humanos, sociais e de justiça. Assim, ao indicar o capitalismo, a Carta Magna ressaltou a importância da função social da propriedade e da justiça social, tendo como alvo a construção de uma vida digna a todo o conjunto da sociedade (art. 170, *caput* e incisos).

Nos termos do texto constitucional, a economia capitalista não é incompatível com a axiologia ética adotada pela República Federativa do Brasil. Em que pese a produção e o lucro serem de suma importância, pois fomentam o mercado, abrem postos de empregos e aceleram o desenvolvimento, enquanto escopos do capitalismo, devem também submeter-se aos ditames de uma justiça social.

Com suas lógicas, regras e objetivos, a axiologia ética e a economia de mercado são igualmente defendidas pela Constituição, sendo dever do Estado e do setor empresarial unir esses dois campos, de forma a produzir o desenvolvimento sustentável do Brasil.

Os operadores do Direito têm diante de si uma agenda desafiadora, qual seja, interpretar o conteúdo jurídico da Constituição à luz de uma axiologia objetiva, com vistas a construir uma sociedade trabalhadora, justa, livre e solidária.

O livre mercado, a concorrência, o lucro e a propriedade privada – elementos centrais do capitalismo –, além de assegurados pela Carta

Política, são importantes para a construção da riqueza nacional, sendo, esta, condição de materialização dos direitos humanos fundamentais.

Tem-se que o desafio é aplicar no caso concreto a norma constitucional que salvaguarda uma existência digna a todos, de forma a elidir os exageros e extravagâncias passíveis de serem cometidos pelo regime capitalista.

A NATUREZA AXIOLÓGICA E PRECEITUAL DA SUSTENTABILIDADE CONSTITUCIONAL

A Constituição atual é híbrida, pois contempla tanto os princípios como as regras, sendo assim, ora mais, ora menos, axiológica e generalista; ambas as espécies de norma jurídica, a saber, princípios e regras (com seus texto e contexto), têm suma importância no ordenamento para o pleno desenvolvimento nacional.

Os princípios voltados à sustentabilidade não são uma autorização legislativa com o fito de fomentar a imaginação do intérprete e aplicador do Direito a fim de que este os aplique ao sabor de suas preferências e entendimentos econômicos. Não podem ser utilizados de maneira acrítica, incoerente e abusiva, sob pena de banalização dos valores e subversão da democracia. Eles trazem o desiderato de estabelecer a justiça social e vida saudável por meio da efetivação concreta dos valores que encerram enquanto normas.

Assim, o princípio da dignidade humana, insculpido no art. 1º, III, da CF/88, tem o escopo de preservar a integridade moral e física da pessoa, bem como possibilitar o pleno exercício das capacidades e potenciais latentes em cada indivíduo.

O princípio da moralidade da Administração Pública, hospedado no art. 37, *caput*, da CF/88, aduz que os atos do Poder Público devem-se pautar e fundamentar por um critério ético e moral, o qual legitima a condução da coisa pública.

Com efeito, todas as atividades do Estado realizadas por seus agentes nas três esferas do Poder, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário, devem estar respaldadas pelo selo ético e moral, tais como reajustes de salários, contratações públicas, produção de leis, sentenças etc., sob pena de se desconfigurar a face democrática do Estado.

No elemento principiológico “justiça”, a sociedade encontra a certeza de que os valores éticos apregoados pela Constituição serão respeitados. A “justiça” implica a certeza de que a vida em sociedade é equitativa e propiciadora das capacidades inatas de cada indivíduo, bem como do

bom funcionamento das instituições e serviços públicos.

A “justiça” significa também uma atuação equitativa, racional e imparcial do Poder Judiciário na solução de conflitos, ao qual todos devem ter acesso, inclusive às suas estruturas e aos seus agentes, bem como a certeza de que terão suas demandas apreciadas de forma competente, equilibrada, imparcial, célere e compatível com os demais valores constitucionais.

Por fim, a solidariedade, na qualidade de elemento ético axiológico do hodierno pacto social pátrio, pelo qual o Estado e as pessoas em geral se comprometem umas com as outras no trato cotidiano quanto a respeito, ajuda mútua e união para a conservação de interesses coletivos e superação de problemas comuns (DENNINGER, 2003), também é vista como uma condição de efetividade constitucional

A ética da solidariedade (como utopia ética) é condição e ao mesmo tempo produto de uma ordem social solidária, em que se identifiquem indivíduo e coletividade, onde se identifiquem indivíduo e natureza, em que os direitos humanos estejam presentes em sua dimensão eficaz e material, sem armadilhas ilusórias. Logo, a ética da solidariedade significa uma ética de transformação, oposta ao mundo da exploração, do egoísmo, da violência e da supremacia do capital (HAHN, 2012, p. 168-169).

Ressalte-se que os princípios inerentes à sustentabilidade assumem na Carta Magna atual um papel fundamental para consolidação de um Estado justo e Democrático de Direito, bem como para a legitimação do poder político e jurídico erigidos sob a égide da soberania e interesse populares.

Hodiernamente, compreende-se a Constituição como um sistema de princípios e regras, permeável a valores jurídicos, no qual as ideias de justiça social e de realização dos direitos fundamentais são centrais. Tem prevalecido na dita “pós-modernidade” a concepção de que o sistema jurídico ideal ampara-se equilibradamente em dois elementos, regras e princípios, sendo que o primeiro traz com maior ênfase segurança jurídica e, o segundo, um reforço à efetivação da justiça no caso concreto (BARROSO, 2015).

A axiologia constitucional, corretamente interpretada e aplicada, de conseguinte, é condição para o alcance de um autêntico desenvolvimento sustentável.

ANÁLISE DO DIREITO ECONÔMICO AXIOLÓGICO E DO CAPITALISMO NA

CONSTITUIÇÃO

O Brasil adotou o regime capitalista de produção, o qual é assegurado pela Constituição. Seu núcleo produtivo é formado por trabalho, livre iniciativa (art. 1º, IV), propriedade privada e livre concorrência (art. 170, *caput*).

Ao delinear as normas pelas quais o capitalismo deverá pautar suas atividades, o Estado afirma sua intervenção na ordem econômica, estabelecendo que determinados parâmetros, como o respeito à dignidade humana, a justiça social e a valorização social do trabalho e da propriedade, são essenciais ao escopo principal de consecução de uma existência digna, conforme se tem *in verbis*

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] função social da propriedade (170, *caput* e inciso III); a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV, CF de 1988).

Proíbe-se o abuso do poder econômico com vistas à dominação dos mercados, ao monopólio e à exacerbação do lucro (art. 173, § 4º).

Estão disciplinadas também as conexões econômicas com a sociedade, de forma que devem se embasar em uma consciência social. Reprimem-se atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º).

A Constituição assevera que o capitalismo terá responsabilidades relativas ao meio ambiente, haja vista este ser um bem da coletividade, sendo seu equilíbrio essencial à sadia qualidade de vida (art. 170, VI, e 225, *caput*).

O dirigismo estatal sobre a ordem econômica e financeira, nos moldes constitucionais, está assentado, *in litteris*, da seguinte forma

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, *caput*, CF de 1988).

O legislador adotou como filtro hermenêutico constitucional o meta-princípio da dignidade humana, ao mesmo tempo em que elegeu o sistema capitalista como o modo de produção da sociedade brasileira.

Mister apontar que o sistema capitalista opera em um esquema em

que a compra da força do trabalho a um valor definido pelo próprio ser humano, a produção de bens e a prestação de serviços são determinantes para o lucro e, de conseguinte, para o acúmulo de capital.

A relação patrão—empregado, o lucro e as atividades produtivas e prestacionais não são, em si mesmos, um problema. Porém, percebe-se que, por vezes, há um domínio concreto do sistema capitalista sobre o jurídico, inobstante ser possível conciliar os valores constitucionais com a busca da produtividade e do lucro.

O capitalismo é um modo de produção que emprega técnicas administrativas e científicas sob o enfoque da eficiência com vistas a inter-relacionar investimentos econômicos, trabalho (por definição, exclusivamente humano), insumos e maquinários para obter lucro e aumento de capital, operando sob o espectro da produtividade no fornecimento de bens e na prestação de serviços.

Esse modo de produção pode ser explicado a partir da teoria de Karl Marx (1818-1883), a qual procura verificar o capitalismo a partir de uma matriz econômica em que o capitalista compra a força de trabalho do operário, que, a sua vez, não possuindo a propriedade como sua riqueza (mas apenas a prole), a vende para suprir suas necessidades (MARX, 2013).

Segundo a teoria marxista, o sistema capitalista transforma tudo que pode em mercadoria, inclusive a capacidade laboral humana, momento em que o senhor do capital se utiliza da “mais-valia”, meio pelo qual o empresário não paga o valor efetivo da técnica do trabalho humano, mas um valor convenientemente estabelecido (MARX, 2013).

Ainda segundo a teoria marxista, o resultado do trabalho empregado pela força humana gera um lucro, que é apropriado pelo capitalista; considerando que o trabalhador não recebe integralmente pela importância daquilo que é, faz ou produz, mas por um valor prefixado apenas para sua subsistência material, sendo esse valor muitíssimo inferior ao lucro auferido pelo patrão, exsurge uma exploração do trabalho e uma desvalorização da pessoa do trabalhador (MARX, 2013).

A despeito das críticas marxistas aos abusos propiciados pelo modelo capitalista tradicional de monopólio, a empresa, o lucro e as atividades econômicas são necessários ao desenvolvimento sustentável e à própria materialização dos direitos fundamentais. A exploração social, os salários insuficientes, o monopólio de recursos e a obtenção arbitrária do lucro são práticas reprimíveis jurídica, ética e moralmente.

Ocorre que a total falta de efetividade do ordenamento jurídico brasi-

leiro por vezes verificada, em si, favorece a exploração capitalista, de forma que o Estado – sucumbindo ante os interesses exclusivamente econômicos dos senhores do capital – acaba por se tornar uma estrutura ideológica que reforça o abismo existente entre as classes sociais.

Depreende-se que o capitalismo viabiliza engendrar-se um *modus vivendi* em que se produzem injustiças e condições precárias de vida, haja vista a possibilidade do desvio de se buscar exclusivamente o lucro, utilizando-se, para isso, da exploração da força humana de trabalho.

Fora do controle do Estado e da ética, o capitalismo se torna um problema à medida que não apenas elimina as igualdades naturais dos homens, como, principalmente ao visar apenas o lucro, produz pobreza, alienação, desigualdades sociais e regionais, violência, fome e miséria, entre outros males.

Estado e Direito, elementos da superestrutura marxista (MARX, 2013), podem ser utilizados como instrumentos de legitimação da exploração capitalista e das abissais diferenças entre as classes, permitindo, sob esta óptica instrumental de dominação, a perpetuação de um *status quo* erigido sobre a prevalência desenfreada do poder econômico, o qual não obedece a regras éticas, morais ou jurídicas

[...] é necessário considerarmos que, na realidade, o trabalhador assalariado, por ter de vender sua força de trabalho à classe capitalista, vive subjugado a esta, e, conforme afirmativa marxiana de 1867 “a ilusão de sua independência se mantém pela mudança contínua dos seus patrões e com a ficção jurídica do contrato” (SOARES, 2005, p. 9).

A falta de efetividade constitucional ocasionalmente vista não é aleatória, mas proposital. Ela ocorre porque o sistema capitalista atua no País de forma a influenciar tanto a produção legislativa, quanto a atuação executiva, inclusive junto aos operadores públicos do Direito, forçando que este se projete num horizonte apenas formal

Por trás da ilusão do triunfo do indivíduo sobre a sociedade começava um novo mundo, cujas sombras nunca se devem perder de vista: o mundo que Marx estigmatizava como o da exploração capitalista. Nunca devemos nos esquecer de que o sucesso da ideologia dos direitos humanos é paralelo ao começo da grande exploração burguesa, que transformou o mundo contemporâneo. Esse paradoxo esconde, como todos os paradoxos, uma verdade que deve ser revelada. Uma questão são as palavras e a retórica política, e outra, bastante diferente, a funcionalidade social das idéias que aquelas representam (ROBLES, 2005, p. 75).

Nesse passo, surge a necessidade de se estudar a implantação de um Direito Econômico voltado a resolver as problemáticas advindas das relações entre ordem econômica e sociedade, em um contexto de desenvolvimento sustentável.

No Brasil, são gritantes as diferenças sociais e regionais, de modo que as prestações públicas quanto a saúde, educação, trabalho, moradia e outros setores são de péssima qualidade ou inexistentes na sua maior parte. A concentração de renda ajuda a explicar o problema

[...] é importante chamar a atenção para o seguinte fato: numa fase da história em que se atinge tão alta concentração de poder econômico como no caso do capitalismo de monopólio, a máquina do Estado torna-se um instrumento dos grupos monopolistas dominantes. O monopólio, visto implicar uma concentração de poder dentro do sistema capitalista, resulta num controle *político* muito mais forte e estreito sobre a sociedade e a política do governo (CATANI, 1984, p. 73).

Se o Estado se pretende uma verdadeira universalidade sob a égide da justiça, deve romper com um mero simbolismo constitucional, bem como com suas próprias ideologias de dominação, e regular concretamente os modos de produção. Sua atuação, portanto, é condição do desenvolvimento sustentável

A intervenção do Estado fez-se presente mesmo no regime liberal do século XIX. Todavia, foi no século XX que o intervencionismo cresceu de forma radical, tendo em vista a necessidade de correção das imperfeições do liberalismo. É partindo dessa constatação que Eros Roberto Grau pondera sobre a atuação do Estado como instrumento da própria atividade autocorretora do capitalismo, que se defrontou com problemas insolúveis em um regime de liberdade completa [...] (GABARDO, 2003, p. 119).

A ciência econômica pode se prestar a fins ideológicos de dominação ao eventualmente mascarar o problema da exploração capitalista e da ocultação dos conflitos entre as classes sociais. Em tal circunstância, acentua o simbolismo das estruturas jurídicas e se omite em afirmar a necessidade de políticas econômicas orientadas a corrigir as contradições do capitalismo.

Um Direito Econômico abstratamente verdadeiro e concretamente efetivo, rompe com a ideologia de dominação e os interesses elitistas, pois coloca a relação entre Estado, economia, Constituição e sociedade numa perspectiva realista.

O Direito Econômico é de uma instrumentalidade de suma importância na atualidade, pois descortina os horizontes da verdadeira natureza do capitalismo, revelando as regras do jogo e apontando as soluções

A contradição imanente ao sistema econômico capitalista tem sua redenção reivindicada no direito econômico, que, por meio de normas, procura ordenar os comportamentos dentro de um âmbito próprio (uma esfera comunicativa própria do direito). [...] Política econômica e conseqüentemente direito econômico relacionam-se com a organização da economia e com a direção (orientação) do processo econômico. Por isso é tão fundamental a compreensão do nosso processo econômico como ponto de partida do estudo do direito econômico. Em outras palavras, impõe-se ao estudioso do direito econômico a compreensão da ordem econômica a que se refere o direito (DERANI, 2008, p. 38-39).

Considerando que o poder econômico dominante é indiscutivelmente sólido e unido, formando muitas vezes grandes oligopólios, contrariando os interesses da coletividade, faz-se necessária a implantação da doutrina proferida pelo Direito Econômico, como forma de organizar a economia, ajustar os mercados e conciliar os diversos interesses.

ÉTICA E ECONOMIA: UMA UNIÃO POSSÍVEL?

A Ética pode ser entendida como um ramo da Filosofia, pois enumera um arcabouço axiológico que orienta os comportamentos individuais e sociais, bem como inter-relações e instituições humanas, vez que, ao estudar a moral, pretende efetivar seus valores.

Nunca foi tão necessário falar de Ética, pois as mazelas humanas são, em grande parte, ocasionadas pelo “engavetamento” de uma postura ética, em consonância com a moral. Os grandes colapsos econômicos, os desempregos, a pobreza e a injusta distribuição das riquezas entre os vários atores sociais derivam da falta de aplicação da ética por quem detém o poder político, jurídico e econômico. Ética é temática sempre atual e preocupação constante dos que aspiram a uma sociedade mais justa e a um mundo melhor

[...] a ética é tema permanente. Nunca deixou de preocupar a humanidade. Ao menos a parte dela preocupada com a redução dos desastros. Não há filósofo que tenha deixado de examiná-la. Depois de milhões de anos de existência sobre a Terra, continua a criatura humana a defrontar-se com os mesmos problemas comportamentais que sempre a afligiram: o egoísmo, o desrespeito, a insensibilidade e a inadmissível prática da violência. Estudar ética

poderá ser alternativa eficaz para o enfrentamento dessas misérias da condição humana. Ética se aprende e ética se pode ensinar. O abandono da ética não fez bem ao processo educativo, nem à humanidade (NALINI, 2009, p. 75-76).

Quanto à Economia, esta também tem sua importância no cenário social à medida que estuda os métodos produtivos e distributivos, bem como as relações de consumo e prestação de serviços, por meio da administração e do racionamento no uso dos recursos disponíveis. Lastreia-se, basicamente, em cálculos e racionalidade.

A falta de uma postura ética na seara econômica pode explicar o surgimento de grandes problemas, como a disparidade entre as classes sociais, a injusta distribuição da renda produzida numa sociedade, a violência, a fome etc.

Um comportamento econômico despidido de ética pode ser traduzido na ganância desmedida pelo lucro, no abuso do poder financeiro para impor vontades e sobrepor interesses, nas estratégias de congregar diversas empresas do mesmo setor para praticar preços elevados iguais ou semelhantes, na construção de grandes monopólios e oligopólios, eliminando-se a concorrência e prejudicando-se o consumidor, entre tantos outros casos.

Ainda pode ser vista a falta de ética nas ligações espúrias entre Estado e empresas para fraudar licitações, superfaturar obras e serviços, bem como controlar preços, salários e taxas de juros.

Daí emerge a necessidade de se harmonizar diferentes ciências e diferentes interesses com vistas a implantar a justiça social. Ética e Economia são campos distintos, porém perfeitamente conciliáveis para tanto.

Ressalte-se que a Economia está intimamente associada à Ética, pois ambas tratam de organizar a vida social e atender as pessoas em diferentes aspectos, fins e meios. A Economia objetiva administrar os recursos para satisfazer as necessidades da coletividade; a Ética também se propõe a valorar os comportamentos sob o prisma da justiça e do bem comum (felicidade coletiva)

O estudo da economia, embora imediatamente relacionado com a busca da riqueza, está associado, num nível mais profundo, a outros estudos, que dizem respeito à avaliação e promoção de objetivos mais básicos. [...] A economia está essencialmente ligada ao estudo da ética e da política, tese que é aprofundada em *A Política de Aristóteles*. [...] Defendo que a natureza da economia moderna foi substancialmente empobrecida pelo abismo que se tem apro-

fundado entre a economia e a ética (SEN, 2012, p. 21 e 25).

Portanto, a união entre Ética e Economia, não somente é possível, como necessária, haja vista que o divórcio entre ambas é a causa de grandes calamidades sociais já descritas como fome, pobreza, violência, guerra, terrorismo, exploração social etc.

A eficiência do capitalismo na administração da produção, distribuição e consumo, com vistas à riqueza, pode e deve ser regulada por parâmetros éticos, pois é isso que dá o senso de respeito e valorização ao próximo.

A Ética impõe freios seguros à ganância do capitalismo a partir do momento em que concilia interesses legítimos com a satisfação das necessidades do outro. Dessa forma, a distribuição equitativa da riqueza entre os vários atores sociais que participam de sua formação e a consequente construção de uma sociedade com altos índices de desenvolvimento humano começam pela aplicação da Ética.

Outrossim, a ciência econômica quando utilizada sem seu componente ético, serve de mecanismo ideológico de dominação usado para justificar um determinado modelo de sociedade. Por isso, os governos muitas vezes usam o indicador econômico de “renda *per capita*” com base nos números do Produto Interno Bruto (PIB) para afirmar que o País está se desenvolvendo; porém, importa observar que

Esse modelo (**renda per capita**), contudo, ao produzir a média comparativa, nada diz a respeito do modo como essa riqueza está distribuída, porque a sua estrutura matemática oculta a questão central de que a riqueza geral não está distribuída de forma igualitária, e isto distorce o resultado-padrão de forma significativa (DIAS, 2013, p.38; grifo nosso).

A questão principal que interessa a todo o conjunto da sociedade não é apenas se inteirar da capacidade nacional de produção de bens e serviços, mas também saber se esta riqueza está sendo distribuída de forma justa e igualitária a produzir uma sadia qualidade de vida a todos.

E uma sadia qualidade de vida compreende os direitos fundamentais individuais e sociais elencados na atual Carta Política, traduzindo-se também em bons salários, lazer, educação, excelentes serviços públicos, oportunidades de trabalho, realização pessoal, acesso às altas tecnologias, consumo de produtos de qualidade, entre outros segmentos da vida em sociedade.

Pelo custo que envolve a materialização dos direitos fundamentais, e

para atender os privilégios da elite, por vezes os governantes preferem se utilizar de falsas estatísticas e ideologias, aplicando uma abordagem econômica descritiva e positiva, em detrimento de uma economia normativa e ética, a qual implica um “dever ser” a concretizar-se

a economia positiva se preocupa com o que é, com a descrição do funcionamento da economia. A economia normativa trata do que “deveria ser”, com a avaliação da desejabilidade de variados caminhos resultantes de ações. A economia normativa utiliza a economia positiva. Não podemos avaliar se uma política é desejável a menos que tenhamos um quadro claro de suas consequências. A boa economia normativa também cuida de explicitar precisamente quais valores ou objetivo incorpora (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 18).

Importa dizer, assim, que a Economia normativa não perde sua essência científica quando incorpora valores advindos da Ética, pois ao indicar, com a Economia positiva, que a riqueza está sendo concentrada e, conseqüentemente, implicando *deficit* democrático, educacional e socioeconômico, está apresentando um recorte preciso da realidade do País, revelando as medidas a serem adotadas para alcançar o desenvolvimento sustentável; além de que, a Ética, como dito, tem o genuíno *status* de ciência.

Ademais, a interdisciplinaridade entre as ciências é saudável e fundamental ao aprofundamento epistemológico. Portanto, a relação entre ontologia e deontologia é imprescindível para se alcançar os mais elevados objetivos de dada ciência.

Desse modo, a Economia deve incorporar e aplicar valores éticos, pois mesmo que se subtraísse o elemento deontológico, o simples apontamento de um quadro social, real e precário, bem como a indicação dos objetivos possíveis, é característico dessa ciência, configurando-se uma relação de causa e efeito.

É justamente o afastamento do campo ético o responsável pelo desvirtuamento da ciência, sua ideologização e produção de desastres ambientais, econômicos e sociais para a sustentabilidade do desenvolvimento nacional.

Enfim, a Ética é *conditio sine qua non* das realizações e atividades humanas, de forma que se pode inferir que sua não aplicação é um dos caminhos para catástrofes desenvolvimentistas de toda sorte.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Em que pese a atual Constituição Federal ser inovadora e elencar extenso rol de direitos, importa dizer que se não houver uma efetivação destes direitos, os quais são imprescindíveis ao desenvolvimento humano, social e estatal, ela não passará de um símbolo retórico e ideológico de dominação, de uma mera folha de papel (LASSALE, 2000).

Dizer que existem determinados direitos não basta, pois eles não se materializarão automaticamente, sendo necessárias determinação e boa vontade política, e, principalmente, jurídica para efetivá-los.

Faz-se necessária a quebra de paradigmas institucionais de interpretação e de aplicação do Direito, os quais têm obstaculizado a concretização da justiça social e dos direitos fundamentais (NOVOA MONREAL, 1988).

Deve-se interpretar o Texto Maior sob o prisma da dignidade humana e demais valores de desenvolvimento sustentável, como paz e parceria, fortalecidos pelo princípio da mínima restrição e máxima observância, visando a sua concretização.

Há duas teorias principais que disputam a proeminência em definir qual o verdadeiro papel da Constituição e do intérprete: substancialismo e procedimentalismo; esta última procura afastar da Carta Magna elementos axiológicos e encara o Direito sob um ponto de vista mais formal e positivista (SANTOS; GERAIGE NETO, 2018).

Este trabalho optou por privilegiar a óptica da teoria substancialista, eis que entende a importância e proeminência dos valores constitucionais na construção de uma sociedade solidária, justa e comprometida com a valorização do ser humano, o ator principal para o qual deve se dirigir toda a atenção e preocupação da Política e do Direito.

A quebra de um paradigma elitista, positivista-ideológico e autoritário, e. g., do Judiciário, se faz pelo modelo substancialista, pois não há que se falar em democracia se os valores constitucionais estiverem relegados a um plano formal e a um papel retórico.

É relevante a conscientização política e jurídica do cidadão para cobrar das instâncias políticas e jurídicas seu verdadeiro papel, qual seja, o de desenvolver o indivíduo, a sociedade e o próprio Estado sob o prisma da sustentabilidade.

O Judiciário, em tal contexto, tem o poder de aplicar a norma constitucional e infralegal, de modo que sua atuação torna-se decisiva para a implantação de um modelo de vida sustentável. Entretanto, quando analisado em si mesmo, e diante de seus deveres éticos, morais e jurídicos, o Judiciário brasileiro tem estado, por vezes, aquém do que dele se es-

pera.

A elitização de diversos membros da magistratura tende a corromper as verdadeiras perspectivas do Poder Judiciário, o qual acaba por esquecer sua missão de implantar a justiça social, a igualdade material, bem como defender a liberdade e os ideais democráticos.

De modo geral, juízes e os próprios tribunais, promotores e procuradores do Ministério Público, advogados e defensores públicos, todos operadores do Direito enfim, devem aplicar em seu trabalho intelectual e hermenêutico a axiologia desenvolvimentista constitucional, como pedra fundante de um Estado democrático sustentável.

Deve-se, assim, preferir a literalidade de uma ideologia positivista e procedimentalista tradicional de eliminação dos elementos metafísicos presentes no Direito, vez que se trata de interpretação extremamente reducionista e obstaculizadora da efetivação dos direitos fundamentais, pois buscando-se uma interpretação sistemática e substancialista, voltada à aplicação dos valores constantes no Texto Magno, tais como, justiça social, moralidade administrativa, solidariedade e dignidade humana, é que se trilha o caminho de um desenvolvimento sustentável.

CAPITALISMO HUMANISTA: SOLUÇÃO HARMONIZADORA ENTRE AXIOLOGIA CONSTITUCIONAL E ECONOMIA PÓS-MODERNA

A problemática levantada neste trabalho é a contraposição detectada entre os valores de sustentabilidade defendidos pela Constituição e a tradicional lógica econômica exclusivamente lucrativista aplicada ao mercado contemporâneo.

Já no art. 170, *caput* e seus parágrafos, da CF/88, é possível se encontrar uma aparente *contraditio in terminis* entre alguns elementos, como, por exemplo, a propriedade privada e sua função social, restando óbvio que o termo “privado” exclui, por logicidade intrínseca, o aspecto “social”.

O contrassenso entre valores constitucionais de sustentabilidade e capitalismo, embora teoricamente aparente, se verifica no mundo real quando se observa a possibilidade de que a economia de mercado alienene, explore, subjugue e reduza a condição humana do indivíduo, num total desrespeito ao princípio da dignidade.

Entretanto, os objetivos traçados entre a axiologia constitucional de sustentabilidade e o mercado não são inconciliáveis, de modo que o conflito pode ser solucionado buscando-se convergir às finalidades comuns que atendam interesses privados e coletivos.

A economia capitalista envolve importante atividade que serve de esteio para o desenvolvimento, pois a produção de bens, serviços e o lucro fornecem condições materiais para a efetivação de direitos fundamentais, como educação, trabalho, alimentação, saúde, moradia etc. Nesse contexto, a empresa, vista como um sistema, desempenha relevante papel social e ambiental

A empresa é vista como um sistema em que se desenvolvem diversas atividades que extrapolam o âmbito econômico. Torna-se personagem direto do desenvolvimento social e deve, portanto, atuar nesse papel como um instrumento de concretização dos direitos humanos e de melhoria na qualidade de vida das pessoas, sem se descuidar da preservação dos recursos naturais (SANTIAGO; POMPEU, 2013, p. 18).

Por seu turno, a axiologia constitucional de sustentabilidade tem o grande mérito de adequar os fins aos meios, para que os resultados sejam guiados por valores imprescindíveis, como o humanismo, a justiça social, a ética, a solidariedade, entre outros referidos.

As atividades humanas, sejam as ciências, as artes ou os projetos políticos, jurídicos e econômicos, só fazem sentido quando atendem finalidades que transcendam o mero objetivo individual.

De tal forma, a solução para se resolver o conflito entre valores constitucionais de sustentabilidade e mercado está na adoção de um capitalismo de natureza humanista. Para isso, faz-se necessário, antes, romper com as ideologias eventualmente contrárias presentes nas estruturas políticas e jurídicas brasileiras.

Impende, por isso, construir-se uma democracia que, constitucionalmente fundada no procedimentalismo habermasiano da ética no discurso (SANTOS; GERAIGE NETO, 2018), além de qualitativamente representativa, se revele substancialmente deliberativa, conferindo à sociedade participação direta e efetiva nas tomadas de decisões

O principal critério para determinar se um sistema democrático funciona normal e eficientemente é a participação consciente do público no processo da tomada de decisões políticas; o público deve aderir razoavelmente a certas idéias e decidir frente a um conjunto de alternativas (MANELI, 2004, p. 90).

E:

[...] o conhecimento dos mecanismos de funcionamento da ideologia jurídica, do movimento complexo e sutil das categorias da liberdade e da igualdade burguesas é condição essencial para

que as massas trabalhadoras possam formular uma estratégia que permita a ultrapassagem efetiva do domínio do capital (NAVES, 2005, p. 36).

O capitalismo humanista se encontra, portanto, na pauta das importâncias temáticas do Brasil, pois compreende uma estratégia conciliatória entre os valores de sustentabilidade da Constituição – em especial, o metaprincípio da dignidade humana – e as regras do mercado, tendo em vista a plena realização do potencial humano e a consecução dos direitos fundamentais

A meta constitucional da atividade econômica é a preocupação com a plena realização do ser humano, a melhora das condições de vida de *todos*, assim, a regulação jurídica da ordem econômica objetiva o homem, sendo *humanista*, é um exemplo da compreensão de Carlos Ayres Brito: “O direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim” (BENACCHIO, 2011, p. 194-195).

O campo jurídico (com sua axiologia desenvolvimentista) e o setor econômico apresentam diferenças, objetivos e importâncias; porém, é perfeitamente possível a harmonização entre ambos, a partir da submissão da Economia aos valores humanos, éticos, de justiça social e solidariedade, pois o fulcro maior é o desenvolvimento das potencialidades do indivíduo, a sustentabilidade da sociedade e a democratização real do Estado.

A metodologia harmonizadora desses diferentes campos, Direito (com sua axiologia) e Economia, permite inferir que o primeiro, quando despido de seus elementos ideológicos de dominação, projeta o ser humano como um fim por si colimado, defendendo sua valorização e progresso, ao passo que o segundo se utiliza, quando dissociado de tais valores, de premissas mera e exclusivamente lucrativistas, matemáticas, lógicas e eficientistas, concebendo o Direito como meio de enriquecimento, “desumanizando-o”, portanto (FERRAZ JÚNIOR, 1988).

Considerando a caótica realidade socioeconômica brasileira, impende conferir preeminência ao Direito e seus valores humanistas para a superação de uma pobreza pátria, histórico-cultural vergonhosa. Incabível a coexistência de dois “Brasis” de profundos contrastes e perspectivas. A opção metodológica distorcida de substituição do valor humano pelo econômico é um disparate que foge a qualquer raciocínio

O capitalismo humanista ao integrar os direitos humanos no plano nacional e internacional na ordenação da ordem econômica encerra o paradigma adequado para a consecução e realização dos

mandamentos constitucionais incidentes pela implantação da economia humanista de mercado, “com vista à concretização e satisfação dos direitos humanos de primeira, de segunda e de terceira dimensão” (BENACCHIO, 2011, p. 209).

Enfim, o fato de a axiologia constitucional das normas jurídicas voltadas à sustentabilidade do desenvolvimento nacional (a qual visa implantar uma sociedade humanista, democrática, justa, ética e solidária) eventualmente se confrontar concretamente com as leis do mercado que isoladamente objetivam a riqueza, em si, não se dá por incompatibilidade de seus objetos, mas decorre do conflito de interesses e por causa das forças de dominação do capital que suprimem o próprio viés humanista da esfera econômica.

Direito e Economia, num primeiro momento de literalidade interpretativa, apresentam-se com sérias divergências, as quais parecem inconciliáveis quando considerados isoladamente; mas, em um segundo momento, quando considerados conjunta e sistematicamente, à luz de suas respectivas importâncias e papéis, têm seus interesses conciliados, com os da Economia submetendo-se aos do Direito, regulando-se jurídica e axiologicamente o mercado pelos princípios de um capitalismo ético e humanista para promoção de um desenvolvimento sustentável.

As opções ideológicas de dominação capitalistas de monopólio, assim, não que ser suplantadas por uma aplicação real da Constituição e por uma metodologia científica valorativa que conforme fins e meios.

CONCLUSÃO

Em sede de arremate é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 é considerada inovadora, cidadã e de alto teor democrático, a evidenciar sua relevância para uma análise a partir de certos pontos cardiais: suas axiologia e hermenêutica, bem como suas diretrizes econômicas de desenvolvimento sustentável.

O primeiro ponto foi a investigação de sua axiologia de sustentabilidade para o desenvolvimento nacional, representativo das mais nobres aspirações da sociedade brasileira, tal como o princípio da dignidade humana, justiça social, ética, solidariedade etc. O segundo, a verificação da eleição do modo de produção capitalista para um desenvolvimento também considerado sustentável.

Em um primeiro momento, verificou-se que os valores de sustentabilidade elencados na Carta Magna parecem colidir, por vezes, com a adoção de uma ordem econômica capitalista. Porém, na prática, a discre-

pância que ocorre entre ambos se dá por questões de supremacia e egoísmo dos interesses dominantes de um capitalismo de monopólio.

Ao se considerar os diferentes papéis que ambos desempenham, pois os valores jurídicos *sub examine* reforçam a importância do ser humano e a Economia propicia as condições materiais de efetivação dos direitos fundamentais, depreende-se que podem e devem perfeitamente ser harmonizados.

A *posteriori*, passou-se a analisar a hermenêutica constitucional da atual conjuntura político-jurídica do Brasil, momento em que se fez breve análise das duas teorias, procedimentalista e substancialista, donde se deduz ser esta última, aliada a um procedimentalismo promotor de cidadania deliberativa, o que mais se coaduna com o Estado Social Democrático de Direito, pois pugna pela aplicação axiológica do Direito para a efetivação dos direitos fundamentais, com vistas a produzir um desenvolvimento sustentável efetivamente emparceirado com a sociedade.

É por essa óptica que a Constituição deixa de ser um objeto meramente simbólico e ideológico de dominação a favor de interesses meramente capitalistas para, então, ser um instrumento de natureza humanista capaz de concretizar os direitos fundamentais vigentes em sociedade.

E isso porque foi determinante analisarem-se os diferentes interesses existentes entre a axiologia da sustentabilidade constitucional e as forças de dominação do capital, para se descobrir que a falta de uma maior efetividade dos direitos fundamentais se dá porque o poderio econômico, quando desenfreado, busca concentrar em si toda a riqueza produzida, o que, se verificado, acaba por reduzir a Constituição a um documento meramente ideológico de dominação.

O modo pelo qual compreende-se possível harmonizarem-se os diferentes objetivos humanistas e econômicos dominantes, à luz do modelo capitalista, é sua efetiva submissão à axiologia constitucional da sustentabilidade desenvolvimentista. As normas jurídicas, tal qual constitucional e axiologicamente positivadas nesse aspecto, revelam-se éticas e humanistas, em contraponto à economia de mercado puramente capitalista, em regra regida por premissas preponderantemente matemáticas e coerentes com fins puramente lucrativistas.

Conclui-se afirmando que a axiologia voltada para o desenvolvimento e prevista na Carta Política de 1988 é o parâmetro de organização e orientação do mercado, devendo-se aplicar seus postulados na vida social, não apenas para erradicar a pobreza, alienação social, misérias e violên-

cias, mas também para construir um modelo de sociedade genuinamente sustentável.

Tal metodologia se constitui, portanto, em partir do pressuposto de que o objeto deontológico, ou seja, o conjunto de normas jurídicas postas segundo uma axiologia humanista, é anterior e preeminente ao universo ontológico de mercado, no caso, das relações econômicas, assim, posterior e dependente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica de mercado pelos valores do capitalismo humanista. *In: MAILLART, Adriana Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili (org.). SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). Justiça, empresa e sustentabilidade*. São Paulo: RT, 2011. p. 191-213 (Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito, v. 2).

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 nov. 2017.

CATANI, Afrânio Mendes. *O que é capitalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. *RBEP – Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Imprensa, v. 88, p. 21-45, dez. 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Jean Carlos. O direito ao desenvolvimento sob a perspectiva do pensamento jurídico contemporâneo. *In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (org.). MONTEIRO NETO, Aristides; MEDEIROS, Bernardo Abreu de (coord.). Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI: desenvolvimento nas ciências sociais – o estado das artes*. Brasília: CONPEDI, IPEA, 2013. Livro 1. p. 31-50.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.

HAHN, Paulo. A atualidade do fundamento metafísico da moral da compaixão de Schopenhauer enquanto suporte ético e crítico para o discurso dos direitos humanos e da interculturalidade. *In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (org.). Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012. p.

159-174.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MANELI, Mieczyslaw. *A nova retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

MARX, Karl. *O capital* – Livro I – crítica da economia política: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

NAVES, Márcio Brilhantino. Direito, circulação mercantil e luta social. In: ALVES, Alair Caffé et al. *Direito, sociedade e economia: leituras marxistas*. Barueri: Manole, 2005. p. 21-72.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1988.

ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SANTIAGO, Andreia Maria; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Responsabilidade social empresarial: nova forma de gestão. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra Haydêe Del Farra Nasponili (coord.). *Justiça, empresa e sustentabilidade: empresa, funcionalização do direito e sustentabilidade – função sócio-solidária da empresa e desenvolvimento*. Curitiba: Clássica, 2013. v. 4. p. 14-39.

SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; GERAIGE NETO, Zaiden. A oposição entre substancialismo e procedimentalismo ainda faz algum sentido? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2018.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

SOARES, Alcides Ribeiro. Relação entre direito, sociedade e economia. In: ALVES, Alair Caffé et al. *Direito, sociedade e economia: leituras marxistas*. Barueri: Manole, 2005. p. 1-20.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2003.

Data de recebimento: 18/09/2018

Data de aprovação: 29/10/2018

A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL E A GESTÃO ECONÔMICA DOS RISCOS: A CASTRAÇÃO QUÍMICA NO BRASIL

THE ACTUARIAL CRIMINAL POLICY AND THE ECONOMIC MANAGEMENT OF RISK: THE CHEMICAL CASTRATION IN BRAZIL

*Fernanda Carolina de Araujo Ifanger**
*Nathália Bortoletto Gravina***

RESUMO

O presente trabalho utiliza-se de pesquisa teórica e da análise de projetos de lei brasileiros para versar sobre o gerencialismo penal, principalmente no tocante aos seus mecanismos atuariais, evidenciando, por fim, se tal lógica se aplica no Brasil. O método científico escolhido é o denominado indutivo, segundo o qual, após a análise específica dos projetos de lei, conclui-se uma máxima. Nesta pesquisa, perpassa-se o acervo histórico do gerencialismo penal, apontando os motivos de sua criação, seu conceito e suas características, bem como as implicações de sua aplicação. Apresentam-se os mecanismos atuarias utilizados pelo gerencialismo penal, explicando brevemente a Lei de Megan, os estudos sobre as tendências criminosas e o tratamento direcionado aos *sex offenders*. Estuda-se a castração química, seu conceito e sua conexão com o gerencialismo penal. E, por fim, analisam-se todos os projetos de lei brasileiros propostos após a Constituição Federal de 1988 presentes no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados que possuem como assunto a “castração química”, investigando o conteúdo de suas propostas com o intuito de

-
- * Doutora pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo (USP). Mestre pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da USP. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Professora do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. E-mail: fernanda.ifanger@puc-campinas.edu.br.
- ** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Ex-aluna de Iniciação Científica pela PUC-Campinas sob orientação da Professora Doutora Fernanda Carolina de Araujo Ifanger, com fomento do CNPq. E-mail: nb-gravina@hotmail.com.

compreender se a lógica atuarial é identificada em algum deles, o que se conclui, por ora, que não ocorre.

Palavras-chaves: Criminologia; Direito Penal; Política criminal atuarial; Castração química; Brasil.

ABSTRACT

The present work uses theoretical research and analysis of Brazilian bills to deal with criminal management, especially with regard to its actuarial mechanisms, showing, finally, if such logic applies in Brazil. The chosen scientific method is the so-called inductive, in which, after the specific analysis of the Law Projects, a maximum is reached. In this research, the historical collection of criminal management is traced, indicating the reasons for its creation, its concept and its characteristics, as well as the implications of its application. We present the actuarial mechanisms used by criminal management, explaining briefly about Megan's Law, studies on criminal trends and treatment directed to sex offenders. It is studied the chemical castration, its concept and its connection with the criminal managerialism. Finally, all the Brazilian bills proposed after the Federal Constitution of 1988 present at the Chamber of Deputies electronic address, which have as their subject "chemical castration", are analysed, investigating the content of their proposals in order to understand if the actuarial logic is identified in any of them, which concludes, for now, that does not occur.

Keywords: Criminology; Criminal law; Actuarial criminal policy; Chemical castration; Brazil.

INTRODUÇÃO

Em face das altas taxas de criminalidade e dos métodos de controle formais ineficazes, as políticas criminais buscam soluções para os problemas carcerários hodiernos, pretendendo reduzir a delinquência e maximizar a eficiência prisional.

O controle do crime é pauta das propostas políticas de parlamentares e membros do Poder Executivo, por ser demanda da população que se sente atemorizada com a criminalidade. Assim, novas propostas são apresentadas e novas teorias construídas com o propósito de garantir segurança aos indivíduos.

O gerencialismo penal, ou política criminal atuarial, surgido nos Estados Unidos, é uma nova faceta da política criminal cujo dístico é o de gerenciar a criminalidade, por meio da penalização apenas dos indivíduos de maior periculosidade, o que representaria redução de custos e o encarceramento nos patamares estritamente necessários.

O propósito é a incapacitação seletiva por meio de instrumentos atuariais, impossibilitando o cometimento de delitos.

A ideia é aplicar testes que permitam a identificação do criminoso, retirando-o das ruas antes do cometimento do ilícito.

Assim, diante da contemporaneidade do tema, pretende-se no presente trabalho apresentar uma reflexão acerca da política criminal atuarial, apontando sua evolução histórica, suas principais características e seus mecanismos, bem como seus possíveis reflexos no Brasil, utilizando como referencial teórico a criminologia crítica e uma pesquisa realizada com projetos de leis brasileiros apresentados na Câmara dos Deputados.

Mais especificamente, será feita uma análise das ferramentas atuariais, como a Lei de Megan, os estudos sobre as tendências criminosas e, principalmente, a castração química. O fulcro de analisar esse mecanismo é averiguar se o modelo de política criminal atuarial tem fundamentado, de alguma forma, a política criminal brasileira.

Destarte, o enfoque maior será dado ao estudo dos projetos de lei que tentam instaurar a castração química no Brasil. Para isso, foram examinados todos os projetos de lei (PL) que possuíam como assunto o termo “castração química” apresentados na Câmara dos Deputados após a Constituição de 1988.

Por fim, apontam-se as violações principiológicas que a aplicação da política criminal atuarial acarreta, evidenciando sua inconstitucionalidade.

A GÊNESE DO GERENCIALISMO PENAL

Apesar de a estrutura carcerária não ter sofrido expressivas mudanças nos últimos anos, o discurso estatal sobre a finalidade da pena e das prisões e a sustentada falácia da ressocialização criminal já foram desmascarados há um tempo. A reclusão não gera os efeitos esperados e tampouco impede encarceramentos futuros.

Por conseguinte, o processo criminal, não raras vezes, revela abuso de poder e injustiça. Os valores despendidos na ação contra a criminalidade são exorbitantes e os resultados obtidos não são os desejados, criando, sobretudo, riscos e perigos à população¹.

Nesse panorama, os altos índices de reincidência, o encarceramento em massa e o investimento público direcionado a uma política infrutífera acarretaram tensão entre políticos e acadêmicos estadunidenses, em meados dos anos 1970 e 1980, para rever a política criminal carcerária². Era preciso instituir uma

¹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

² DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

política criminal efetiva, que se adequasse aos anseios sociais e também à ideologia estatal, mas sem comprometer o tesouro nacional. O escopo era amenizar a pressão popular e retomar o condão punitivo do Estado.

Ademais, com o desmoronamento do alicerce penitenciário, o Estado precisou achar um novo pretexto para a manutenção das prisões. Não havia mais fortes motivos sociais para conservá-las, elas eram dispendiosas e não cumpriam seus principais propósitos: punir, educar e ressocializar; fazendo pairar a crença de que “nada funciona” (*nothing works*) em relação à criminalidade. Todavia, o cárcere se mantinha – e ainda se mantém – como uma ferramenta de preservação social no Estado capitalista e dificilmente será abolido³.

Uma vez que o controle social institucionalizado não poderia minimizar seus mecanismos de contenção sem esbarrar em forte resistência, novas propostas surgiram, assegurando o interesse estatal e minimizando a pressão popular. O instrumento mais evidente utilizado no final da década de 1970 era a prevenção especial negativa, isto é, a inocuização do criminoso, segregando-o e neutralizando, antecipadamente, uma possível ação delitiva⁴.

A mensagem emanada pela valorização da prevenção especial negativa era a de que os “criminosos devem ser processados sob os rigores da lei, o culpado deve sempre ser punido, indivíduos perigosos não podem ser libertados jamais, os condenados devem cumprir sua pena integralmente e a condenação de um criminoso deve refletir precisamente seu crime”⁵.

No entanto, com essa conjuntura, a brutalidade do Estado evidenciou-se ainda mais, contrapondo-se diretamente às ideologias do bem-estar social. À vista disso, fez-se necessária a construção de uma nova política que englobasse as recentes formas de punir, mas que não violasse demasiadamente, ao menos em aparência, os princípios constitucionais. Estabeleceram-se, então, nos Estados Unidos, no fim do século XIX, as primeiras formas do gerencialismo penal⁶.

O gerencialismo penal prometia máxima eficiência com base na ideia de incapacitação seletiva, isto é, garantia prender pouco, mas bem, reduzindo a

³ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

⁴ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

⁵ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 252.

⁶ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

criminalidade sem aumento dos custos e ferindo minimamente o Estado de Direito⁷.

Para a lógica atuarial, seria possível identificar, a partir de dados estatísticos, que um grupo pequeno de delinquentes sempre será responsáveis pela pluralidade dos delitos já cometidos. Dessa forma, seria admissível afirmar que a neutralização ou incapacitação desse grupo acarretaria uma redução nos índices de criminalidade⁸.

Segundo Silva Sánchez, o raciocínio é lógico:

segregar dois anos cinco delinquentes cuja taxa previsível de delinquência é de quatro delitos por ano, gera uma “economia” para a sociedade de 40 delitos e lhe custam 10 anos de prisão. Em contrapartida, se esse mesmo custo de 10 anos de prisão se emprega para segregar cinco anos dois delinquentes, cuja taxa prevista de delinquência é de 20 delitos por ano, a “economia” social é de 200 delitos; e assim, sucessivamente⁹.

A partir dessa ideia, o escopo da prisão não era mais a ressocialização dos indivíduos, deixando-os hábeis para a vida em sociedade, mas, assumidamente, o Estado passa a reter e aniquilar os sujeitos de alto risco, evitando, ao máximo, o seu retorno à sociedade civil¹⁰.

Dessarte, a crença, ainda que mínima, de que um indivíduo melhoraria após a experiência carcerária se dissipou, não existia mais o discurso de que sujeitos maus ingressariam na penitenciária e se tornariam bons¹¹, pois o objetivo da política criminal atuarial não era a transformação dos indivíduos, mas sim a quebra de sua integração com a sociedade, deixando-os reclusos pelo maior tempo possível.

⁷ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012]. p. 88.

⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 170-171.

¹⁰ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

¹¹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

O gerencialismo, então, busca atacar e tornar inócuo o criminoso, aplacando o anseio popular e mostrando a força do Estado atuando em seu favor. Concomitantemente, implementa a gestão econômica dos riscos, isto é, identifica e gerencia a criminalidade.

Consoante Buonicore e Silva, o gerencialismo penal

ressignifica o sistema penal com a noção de risco. O risco deve ser entendido como modalidade de governo, de certos conflitos, em que se parte da predição à prevenção. É uma abordagem bastante comum no campo da saúde pública. Trata-se de uma tecnologia utilizada, por exemplo, em programas para *imunizar* grandes grupos de pessoas em relação a alguma doença¹².

Mas, para que isso fosse possível, os mecanismos punitivos tiveram de ser readaptados em prol da efetividade, por meio da simplificação dos aparatos repressivos. Reduziu-se tudo o que aparentava ser burocrático, as pesquisas foram resumidas e os meios de identificação de criminosos foram transformados em formulários e tabelas¹³, desumanizando ainda mais o processo criminal e tornando-o similar às premissas lombrosianas.

Nesse sentido, ao rotular um indivíduo, o gerencialismo penal despreza qualquer complexidade do processo criminal, ignora a capacidade mental do ser humano e o reduz a uma “coisa”¹⁴.

Dessa forma, a importância da efetividade e da economia financeira superou a obrigação de um Estado se submeter aos princípios democráticos. O anseio de evitar o crime e impedir que indivíduos se tornassem delinquentes era tamanho que diversas pesquisas para desenvolver um perfil de risco foram criadas. O objetivo era identificar o criminoso o mais cedo possível, pois assim se anteciparia a criação de grupos delinquentes.

À vista disso, pesquisadores desenvolveram estudos que definiam um perfil criminoso, alegando que as pessoas delinquentes apresentavam características semelhantes e um padrão de comportamento antissocial. No Canadá, por

¹² BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 22, n. 257, p. 12-13., abr. 2014. p. 12. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103887. Acesso em: 4 jul. 2019.

¹³ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

¹⁴ BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 22, n. 257, p. 12-13., abr. 2014. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103887. Acesso em: 4 jul. 2019.

exemplo, foi criado um guia prático intitulado *Early Assessment Risk List for Boys* ou *Early Assessment Risk List for Girls*¹⁵, um teste aplicado a crianças entre 6 e 12 anos para verificar a existência de tendências criminosas, por meio do qual, através de perguntas e respostas, é auferida uma pontuação que ao final indicará o risco futuro que a criança poderá representar. O teste é utilizado principalmente por psicólogos, mas pode ser adquirido pelo endereço eletrônico <http://www.specializedtraining.com/p-5-early-assessment-risk-list-for-boys-earl-20b-version-2.aspx> por cerca de US\$35,00 (trinta e cinco dólares)¹⁶.

Em síntese, com essa nova política houve

a reunião dos instrumentos atuariais (planilhas, cálculos estatísticos e aferições matemáticas diversas) para identificar o risco individual de um sujeito, em busca da eficiência na gestão da criminalidade, para, por meio de dispositivos disciplinares, seletivamente, incapacitá-lo quando este apresentar características do estereótipo – dessa vez consubstanciada por cálculos atuariais – de integrante de um grupo considerado de risco¹⁷.

Nesse cenário, a política criminal atuarial, que prometia prender bem e gastar pouco, mostrou-se contraditória. A sede de impedir o crime e restringir a liberdade de pessoas com tendências criminosas fez com que as cadeias ficassem superlotadas. Gastou-se excessivamente, prendeu-se muito e a criminalidade, em si, não foi reduzida¹⁸.

As ferramentas atuariais foram responsáveis por ocupar

a geografia penitenciária com gigantescos depósitos de gente, produzindo a maior quantidade de reclusos da história mundial. Em nome daquilo que deveria ser a eficiente incapacitação seletiva dos reincidentes crônicos, quase dois milhões e quinhentos mil indivíduos dormem enjaulados nas prisões estadunidenses, traduzindo em sofrimento real

¹⁵ Na tradução livre, “Early Assessment Risk List for Boys” significa lista de avaliação de risco inicial para meninos. A nomenclatura varia conforme o sexo da criança avaliada. Se for uma menina, chamará “Early Assessment Risk List for Girls”, mas se for menino será “Early Assessment Risk List for Boys”.

¹⁶ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

¹⁷ ALVES DA SILVA JUNIOR, Manoel. Política criminal atuarial no desvelar do punitivismo seletivo. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 52-65, nov. 2017. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/66596/44958>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹⁸ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

o pesadelo do grande encarceramento. Se incluirmos os sujeitos a alguma forma de controle penal oficial não prisional, a estimativa é de sete milhões de pessoas nas garras do Estado Penal¹⁹.

Claramente a política criminal atuarial fracassou, pois simplificou exacerbadamente o percurso da criminalidade até a sua criminalização e, consequentemente, auxiliou na superlotação carcerária²⁰.

Dessa forma, embora pareça claro que o gerencialismo penal pouco difere das demais políticas criminais em relação ao seu viés punitivista, poucas críticas têm sido direcionadas a ele, sobretudo em âmbito nacional. Isso se deve, principalmente, à sua origem estadunidense e à recente aplicação desse modelo no mundo. Sendo assim, analisar-se-á, na sequência, mais profundamente esse novo modelo de política criminal, mormente no que se refere ao seu alvo predileto, os criminosos sexuais.

MECANISMOS ATUARIAIS: A CASTRAÇÃO QUÍMICA

No final do século XX, com os impactos da globalização e os novos meios de transmissão de conhecimento, ocorreu uma expansão tecnológica vultosa no mundo que refletiu na mudança em diversas áreas sociais, como na saúde, educação e economia. O mesmo sucedeu com a política criminal, que, carente de apoio popular e sem resultados expressivos, aproveitou-se desse *boom* tecnológico e implementou instrumentos modernos de contenção social, a fim de “identificar, classificar, ordenar e gerenciar grupos de modo eficiente”²¹.

Dessarte, a política criminal atuarial adotou programas restritivos simples visando alcançar a incapacitação seletiva de indivíduos classificados como criminosos crônicos, isto é, utilizou-se da tecnologia para tornar inócuos os cidadãos considerados perigosos.

O país precursor dessas medidas foram os Estados Unidos, que, com o advento da lógica atuarial, promulgou políticas de segregação sobejas. Os delinquentes sexuais (*sex offenders*), que pertencem ao campo mais expressivo do gerencialismo, constituíram o principal objeto das novas punições,

¹⁹ DIETER, Maurício Stegemann. Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. *Rev. Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jun. 2013. p. 12. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 jul. 2019.

²⁰ DIETER, Maurício Stegemann. Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. *Rev. Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jun. 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 jul. 2019.

²¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 815

especialmente em razão do respaldo social com o qual conta a punição desses indivíduos²².

À vista disso, as incessantes notícias de ocorrências criminosas envolvendo a prática de delitos sexuais, como as manifestações de pedofilia e as agressões contra a vida e a integridade física e psíquica de menores de idade, têm acarretado diversas propostas legislativas que abandonam os tradicionais fins reeducadores das penas²³ “por entendê-los fracassados. As teses mais radicais defendem a substituição desses objetivos penológicos, diante de ‘situações que fazem o sangue ferver’, por cadeias perpétuas, castração química ou mesmo física, e até a pena de morte”²⁴.

Para ilustrar esse quadro atuarial, destaca-se o procedimento instituído pela aprovação da lei de Megan, que entrou em vigor em 1994 e teve sua primeira aplicação no estado de Nova Jersey. Em síntese, a lei exige o registro de condenados por crimes sexuais na polícia local, que, após efetuá-lo, deve classificar os delinquentes sexuais “entre as faixas de risco alto, moderado ou baixo, a partir de um instrumento atuarial”²⁵, disponibilizando, posteriormente, os dados pessoais do condenado, como seu nome, sua foto e seu endereço residencial, para consulta *online* por qualquer cidadão. O intuito é possibilitar que todas as pessoas saibam se no seu bairro ou na sua rua residem indivíduos que já praticaram crimes de natureza sexual²⁶.

Se o delinquente sexual for classificado como de risco alto ou moderado, será emitido um alerta compulsório para seus vizinhos tão logo eles saiam do sistema prisional. As escolas, creches, acampamentos e instituições semelhantes que possuam menores de idade também serão notificadas. E, por fim, os operadores da justiça criminal local, bem como as vítimas do processo criminal, serão

²² DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

²³ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. Delitos sexuales y castración química (anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delinquentes sexuales). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 68, p. 5-30, fev. 2010.

²⁴ “(...), por entenderlos fracasados. Las tesis más radicales abogan por la sustitución de aquellos objetivos penológicos, ante ‘situaciones que hacen hervir la sangre’ por cadenas perpetuas, castraciones químicas o incluso físicas, y hasta la pena de muerte.”

²⁵ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012]. p. 133.

²⁶ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

avisados previamente quando o final da custódia estiver se aproximando, independentemente da modalidade de risco em que foram classificados²⁷.

Consoante Wermuth,

o estopim da criação desses bancos foi o estupro e a morte de uma menina norte-americana, Megan Kanka, por um vizinho que morava em frente à sua casa e possuía antecedentes pela prática de crimes sexuais sem que ninguém na vizinhança soubesse²⁸.

Outro mecanismo atuarial implantado nos Estados Unidos, no final da década de 1930, foi o teste de Burgess, que emitia um relatório denominado “Prognasio”, que informava o risco de reincidência de determinado indivíduo. Quanto maior a pontuação alcançada no teste, menor era o risco de reincidência identificado. Assim, “se contra o indivíduo não existissem antecedentes criminais, era-lhe dado 1 (um) ponto; se houvesse histórico de criminalização, permanecia com 0 (zero)”²⁹.

Ressalta-se também que há nos Estados Unidos as denominadas “zonas livres de criminosos sexuais”, oriundas de políticas de urbanismo, as quais submetem os indivíduos interessados na compra de um imóvel a um processo de seleção rigoroso, além de proibirem a residência de condenados por crimes sexuais nessa área. Todavia, esse processo resulta em uma exposição exacerbada de indivíduos com antecedentes criminais, bem como na humilhação e na perseguição pública desses sujeitos³⁰.

Como consequência, os *sex offenders* possuem as seguintes opções: “a) asunção do rótulo e reincidência delitiva; b) viver na ilegalidade para não ser reconhecido e evitar a execração pública; c) suicidar-se diante da impossibilidade de coexistência em sociedade”³¹.

²⁷ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

²⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

²⁹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012], p. 59.

³⁰ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. p. 2055. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Porém, embora cruéis, os mecanismos atuariais são inúmeros. Nas delegacias de polícia dos Estados Unidos têm sido utilizados dispositivos denominados Moris (*Mobile Offender Recognition and Information System*), que identificam, por intermédio de um aplicativo do iPhone, impressões digitais e padrões de íris, possibilitando a criação de um banco de dados intitulado *Next Generation Identification*. Ademais, pesquisadores da Carnegie Mellon University estão construindo uma máquina fotográfica que escaneia a íris de qualquer indivíduo a distância de 10 metros, mesmo em meio a uma multidão³².

Na França também há intensa vigilância dos delinquentes sexuais. Os reinidentes nesses delitos são acompanhados de perto pelo Estado, precisando informar sempre que pretenderem mudar de domicílio. Já na Grã-Bretanha, implantou-se um sistema com GPS, similar à tornozeleira eletrônica adotada no Brasil, que emite um alerta se os indivíduos se aproximam de zonas consideradas proibidas, tais como as escolas³³.

No Brasil, consoante o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, os condenados por crime doloso com violência grave contra pessoa, ou por qualquer crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), serão submetidos à extração do DNA para a identificação do perfil genético, ato que contraria expressamente o princípio da autoincriminação (art. 5º da Constituição Federal).

Dentre as técnicas atuarias de controle dos criminosos sexuais destaca-se ainda o procedimento da castração química, cujo intuito é o de controlar o impulso sexual de indivíduos do sexo masculino, para diminuir o seu desejo. Em síntese, há ministração de hormônios femininos que reduzem a libido sexual, mas sem cessá-la permanentemente³⁴.

O método tem como alvo os indivíduos que já realizaram delitos de natureza sexual, com o escopo de reprimir a sua compulsão. Há a aplicação de progesterona em doses frequentes por meio de injeções ou da ingestão de cápsulas que impedem a produção da testosterona, hormônio masculino que produz a libido e permite as ereções³⁵.

³² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³³ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. Delitos sexuales y castración química (anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delinquentes sexuales). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 68, p. 5-30, fev. 2010.

³⁴ SOARES, Patrícia Biondo Nicolli. *Castração química, realidade social e implicações jurídicas*, 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10562-Castracao-quimica-realidade-social-e-implicacoes-juridicas>. Acesso em: 26 set. 2017.

³⁵ SOARES, Patrícia Biondo Nicolli. *Castração química, realidade social e implicações jurídicas*, 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10562-Castracao-quimica-realidade-social-e-implicacoes-juridicas>. Acesso em: 26 set. 2017.

A castração química foi criada inicialmente com o intuito de frear o avanço do câncer de próstata sem que fosse necessária a remoção do órgão genital masculino, e somente posteriormente foi utilizada na tentativa de inibir a reincidência de criminosos sexuais³⁶.

Consoante Prieto Rodríguez, a droga da castração química

atua no cérebro do indivíduo, na glândula pituitária, inibindo a produção de seu hormônio. A testosterona é um hormônio essencial para o correto funcionamento da sexualidade masculina. Quando desaparece do corpo, há uma diminuição do impulso sexual, da libido, no homem³⁷⁻³⁸.

Diversamente da castração cirúrgica, de caráter definitivo, na castração química não há a remoção dos testículos, nem a esterilização do indivíduo submetido ao procedimento, já que essa penalização tem caráter provisório, podendo ter seus efeitos revertidos com a finalização do “tratamento”.

Para Vieira e Dos Santos, a castração química

trata-se de terapia, reversível, baseada na aplicação de um antagonista de testosterona, cujo objetivo está em impedir a produção desse hormônio, acarretando um freio nos impulsos sexuais, que seriam os responsáveis pelos delitos sexuais, consoante entendimento psiquiátrico. A mais utilizada é aplicação do medicamento Depo-Provera (acetato de madroxiprogesterona), o qual inibe a produção de testosterona. Atua no cérebro, na hipófise, inibindo a produção de testosterona, hormônio fundamental para o desenvolvimento da sexualidade do homem³⁹.

Hipoteticamente, além de uma punição, esse mecanismo serviria como prevenção aos delitos futuros, de forma que impedir a ereção do órgão sexual masculino e restringir seus desejos evitaria o cometimento de delitos sexuais.

³⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? *Revista Jurídica Consulex*, ano 12, n. 272, p. 18-20, 15 maio 2008.

³⁷ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. Delitos sexuales y castración química (anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 68, p. 5-30, fev. 2010. p. 8.

³⁸ “La castración química se diseñó en principio para el tratamiento de cancer de próstata avanzado. Mediante la castración química se utilizan unas sustancias que bloquean la producción de testosterona en los testículos. El fármaco actúa en el cerebro del individuo, en la glandula hipófisis, inhibiendo la producción de la hormona. La testosterona es una hormona esencial para un correcto funcionamiento de la sexualidad masculina. Cuando desaparece del organismo hay disminución del impulso sexual, o libido, en el hombre.”

³⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? *Revista Jurídica Consulex*, ano 12, n. 272, p. 18-20, 15 maio 2008.

Todavia, importante salientar que os crimes sexuais não são realizados apenas com o uso do órgão masculino, podendo sê-lo de distintas formas. Fato é que os

atos libidinosos podem ser praticados independentemente de ereção peniana. A criminologia tem registro de crimes sexuais praticados por homens impotentes. Isto significa que o pedófilo pode ser capaz de executar seus atos, mesmo recebendo um antagonista de testosterona, de maneira que a castração química se revela ineficaz quando o paciente não apresenta volição suficiente para reprimir seus impulsos sexuais⁴⁰.

Todavia, alguns estados nos EUA, tais como Califórnia, Flórida e Geórgia, bem como países como Austrália e Itália, são exemplos de locais que já adotam a castração química e, inclusive, oferecem esse tratamento aos agentes condenados por crimes sexuais que, se o aceitarem, são beneficiados com uma redução de sua pena⁴¹.

Ao estudar a castração química é possível notar a multidisciplinaridade da política criminal atuarial, que engloba distintas áreas de conhecimento, como a tecnologia e a medicina, com o mesmo fim: a punição de indivíduos. A pena imposta ao condenado não se limita à restrição de sua liberdade individual, mas viola, abertamente, sua integridade física e psíquica.

Há, inclusive, estudos sobre seus efeitos colaterais e os males causados aos sujeitos submetidos a esse procedimento. Nesse diapasão, conforme asseveram Vieira e Dos Santos, “os projetos e as leis em vigor em alguns países, favoráveis à castração química, são considerados anticonstitucionais uma vez que poderão levar à impotência, impedindo os delinquentes de procriar”⁴².

Dessa forma, é oportuno salientar que todos os mecanismos apresentados evidenciam o rechaço atuarial em relação à ressocialização criminal. Não há mais a aspiração, ainda que formal, de mudar o indivíduo delinquente e sequer a preocupação de permitir o restabelecimento do convívio social, necessidade inerente à pessoa humana.

Entretanto, à primeira vista, essas formas de prevenção criminal aparentam ser adequadas, pois se opta por resguardar o bem jurídico que é considerado mais valioso, qual seja, o direito de uma vítima em potencial, que é preferível em cotejo com o do criminoso sexual. Logo, priorizar um reincidente ao invés

⁴⁰ VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? *Revista Jurídica Consulex*, ano 12, n. 272, p. 18-20, 15 maio 2008.

⁴¹ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. Delitos sexuales y castración química (anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 68, p. 5-30, fev. 2010.

⁴² VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? *Revista Jurídica Consulex*, ano 12, n. 272, p. 18-20, 15 maio 2008.

de um indivíduo inocente seria socialmente reprovável e, aparentemente, uma escolha injusta.

Todavia, a realização de um juízo de ponderação não é competência do Estado; ao contrário, é seu dever assegurar o direito de ambas as partes, independentemente de suas ações pretéritas.

Lançado o véu da igualdade, a partir do momento em que o indivíduo é posto em liberdade, qualquer interferência estatal fundada em sua condenação criminosa anterior se caracterizaria como uma extensão de sua pena, atribuindo-lhe uma natureza perpétua, em que parte da condenação se cumpre dentro do cárcere e a outra parte fora dele.

Evidente é o anseio da política atuarial de evitar crimes a qualquer custo. Mas na busca por esse objetivo violam-se direitos, desrespeita-se a intimidade, tornando o regresso do condenado à comunidade ainda mais difícil.

É preciso refletir sobre as novas alternativas da prevenção criminal, implantar a justiça restaurativa e reparar o sentimento de segurança social, mas sem violar os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nesse processo, característica constante dos mecanismos atuariais.

Com o fulcro de analisar se o gerencialismo penal tem impactado a política criminal implantada no Brasil, no próximo tópico será discutida a castração química no nosso país, apontando os projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, tendentes a adotar esse mecanismo punitivo.

A CASTRAÇÃO QUÍMICA NO BRASIL

Superado o significado do gerencialismo penal, suas principais características e as explanações sobre as diversas ferramentas atuarias implantadas ao redor do mundo, atinge-se o âmago do trabalho, em que se apresenta um estudo dos projetos de lei brasileiros envolvendo a castração química.

O propósito é o de compreender se a política criminal atuarial tem embasado as fundamentações teóricas desses projetos e se ela tem sido aplicada diretamente no Brasil. Especificamente, objetivou-se analisar todos os projetos de lei propostos após a Constituição Federal de 1988 que envolviam a castração química como tema, para saber se suas proposituras se embasavam nas teorizações da política criminal atuarial.

Os projetos de lei mencionados foram buscados no endereço eletrônico <http://www.camara.leg.br/>, site da Câmara dos Deputados. Na página inicial foi selecionado o campo “Atividade Legislativa” e depois “Projetos de Lei e Outras Proposições”. Na pesquisa simplificada foi utilizado como assunto “castração química”, selecionando como tipo da Proposição “PL – Projeto de Lei”.

Ao todo foram encontrados 19 resultados, mas somente 14 projetos de lei se referiam ao procedimento de castração química em seres humanos.

O primeiro projeto de lei apresentado acerca do tema foi o de número 7.021/2002, no dia 20 de junho de 2002, por Wigberto Tartuce, do Partido Progressista Brasileiro (PPB/DF). O fulcro era modificar os arts. 213 e 214 do Código Penal, estabelecendo a pena de castração química para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. O deputado justificou sua demanda alegando que

recentemente, no Estado da Califórnia (Costa Oeste dos Estado Unidos), a pena de castração química foi aventada como punição para os crimes sexuais. É preciso que se tomem medidas drásticas e urgentes também no Brasil, pois a sociedade não pode mais ficar exposta a essas atrocidades, assistindo à violência sexual cometida contra mulheres, crianças e adolescentes de forma impune.

Após o trâmite interno, o PL foi arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno, em 17 de fevereiro de 2004. Segundo esse dispositivo,

finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles.

O segundo projeto de lei encontrado foi apresentado por Celso Russomanno, do Partido Progressista (PP/SP), e recebeu o número 5.179/2005. Por meio dele, objetivava-se acrescentar um dispositivo à Lei de Execução Penal que permitisse, com o consentimento prévio do autor da ofensa, o tratamento hormonal dos condenados ou internados pela prática de crimes contra a dignidade sexual, à época denominados crimes contra os costumes.

O deputado fundamentou sua aspiração legislativa no art. 10 da LEP, afirmando que é dever do Estado prevenir a criminalidade e capacitar o preso para o retorno à convivência em sociedade. Em 31 de janeiro de 2012 o projeto também foi arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Três anos após a apresentação do segundo projeto de lei, Marina Maggessi, do Partido Popular Socialista (PPS/RJ) apresentou, em 27 de novembro de 2008, o projeto de lei número 4.399/2008. A finalidade era acrescentar o art. 223-A ao Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para permitir a castração química de pedófilos reincidentes, com o objetivo, segundo a autora, de recuperar esses indivíduos. Em 31 de janeiro de 2011 o projeto também foi arquivado, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

No ano de 2009 dois projetos de lei foram apresentados, um no dia 28 de abril e outro em 14 de outubro, ambos pretendendo inserir a castração química no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro, de número 5.122/2009, objetivava alterar o inciso II do art. 226 do Código Penal, acrescentando a pena alternativa de castração química aos crimes contra a liberdade sexual, sob o fundamento de conter o crescente número de delitos sexuais. Todavia, o projeto foi arquivado em 31 de janeiro de 2011, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Já o segundo projeto de lei, de número 6.226/2009, do autor Mendonça Prado (DEM/SE), pretendeu acrescentar o art. 226-B ao Código Penal, para prever tratamento químico hormonal de contenção da libido aos réus reincidentes em crimes contra a dignidade sexual que praticarem os delitos tipificados nos arts. 213, 217-A e 218-A do mesmo Código. A justificativa apresentada é a de que “os crimes contra a dignidade sexual são causas de tormento e desespero de famílias brasileiras”. O projeto encontra-se ainda em trâmite, tendo como situação “devolvida ao autor”.

Com o mesmo objetivo foram propostos três projetos de lei em 2011. O de número 349/2011 foi apresentado em 9 de fevereiro pelo Deputado Sandes Júnior, pretendendo acrescentar o art. 216-B ao Código Penal, para cominar a pena de castração química “nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213 e 218 for considerado estuprador”, sob o fundamento de que os “indivíduos, tidos como estupradores, são quase na totalidade reincidentes, pois a deformidade na formação psíquica, resistentes às mais variadas terapias são comprovadoras desta necessidade de livrar a sociedade deste crime”. O projeto encontra-se ainda em trâmite, tendo como situação “devolvida ao autor”.

Já o PL 597/2011 foi apresentado em 24 de fevereiro de 2011 pelo Deputado Marçal Filho (PMDB/MS) e pretende acrescentar o art. 216-B ao Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, sob o fundamento de que a reabilitação desses indivíduos seria impossível, “mesmo se submetidos aos mais modernos e refinados tratamentos químicos”. O projeto encontra-se ainda em trâmite, tendo como situação “devolvida ao autor”.

O PL 2.595/2011, apresentado em 26 de outubro de 2011 pelo Deputado Mendonça Prado (DEM/SE), pretendia acrescentar o art. 234-D ao Código Penal, para prever o tratamento terapêutico de redução hormonal nas hipóteses em que o autor fosse reincidente nos crimes tipificados nos arts 213 e 217-A, defendendo que “o tratamento terapêutico reduz drasticamente a libido, reduzindo a reincidência de crimes sexuais de 75% para 2% nos criminosos tratados”. O projeto foi encaminhado ao arquivo em 27 de janeiro de 2012.

Em 2012 apenas um projeto foi apresentado. O autor foi o Pastor Marco Feliciano, do PSC/SP, e o número do PL é 4.333/2012. Seu objetivo era o de acrescentar o § 3º à Lei n. 12.015/2009, que altera o art. 213 do Código Penal e dá outras providências.

A nova redação proposta no projeto seria:

§ 3º No caso de estupro contumaz:

Pena – Internação compulsória em estabelecimento de tratamento médico judiciário a critério do juizado de execuções, após o cumprimento da pena e encaminhado por uma junta médica, quando constatar-se que poderá vir a cometer novos crimes de natureza sexual. Também a critério do juizado de execuções e com a anuência do réu poderá ser proposta a castração química como pena alternativa à perda da liberdade. O ato médico seria custeado pelo Estado, com a utilização de técnicas aprovadas pela medicina e já aplicada em outros países.

Dentre os principais argumentos, destaca-se que as “soluções que funcionam em outros países devem ser aqui adotadas”. O projeto foi arquivado em 2013 sem registro de justificativa.

Mais três projetos foram apresentados em 2013. O PL 5.398/2013, apresentado por Jair Bolsonaro, possui como escopo alterar as redações do parágrafo único do art. 83, dos arts. 213, *caput* e §§ 1º e 2º, e 217-A, *caput* e §§ 3º e 4º, todos do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e a do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.

Consoante o autor, os artigos passariam a apresentar as seguintes redações:

Art. 1º O parágrafo único do art. 83, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 83. (...) Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir e, nos casos dos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedido se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual.” (NR)

Art. 2º O *caput* e os §§ 1º e 2º do artigo 213, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 9 (nove) a 15 (quinze) anos. (NR)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos. (NR)

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos.” (NR)

Art. 3º O *caput* e os §§ 3º e 4º do artigo 217-A, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 22 (vinte e dois) anos. (NR).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 25 (vinte e cinco) anos. (NR)

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 18 (dezoito) a 30 (trinta) anos.” (NR)

Art. 4º O § 2º do artigo 2º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º (...)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, e, se reincidente específico nos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedida se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual.” (NR)

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Segundo o autor, a castração química contribuiria para uma sociedade mais justa e segura. O projeto no momento está aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

O PL 6.194/2013, apresentado em 27 de agosto de 2013, pretende modificar o art. 126 e demais incisos da Lei de Execução Penal, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho, por estudo ou por administração de medicamento, parte do tempo de execução da pena. (NR)

(...)

III – 1 (um) dia de pena a cada 5 (cinco) dias que estiver sob efeito de fármacos que inibam a libido.

(...)

§ 3º A cumulação dos casos de remição será decidida pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

(...)

§ 9º A administração de fármacos a que se refere o inc. III deste artigo somente será oportunizada a detentos condenados por crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.”

Art. 2º Revogue-se o § 8º do art. 126 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Segundo o Deputado Federal Alexandre Leite, autor do projeto, “devido à perda do desejo sexual são grandes as chances de o agente não voltar a delinquir”. No momento o projeto encontra-se aguardando Designação de Relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF).

A proposta apresentada pelo Deputado Federal seria que a Lei n. 7.210/84 passasse a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho, por estudo ou por administração de medicamento, parte do tempo de execução da pena. (NR)

(...)

III – 1 (um) dia de pena a cada 5 (cinco) dias que estiver sob efeito de fármacos que inibam a libido.

(...)

§ 3º A cumulação dos casos de remição será decidida pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

(...)

§ 9º A administração de fármacos a que se refere o inc. III deste artigo somente será oportunizada a detentos condenados por crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.”

Art. 2º Revogue-se o § 8º do art. 126 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O último projeto de 2013, o PL 6.363/2013, pretendia alterar o Código Penal para estabelecer a castração química como causa de redução da pena nos crimes sexuais contra vulnerável. Consoante o autor, Deputado Paulo Wagner,

a utilização do procedimento médico de redução da libido tem tido grande impacto na diminuição dos crimes sexuais. A despeito dos fatores psicológicos que afetam a saúde mental do delinquente sexual, a raiz do problema reside em mecanismos biológicos ligados à testosterona.

A situação atual do projeto encontra-se como “Apensado ao PL 5.398/2013”.

Em 2017 apenas um projeto foi apresentado. O PL 7.351/2017, proposto pela Deputada Elcione Barbalho (PMDB/P/ Autora:) em 6 de abril, pretende modificar os arts. 213 e 241-E, respectivamente, do Código Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que passariam a ter as seguintes redações:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, mais redução da libido, através da utilização de recursos químicos.

§ 1º Se a conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos, mais redução da libido, através da utilização de recursos químicos.

§ 2º Se a conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, mais redução da libido, através da utilização de recursos químicos.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Pena – redução da libido, através da utilização de recursos químicos.”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

A principal justificativa alegada pela Deputada é de que “não podemos mais permitir que pessoas ataquem mulheres e crianças causando traumas irreparáveis na vida de diversas famílias brasileiras”. O projeto foi encaminhado à publicação.

O projeto de lei mais recente acerca da temática da castração química foi apresentado em 7 de março de 2018, sob o n. 9.728/2018, por Wladimir Costa, do SD/P/ Autora:, e pretende alterar a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, e o CP para dispor sobre as possibilidades de tratamento inibidor da libido em criminosos sexuais. A ideia é vincular a progressão de pena e o livramento condicional à participação no tratamento psicoterapêutico.

Na justificativa do projeto de lei, Wladimir Costa afirma: “o que queremos não é condenar um preso, que é réu primário, a realizar o tratamento, mas sim dar-lhe o direito de escolher se quer fazê-lo ou não como forma de remir parte de sua pena, concedendo-lhe a liberdade de forma mais rápida”.

Após ser apensado ao Projeto de Lei n. 5.398/2013, o projeto original foi arquivado em 31 de janeiro de 2019, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Dos 14 projetos apresentados, 4 foram arquivados, 2 foram apensados ao Projeto de Lei n. 5.398/2013, 2 apresentam a situação em branco, 2 estão aguardando a devolução do não membro e 4 foram devolvidos ao autor. Nenhum deles foi aprovado até o momento.

De todo modo, o grande número de projetos de lei apresentados desde a Constituição Federal de 1988 demonstra a importância da discussão acerca da implementação ou não da castração química no país.

Em análise dos mencionados projetos de lei, identificou-se que a política criminal atuarial não tem sido utilizada como substrato teórico das propostas, e que, portanto, ela não tem sido implantada no Brasil quando se trata da castração química. Tal afirmação pode ser feita, uma vez que o embasamento teórico das propostas legislativas não possui a principal característica do gerencialismo penal, o uso de prognósticos de risco.

Consoante Wermuth, verifica-se a política criminal atuarial quando se

preconiza a detecção das características recorrentes de um comportamento humano para melhor preveni-lo. (...) entende-se que, primeiramente, é preciso identificar os indivíduos com “perfil de risco” para, em um segundo momento, classificar esses indivíduos em busca dos que efetivamente podem ser considerados “perigosos” ou de “alto risco” a fim de viabilizar, assim, a criação de mecanismos aptos a neutralizá-los pelo maior período de tempo possível⁴³.

Logo, para que a aplicação do gerencialismo exista, é necessária a presença de todos esses elementos constitutivos. Se ausentes os estudos prévios da criminalidade e as análises de estatísticas criminais relativas a um grupo social, torna-se impossível afirmar o uso da lógica atuarial, pois não há a preocupação efetiva de gerenciar a criminalidade.

De todos os projetos analisados, nenhum apresentou em sua proposta mecanismos de identificação dos criminosos, nem uma divisão dos indivíduos em um perfil de risco e, muito menos, os classificou em grupos.

Todavia, mesmo inexistente o uso de prognósticos de risco, é possível visualizar algumas características da política criminal atuarial nos projetos de lei examinados. No gerencialismo, propõe-se a punição veemente de determinados indivíduos com a escusa de proteger a sociedade e se objetiva incapacitar os delinquentes e obstar a prática delitiva. Nos projetos de lei estudados, no mesmo

⁴³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. p. 2058. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

sentido identifica-se a proposição de punição exacerbada aos delinquentes sexuais e a busca pela incapacitação seletiva.

Destarte, a aspiração de tornar inócuos os criminosos é tamanha que não há preocupação dos autores das propostas legislativas brasileiras com o respeito aos direitos humanos fundamentais, que, pasmem, também são assegurados aos presos.

Intentam demonstrar que a castração química não consiste em uma pena cruel ou degradante, que sua aplicação não fere o princípio da proporcionalidade da pena, mas a aprovação de projetos nos moldes apresentados, além de violar essas disposições normativas, significaria um retrocesso criminal, pois, assim como experienciado nos EUA, a lógica atuarial mostra-se ineficiente. Embora pareça tentador implantar um mecanismo de contenção dos delinquentes sexuais, por tudo o que já se demonstrou, essas diligências seriam inábeis e desperdiçariam pecúnia pública.

Por fim, evidencia-se que a lógica atuarial, no que concerne ao incremento da punição, tem encantado os olhares do Poder Legislativo e influenciado diretamente as propostas apresentadas. Embora não aprovadas, há um imenso desejo de implantar a castração química no Brasil, pois, num período de 17 anos, 14 projetos de lei foram apresentados com o intuito de positivar esse mecanismo atuarial.

OS MECANISMOS ATUARIAIS E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Consoante a hierarquia das normas proposta por Hans Kelsen, dentro de um ordenamento jurídico sempre existirá uma norma superior que subordinará as demais leis a seu conteúdo normativo.

No Brasil, a Constituição Federal é Magna Carta, isto é, a norma mais elevada dentro do ordenamento jurídico, devendo as normas infraconstitucionais se submeter às regras estabelecidas em seu corpo textual. Dessa forma, todas as leis devem respeitar a Constituição Federal, normativa que regula e protege os direitos humanos fundamentais.

Todavia, embora exista a hierarquização normativa, o desrespeito a essa estrutura é comum, principalmente no tocante às políticas criminais, que, na busca utópica pelo fim da criminalidade, continuamente infringem direitos humanos fundamentais.

O gerencialismo penal não irrompe essa lógica, pois fere diversos princípios constitucionais, como a igualdade, a proporcionalidade da lei, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), e também os princípios penais, como a presunção de inocência e a humanidade das penas.

Para Dieter,

não é difícil perceber o conflito que se estabelece entre a proposta de orientação do sistema de justiça criminal a partir de instrumentos atuariais e os princípios e regras que regulam o exercício da competência punitiva estatal, os quais foram transformadas em dogmas pela teoria jurídica porque traduzem conquistas históricas da humanidade, servindo de obstáculo contra a plena realização da racionalidade instrumental do Estado. Expressam, em síntese, um conteúdo ético manifestamente oposto à razão cínico-gerencial, democratizando a seletividade do sistema de justiça criminal, na medida do possível⁴⁴.

Segundo a Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sendo vedada toda e qualquer discriminação. Contudo, se o gerencialismo penal propõe medidas punitivas severas a determinados criminosos, como os *sex offenders*, significa que os trata de maneira desigual.

No tocante ao princípio da proporcionalidade da lei, vedam-se os excessos dos Poderes Públicos, exigindo-se a ponderação de seus atos, para que sejam proporcionais aos anseios sociais, evitando injustiças. Embora o gerencialismo penal seja voltado a minimizar a insegurança pública e a agradar os almejos populacionais, a lógica atuarial ultrapassa os limites legais para alcançar seu objetivo, sem se preocupar com a proteção dos direitos fundamentais.

A Lei de Megan, a castração química e o tratamento recebido pelos *sex offenders* exemplificam a desproporcionalidade dos mecanismos praticados com o “dever ser” legislativo.

Não obstante, o gerencialismo penal afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, que veda o desrespeito, as violações às garantias fundamentais, a marginalização e a violência (art. 1º, III, da CF), atitudes que representam sinteticamente as consequências da política criminal atuarial.

Consoante Dieter,

sob o argumento do alto risco ou perigosidade individual, as novas tecnologias para incapacitação cominam, aplicam e executam medidas de controle social notoriamente desumanas, inconciliáveis tanto com a disciplina nacional quanto internacional dos direitos humanos instituída desde o final da Segunda Guerra Mundial⁴⁵.

⁴⁴ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012]. p. 191.

⁴⁵ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012]. p. 199.

Ainda na esfera constitucional, é importante salientar as garantias fundamentais previstas no art. 5º, que determinam a vedação às penas cruéis e a garantia ao respeito à integridade física e moral dos presos. Não obstante, os mecanismos atuariais configuram-se como penas cruéis, principalmente no tocante à castração química, que agride a integridade física e moral dos criminosos sexuais, violando essa norma constitucional e, igualmente, o princípio da humanidade das penas.

Há também o desrespeito ao princípio da presunção de inocência, pois, segundo a Constituição Federal, um indivíduo só será considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedando a prévia responsabilização criminal. Ora, o mapeamento genético, os estudos que analisam a tendência criminosa de indivíduos e a prévia fiscalização destes viola diretamente essa disposição.

Para Dieter, “evidentemente não há qualquer espaço para a presunção de inocência à sombra do programa de Política Criminal Atuariais, no qual o único elemento que se pode presumir para redução do risco é a perigosidade”⁴⁶.

Dessa forma, “a única garantia do Direito é a violência, o que significa dizer que a violência passa a funcionar como dispositivo imunitário que defende com o mesmo que ameaça, o que implica a multiplicação da violência na sociedade”⁴⁷.

De todo modo, as violações normativas do gerencialismo penal não se limitam ao ordenamento jurídico brasileiro, mas conjuntamente à ordem jurídica internacional, pois “é notória a incompatibilidade da Política Criminal Atuariais com o sistema de execução da pena nos Estados Democráticos de Direito”⁴⁸.

O enfrentamento da criminalidade não pode pretender destruir todo o rol de garantias que se construiu historicamente para proteger os cidadãos das arbitrariedades do Estado. A preservação da segurança não pode aniquilar o respeito aos direitos e garantias fundamentais a que todos têm direito.

⁴⁶ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuariais: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012]. p. 200.

⁴⁷ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Política criminal atuariais: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion*. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. p. 2067. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁴⁸ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuariais: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012]. p. 201.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto nomeada de política criminal atuarial, seus princípios e suas implicações não revelam nada de inovador.

Ainda que se tenha proposto desenvolver mecanismos de identificação dos criminosos para fazer recair sobre eles a punição estatal, não há ferramentas que permitam, seguramente, que se faça essa distinção.

Ademais, as propostas advindas do gerencialismo penal não ressocializam os delinquentes, não previnem a criminalidade e não custam menos. Diversamente, marginalizam o preso, impedem sua ressocialização e despendem muito dinheiro público.

Em vez de revelar-se uma alternativa carcerária, a lógica atuarial se apresenta como um retrocesso criminal. Pune-se mais, violam-se direitos fundamentais e não há redução dos índices de delinquência, porque a criminalidade não está relacionada com a existência de punições severas, mas sim com as condições sociais, como educação, saúde pública e moradia.

A castração química, a Lei de Megan e a vigilância dos *sex offenders* não se demonstram efetivas, deveras dificultam e impedem o convívio social.

Todavia, seus malefícios não são suficientes para impedir a aplicação do gerencialismo penal. Suas consequências negativas podem não melhorar o convívio social, mas retiram das ruas os vulneráveis e causam uma falsa sensação de segurança, devolvendo a reverência estatal e resultando no cenário ideal para o controle social.

Destarte, a política criminal atuarial apresenta-se como a solução dos problemas estatais, pois subjugam os criminosos com apoio populacional. Vislumbrando esses benefícios, diversos países, como Estados Unidos, Grã-Bretanha, Austrália e Itália, adotam mecanismos atuariais como métodos de controle.

Embora o Estado brasileiro não aplique diretamente a política criminal atuarial, é possível afirmar, com base nos projetos de lei estudados, que algumas características do gerencialismo penal já têm sido admitidas, como a incapacitação seletiva.

Isto posto, deve-se conscientizar progressivamente a população, a fim de evidenciar que o gerencialismo penal não é uma política criminal distinta das já aplicadas e, ainda, é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA JUNIOR, Manoel. Política criminal atuarial no desvelar do punitivismo seletivo. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 52-65, nov. 2017. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/66596/44958>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2008.

BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 22, n. 257, p. 12-13., abr. 2014. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103887. Acesso em: 4 jul. 2019.

DIETER, Maurício Stegemann. Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. *Rev. Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jun. 2013. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 4 jul. 2019.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. 2012. 309f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, [2012].

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. Delitos sexuales y castración química (anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delinquentes sexuales). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 68, p. 5-30, fev. 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, Patrícia Biondo Nicolli. *Castração química, realidade social e implicações jurídicas*, 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10562-Castracao-quimica-realidade-social-e-implicacoes-juridicas>. Acesso em: 26 set. 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? *Revista Jurídica Consulex*, ano 12, n. 272, p. 18-20, 15 maio 2008.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal / Actuarial criminal policy: biopolitical contours of criminal exclusion. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 8, n. 3, p. 2043-2073, set. 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22314/21391>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Data de recebimento: 08/11/2018

Data de aprovação: 24/06/2019

A RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO E O USO TECNOCRÁTICO DAS TECNOLOGIAS DE BIG DATA

THE RATIONALIZATION OF THE STATE AND THE TECHNOCRATIC USE OF BIG DATA TECHNOLOGIES

João Roberto Gorini Gamba*

RESUMO

Este artigo busca caracterizar o processo de institucionalização da racionalidade técnica a partir de uma perspectiva weberiana, anotando a importância da ação racional com respeito a fins e o conseqüente processo de burocratização do Estado. A partir daí, analisa o avanço da tecnocracia dentro do avanço do progresso científico e no contexto da chamada quarta revolução tecnológica verifica as questões emergentes da possibilidade do uso tecnocrático das tecnologias de *big data* como uma forma de transferência da responsabilidade pela decisão política.

Palavras-chave: Burocracia; Tecnocracia; Tecnologia; Técnica; *Big data*.

ABSTRACT

This article seeks to characterize the process of institutionalization of technical rationality from a Weberian perspective, noting the importance of rational action with respect to ends and the consequent process of state bureaucratization. From there, it analyzes the progress of technocracy within the advance of scientific progress, and in the context of the so-called fourth technological revolution it verifies emerging issues of the possibility of the technocratic use of big data technologies as a form of transference of responsibility for political decision.

Keywords: Bureaucracy; Technocracy; Technology; Technics; Big data.

INTRODUÇÃO

A importância da utilização de tecnologias em contextos de gestão nas esferas pública e privada não é novidade. Ao que parece, buscar eficiência de processos a partir da utilização da técnica é algo que nos diferencia como espécie.

* Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). E-mail: joao_gamba@hotmail.com.

Entretanto, as tecnologias que caracterizam a chamada quarta revolução industrial – em curso – tornam a análise especialmente mais complexa e relevante, notadamente no que tange à imputação de responsabilidade jurídica e política por agentes que tomam decisões baseados em tecnologias disruptivas, tais como as de *big data*.

Para analisarmos essas questões, esta análise partirá de Max Weber, dada sua importância no âmbito das tentativas teóricas de compreensão das transformações culturais que introduzem novos paradigmas de organização institucional e econômica na sociedade. Assim, iniciaremos pelo surgimento da consciência racional moderna, notadamente do conceito de ação racional com respeito a fins, para então verificarmos sua entronização em diversos campos da vida social, especialmente na administração pública, com o processo de burocratização do Estado, entendido como a institucionalização da referida ação racional.

Em seguida, veremos como a expansão da ação racional e do progresso científico típico dos séculos XX e XXI nos conduziram a modelos tecnocráticos de gestão, despolitizando as decisões, que passam a ser equacionadas e respondidas por meio da aplicação da melhor técnica, supostamente neutra em sua avaliação. Neste cenário tecnocrático, o processamento de informações ganha relevo como forma de controle social, delineando a problemática deste artigo, no que se refere à decisão política lastreada na pseudoneutralidade científica.

Ao final, abordaremos os impactos políticos e sociais das revoluções tecnológicas, dando ênfase à quarta revolução em curso, caracterizada precisamente pela geração, processamento e utilização de informações a partir de tecnologias disruptivas. Neste cenário, há inevitável necessidade de sua utilização em contextos administrativos, aumentando em complexidade e importância o problema da despolitização das decisões, notadamente pela utilização das chamadas tecnologias de *big data*, que carregam um potencial para mitigar ou até mesmo transferir a responsabilidade de agentes humanos em processos decisórios.

NOTAS SOBRE A EXPANSÃO DA AÇÃO RACIONAL

Para verificarmos a relação entre a tecnologia e a administração pública devemos, neste item, apresentar breves comentários a respeito da teoria da modernidade de Weber, a qual abarca tanto o processo de racionalização religiosa quanto da sociedade – que nos afeta –, de modo a expor o surgimento de uma consciência racional moderna que, conforme buscaremos apresentar, alastra-se para os demais campos da vida social, especialmente para a esfera estatal, de tal modo que a modernidade será caracterizada, nesse aspecto, pela racionalização do Estado e da economia, notadamente articulados pelo uso do direito formal moderno.

Neste contexto, deve-se partir do conceito de ação, unidade atômica do social na análise weberiana, a qual cuida de diagnosticar a consolidação do modo de produção capitalista e a formação do chamado “espírito capitalista”, que se refere à mentalidade racional característica de um tipo específico de ação, qual seja, a ação racional com respeito a fins (*Zweckrationales Handeln*), também denominada ação instrumental, a qual Weber caracteriza como sendo determinada “por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como ‘condições’ ou ‘meios’ para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso”; nela, o mundo é visto como dotado de elementos que podem servir de meios ao sujeito para que este alcance racionalmente seus fins próprios².

A mentalidade racional, nesse sentido, é apontada por Weber³ como fator determinante para o surgimento do capitalismo, referindo-se a um *ethos* econômico racional específico e que, sabemos, apresenta-se na teoria weberiana como decorrente da ética ascética do protestantismo, que representa a racionalização religiosa ocidental, conforme trabalhada no clássico *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Aqui estamos a falar do processo de desencantamento (ou desmágicização) do mundo, ou seja, a crescente racionalidade que faz com que percam força de convencimento os ritos e magias não racionais. Com isso, Weber acaba por delinear as bases da modernidade ao apresentar os efeitos da racionalidade instrumental e sua expansão para os diversos campos da vida social, incluindo a administração pública, então secularizada. Neste contexto, há também a consolidação de uma ética secular, que será típica da modernidade e que também se alastra para os mais diversos campos da vida social, especialmente para o direito e a moral, de modo a criar um ambiente adequado para a consolidação do capitalismo como modo produtivo articulado pelo direito formal moderno.

Trata-se, obviamente, da expansão da racionalização, uma vez que a ação racional se apresenta como o mais eficiente de todos os recursos produzidos pela experiência histórica da humanidade. Assim, a ação racional tende a suplantar,

¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília-São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. I. p. 15.

² “Para Weber, um ato é racional quando pode ser descrito de acordo com os cânones da lógica, os procedimentos da ciência ou do comportamento econômico bem-sucedido; quer dizer, quando se propõe a consecução de um objetivo, em suas intenções, e está em total concordância com o conhecimento fatural e a compreensão teórica, em seus meios. Sempre que a escolha de um objetivo final, entre outros objetivos finais, e a escolha de meios satisfazem esses critérios um ato é plenamente racional” (MACRAE, Donald Gunn. *As ideias de Weber*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1975. p. 73).

³ WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. Organização e comentários Jesse Souza. Trad. Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006. p. 109-110.

gradualmente, todos os modos de ação social⁴. Alastra-se à administração pública, cujo efeito mais notável é a implementação da dominação de tipo legal-racional organizada burocraticamente, conforme analisaremos com mais vagar à frente e, é claro, tem efeito visível na produção, em que se tenta extrair mais com o mínimo de esforço possível, dado que a acumulação deixa de estar ligada à necessidade e passa a estar relacionada à acumulação e ao comércio. Nesse sentido, Weber nos apresenta importantes lições sobre o desenvolvimento do racionalismo ocidental no contexto de desenvolvimento do capitalismo moderno, anotando a importância da racionalização da técnica:

A tendência para a racionalização da técnica e da gestão econômica com o objetivo de baixar os preços em relação aos custos, produziu uma corrida febril na busca de invenções. Todos os inventores daquela época trabalharam sob o signo do barateamento da produção: a ideia do *perpetuum mobile* como fonte de energia é apenas um de muitos expoentes desse movimento generalizado⁵.

Nesse cenário é que Weber⁶ anota as principais características do capitalismo ocidental moderno, destacando-se a distinção da cultura ocidental com relação a quaisquer outras pela existência de um *ethos* racional na condução da vida e, no contexto produtivo, pela busca de invenções tendentes a reduzir o custo de produção, conforme abordado no excerto acima. Em síntese, o referido autor apresenta o processo de secularização da cultura ocidental e o desenvolvimento das sociedades ocidentais modernas a partir da organização da empresa capitalista e da burocratização do Estado, entendendo esse processo como a institucionalização da ação racional. Nesse contexto, nota que as sociedades modernas são sociedades de organização, sendo as atividades dessas organizações representadas como extensão da ação racional, em que essa aparece como a aceitação das condições de se pertencer às organizações, bem como de obedecer às regras e seguir ordens. Há, nesse cenário, uma zona amortecedora entre sistema e pessoa em que os sentidos das ações são desligados das estruturas pessoais de sentido e motivação. É clara a afirmação de Weber nesse sentido de que “toda dominação expressa si mesma e suas funções por meio da administração”⁷, de tal sorte que a associação racional a uma estrutura de dominação será expressada pela buro-

⁴ MACRAE, Donald Gunn. *As ideias de Weber*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1975. p. 90.

⁵ WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. Organização e comentários Jesse Souza. Trad. Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006. p. 58.

⁶ WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. Organização e comentários Jesse Souza. Trad. Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006. p. 59-61.

⁷ WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. Trad. Marsely De Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011. p. 304.

cracia. É nela, portanto, que se manifesta a forma de dominação legal-racional trabalhada por Weber, na qual existe um regulamento administrativo que fixa as atribuições oficiais dentro de uma hierarquia de mando e subordinação, sempre com o devido lastro em documentos escritos.

BUROCRACIA: A RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO

Weber⁸ nos apresenta características específicas da burocracia moderna, tanto aquela baseada no direito público quanto a da empresa privada burocratizada, as quais tomamos a liberdade de sintetizar: 1) o funcionalismo é regido pelo princípio da competência, ou seja, há uma distribuição fixa das atividades e poderes de mando determinados também de forma fixa; 2) há hierarquia de cargos determinada por um sistema fixamente regulamentado de mando e subordinação de autoridades e com fiscalização, bem como uma sequência de instâncias determinada; 3) baseia-se a administração moderna em documentos escritos (atas) e há separação entre o escritório e as atividades privadas; 4) há especialização dos serviços; 5) exige-se o emprego da plena força de trabalho do funcionário; e 6) a administração dos funcionários se dá de acordo com regras.

Como consequências, o cargo vira profissão, sendo o funcionário nomeado por uma instância a ele superior, sendo-lhe devida, em geral, uma remuneração fixa – um salário – para que desempenhe as funções a que foi nomeado, visando ascensão em uma carreira, via de regra existente.

Weber apontará então a superioridade técnica da organização burocrática sobre as demais, comparando a administração burocrática à não burocrática com modos de produção com máquinas e os não mecânicos⁹. Nesse sentido, aponta como vantagens da organização estritamente burocrática “a precisão, velocidade, consistência, disponibilidade de registros, continuidade, possibilidade de sigilo, unidade, coordenação rigorosa, além da redução de atritos e gastos com material e pessoal”¹⁰.

⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília-São Paulo: UNB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. II. p. 198-200.

⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília-São Paulo: UNB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. II. p. 212.

¹⁰ WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. Trad. Marsely De Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011. p. 325. Quanto à secularização das leis e o crescimento de um modo especializado e estritamente formal de pensamento jurídico, Weber anotará a relação entre o funcionamento técnico formal da justiça e o fim do subjetivismo nesse campo. Nesse tocante, o formalismo procedimental de que se reveste o direito racional moderno alinha-se à manutenção do estado de coisas, notadamente na estabilidade do Estado, da economia e do próprio direito que estrutura as relações sociais.

Nesse sentido, é possível apontar que a burocracia trataria de realizar o nivelamento das massas e dos governantes, uma vez que ambos estariam sujeitos aos mesmos mecanismos supostamente neutros, objetivos e impessoais de administração. Ainda, a relação com o capitalismo parece clara, na medida em que a burocracia responde à previsibilidade e à possibilidade de cálculo, tão caras à classe burguesa. A impessoalidade burocrática acaba por ser, nesse tocante, essencial à eficiência da produção. Cria-se com ela um mecanismo de alienação social, no qual as pessoas não falam em seu nome, uma vez que não têm o domínio sobre a situação, i.e., não participam pessoalmente do processo decisório, mas devem obedecer às ordens emanadas de cima. Assim, o bom funcionamento administrativo resulta da alienação decorrente da observância de regras – onde pode haver possível distinção entre o pensado e o executado.

Em suma, a burocracia parece exercer papel de destaque no contexto da modernidade, uma vez que alinhada à tônica do capitalismo, bem como realiza um nivelamento social, dada sua impessoalidade e a vinculação a regras abstratas que pressupõem a igualdade jurídica, inobstante possamos verificar em nossas democracias ocidentais fortes resquícios de pessoalidades típicos dos períodos pré-modernos. Assim, verificamos com Weber¹¹ o caráter racional da burocracia, pois conceitos como regra, finalidade, meios e impessoalidade objetiva a caracterizam, apresentando um claro desenvolvimento da racionalidade e sua aplicação na administração pública e privada.

O AVANÇO DA TECNOCRACIA

À luz dos princípios democráticos, podemos verificar uma pressão de modernização – leia-se racionalização da administração pública – que conduz a novas formas de legitimação que reivindicam cientificidade, contexto em que a ciência assume inevitavelmente um papel central no aparato ideológico de dominação. Neste cenário, o desenvolvimento tecnológico típico do século XX, bem como a expansão dessa lógica ao Estado, torna-o instrumento de resolução de problemas técnicos, alinhando a evolução de sistemas sociais com a lógica do progresso científico e diminuindo quaisquer aspectos democráticos de resposta.

Com efeito, a transferência das responsabilidades políticas do povo para técnicos empoderados se afigura como a tese central da tecnocracia e que, ainda, possui força justificadora do poder, afinal, as ciências modernas não só possuem um ferramental apto a criticar as formas de legitimação tradicionais como propõem toda uma ressignificação desses modelos. Neste contexto, as questões sociais

¹¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília-São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. II. p. 233.

que na teoria democrática clássica deveriam ser resolvidas a partir de consultas populares diretas ou indiretas apresentam-se como resolvidas por critérios meramente técnicos, detidos por aqueles que possuem a *expertise* necessária; questão que se agrava com o aumento das esferas sociais submetidas a esse controle racional e científico.

Nesse quadro conceitual, o problema social deixa de ser questão política para ser administrado por especialistas na obtenção e processamento de informações. Conforme veremos à frente, esta última afirmação ganha importância nos mais diferentes campos sociais – incluindo o político – com a revolução tecnológica em curso neste início de século XXI.

Anote-se, ainda, que a ideia por trás do conceito de tecnocracia não é a de uma forma de governo, uma vez que pode inserir-se em diversos tipos de organização, desde que haja, para caracterizá-la, a manipulação do poder por especialistas habilitados para colocar em prática os planos de condução da administração¹². Nessa perspectiva, há uma latente anulação das autoridades sociais e das liberdades dos indivíduos no que tange à possibilidade de influência na condução da sociedade, apresentando-se a tecnocracia com uma sempre perigosa pretensão de neutralidade, implicando, entretanto, uma concepção segundo a qual a condução da sociedade cabe aos que possuem a capacidade de determinar seus fins e organizá-la tecnicamente para alcançar de forma mais eficiente seus fins.

Vale ressaltar, ainda, que a tecnocracia não pode ser confundida com a burocracia. Para deixar clara essa diferenciação, Martins¹³ nos diz que o fato de a burocracia apresentar os valores da racionalidade, eficiência, objetividade e profissionalidade nada tem a ver com o incremento da participação dos técnicos nos centros de decisão que comandam o funcionamento da organização. A burocratização, nesse sentido, equivale a uma reforma administrativa que aumenta a racionalidade do sistema, independentemente de quem sejam os ocupantes dos centros de poder e decisão. Assim, o mero fato de a estrutura administrativa do Estado ser organizada de forma preestabelecida, colocando-se a serviço de uma finalidade objetiva e impessoal, ou seja, de forma burocrática, não acarreta a necessidade do aumento da participação de profissionais de natureza técnica nos cargos de decisão desta sociedade.

A perspectiva tecnocrática, por sua vez, é aquela que busca trazer para o campo da técnica a decisão acerca daquelas questões relevantes de natureza política e social, despolitizando-as. Nessa linha, James Burnham¹⁴ escreveu seu livro

¹² SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 85.

¹³ MARTINS, Carlos Estevam. *Tecnocracia e capitalismo: a política dos técnicos no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974. p. 30.

¹⁴ BURNHAM, James. *L'ère des organisateurs*. Prólogo de León Blum. Paris: Calmann-Lévy, 1947.

alertando sobre questões relacionadas à tecnocracia, tendo em mente a União Soviética e a Alemanha nazista de seu tempo. Referida análise representava, em poucas palavras, a assunção do poder político pelos técnicos (os *managers* de Burnham), ainda que com base em ideologias distintas.

A partir daí, estabelece-se a problemática da questão política da técnica, considerando a complexidade que reveste os sistemas e organizações a partir do advento da modernidade e da já mencionada incorporação da ação instrumental dentro dos diferentes campos sociais:

A mais recente pesquisa comparativa de sistemas políticos, especialmente a pesquisa sobre países em desenvolvimento, assim como a moderna teoria da organização, mostraram que sistemas sociais e políticos, assim como organizações formais, caracterizaram-se por uma crescente complexidade. Para o aumento de rendimento em face de um ambiente complexo, diferenciam-se subsistemas funcionalmente especificados, os quais novamente têm que ser integrados por complicados processos de comando¹⁵.

Dada essa complexidade das organizações administrativas e seus respectivos processos de comando, com vistas a buscar a melhor – leia-se mais eficiente – condução da atividade estatal e privada para satisfação dos diferentes anseios coletivos e individuais existentes no todo social, há que haver uma “tecnoestrutura”, para usar a expressão de Duverger¹⁶, que sustenta o funcionamento desse todo complexo.

Neste ponto, vale traçarmos algumas palavras adicionais sobre a relação entre democracia e tecnocracia. Bobbio, nesse sentido, faz importante alerta ao dizer que “tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer”¹⁷. Habermas, por sua vez, irá apontar na atualidade uma relação de dependência do político com relação ao especialista, ao dizer que:

O Estado parece ter que abrir mão da substância da dominação em favor de uma aplicação eficiente das técnicas disponíveis no campo de estratégias exigidas objetivamente – ele parece ser não mais um aparato para

¹⁵ NASCHOLD, Frieder. Democracia e complexidade: teses e exemplos para a discussão teórica na ciência política. In: SENGHASS, Dieter; NARR, Wolf-Dieter; NASCHOLD, Frieder. *Análise de sistemas, tecnocracia e democracia: textos sobre a discussão teórica na ciência política alemã*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1974. p. 73.

¹⁶ DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias: poder econômico e poder político*. Trad. Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975. p. 139.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 46.

a imposição violenta de interesses por princípio não fundamentáveis, capazes de serem sustentados em termos meramente decisionistas, para se converter em órgão executor de uma administração integralmente racional¹⁸.

Assim, o político acaba por se transformar em mero executor de uma inteligência científica que lhe prescreve a melhor decisão de acordo com as informações disponíveis. Torna-se necessário, é claro, estabelecer um diálogo construtivo que perfaça a melhor compatibilização possível entre os saberes teóricos proporcionados pela técnica e a necessidade de execução de uma vontade política democraticamente eleita. Do contrário, as deliberações democráticas tomadas pelo povo – diretamente ou por meio de seus representantes – seriam suprimidas e substituídas pela tomada de decisão lastreada na suposta neutralidade científica, mitigando o papel do indivíduo como partícipe de uma administração democrática.

BREVE SÍNTESE DAS REVOLUÇÕES TECNOLÓGICAS E SEUS EFEITOS POLÍTICO-SOCIAIS

Inicialmente, vale destacar que a análise detalhada das revoluções científicas e industriais e todos os complexos efeitos que geraram para a teoria do conhecimento, para a política e formas de organização social acabam por ultrapassar os limites deste trabalho, e, portanto, apresentaremos neste item apenas uma breve síntese das conhecidas revoluções industriais, que podemos chamar de revoluções tecnológicas, dada a perda de importância da indústria nas duas últimas revoluções. Com esta rápida exposição das características gerais dos marcos do desenvolvimento tecnológico poderemos compreender o ambiente que se forma para a quarta revolução tecnológica em curso neste início de século.

A primeira revolução, como é sabido, teve curso na Europa no final do século XVIII e é aquela caracterizada pelo emprego de máquinas a vapor em substituição às ferramentas e a consequente construção de ferrovias, comumente denominada Revolução Industrial. Trata-se da consolidação do capitalismo industrial como modelo produtivo, prezando pela eficiência – otimização do tempo – na produção. A segunda revolução, por sua vez, teve curso no final do século XIX a partir da utilização do motor de explosão e da utilização da energia elétrica, bem como pelo desenvolvimento da indústria do petróleo. Nessa fase houve também a valorização de aspectos simbólicos inerentes à produção, dentre eles a propriedade industrial (em especial marcas e patentes) e também a gestão, que passou a ser vista como ciência. Algo notável nesse sentido foi a aplicação de

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2014. p. 154.

modelos (linhas) de produção, racionalmente estruturadas para eficiência e produção em escala. Vemos aqui, de forma mais clara, como a racionalidade e a eficiência tratadas nos itens anteriores relacionam-se com esses momentos históricos. A terceira revolução tecnológica nos demanda maior cuidado de análise, uma vez que se caracteriza pelo crescimento vertiginoso da utilização da ciência – informatização – na produção e condução de assuntos econômicos e políticos. Essa revolução situa-se no contexto do pós-guerra e liga-se à ascensão do chamado capitalismo tardio.

Nesse sentido, em *O capitalismo tardio*, Ernest Mandel¹⁹ analisa as diversas etapas de desenvolvimento do capitalismo, sugerindo que este não mudou em sua essência, mas se altera expressivamente entre 1940 e 1966, a partir da terceira revolução tecnológica em comento, bem como a partir de 1967, com o aumento da concorrência internacional. Destacamos as análises de Mandel sobre Estado e ideologia, em que verifica uma diminuição na crença da individualidade e competição (características típicas do capitalismo clássico) e maior crença no desenvolvimento vertiginoso da ciência – elemento central do capitalismo tardio –, época comumente denominada pós-industrial. No contexto da Segunda Guerra Mundial e especialmente no pós-guerra, verifica-se o avanço da inovação tecnológica, com a consequente diminuição do tempo gasto em produção, bem como a expansão do capital para além das fronteiras nacionais.

Neste cenário de complexidade econômica e avanço tecnológico, o capitalista clássico, industrial, é substituído pelos técnicos e financistas e a ciência, utilizada como instrumento de produção na era industrial, agora passa ao centro da própria produção. Segundo Mandel, “a crença na onipotência da tecnologia é a forma específica da ideologia burguesa no capitalismo tardio”²⁰. Assim, na sociedade já pós-industrial, as próprias crises seriam administradas a partir de soluções técnicas. Essa racionalidade tecnológica apresenta-se, no ambiente do pós-guerra, como forma (pseudo)neutra de resolução dos problemas, incluindo as condições socioeconômicas residuais do capitalismo, contexto em que se destacam os tecnocratas.

Por fim, a quarta revolução tecnológica, em curso, é caracterizada pela chamada lógica da rede e especialmente pela crescente utilização de tecnológicas disruptivas, como robótica, inteligência artificial, nanotecnologia, impressão 3D, *machine learning*, internet das coisas (IoT) e *big data* (grande volume de dados

¹⁹ MANDEL, Ernest. *Capitalismo tardio*. Trad. Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural (Os Economistas), 1985. *passim*.

²⁰ MANDEL, Ernest. *Capitalismo tardio*. Trad. Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural (Os Economistas), 1985. p. 351.

estruturados ou não). Para Schwab²¹, o que caracteriza a quarta revolução industrial é a fusão e interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. Do ponto de vista dos bens físicos, há uma mudança substancial no que tange à propriedade/utilização, sendo o padrão a disponibilidade de utilização sem ter propriedade. Como exemplo, basta ver aplicativos de transporte e de locação de apartamentos; ambos se referem a uma mudança da propriedade para o acesso, e tudo isso via plataforma *online* ou aplicativo – modelos que rompem com a lógica concreta e material típica do capitalismo industrial. Ainda que haja resistência em alguns setores, esta parece ser a tendência até mesmo para bancos e serviços ligados ao mercado financeiro. Trata-se de liquidar de forma quase integral os resíduos daquela sociedade industrial, cujo fim já se pregava desde ao menos a terceira revolução mencionada acima.

Também a lógica das redes²² transforma todas as relações, inclusive as econômicas, em globais, o que acresce complexidade para os mercados locais e as formas de se organizar a economia, além de criar uma relevante crise do Estado-nação enquanto entidade soberana, tal como a democracia liberal o concebeu nos últimos séculos; isto para não entrar nas questões afetas à geração, extinção e deslocamento de empregos e a possibilidade de implementação de estratégias exclusivamente especulativas.

Do ponto de vista da administração pública, as tecnologias caracterizadoras desta quarta revolução apresentam papel dúbio. Por um lado – otimista –, há possibilidade e expectativa de que novas tecnologias sejam aplicadas para melhorar o desempenho de políticas públicas, ampliando sua aplicação e reforçando sua fiscalização e possivelmente transparência dos processos. Por outro lado, como veremos, a utilização de tecnologias tais como as de *big data* pode ofuscar o verdadeiro responsável pela tomada de decisões, diminuindo – ao invés de aumentar – a transparência e, conseqüentemente, a possibilidade de responsabilização, levantando inúmeras questões de ordem política e jurídica que ainda não possuem resposta clara.

²¹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p.16.

²² “Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio. Redes são instrumentos apropriados para a economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores e empresas voltadas para a flexibilidade e adaptabilidade; para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínuas; para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e humores políticos; e pra uma organização social que vise a suplantação do espaço e invalidação do tempo” (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede* (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. I). 9. ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 566).

QUESTÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO TECNOCRÁTICA DAS TECNOLOGIAS DE BIG DATA

A ideia do uso tecnocrático da tecnologia nada mais representa do que a tentativa de colocar sob o signo da técnica aplicada os problemas sociais, tais como a fome, a pobreza, a desigualdade, a criminalidade, o desemprego, dentre outros temas que alinham o interesse público ao daqueles que governam, visando, de um lado, valer-se da técnica mais bem acabada para buscar a solução mais racional ao problema posto e, de outro, implementar decisões partidárias a partir de uma fundamentação lastreada na pretensa neutralidade da técnica.

No contexto da quarta revolução tecnológica em curso, anotado acima, verificamos que a capacidade de armazenar e processar informações também aumenta exponencialmente diante da imaterialidade das informações e das tecnologias de armazenamento em constante otimização – maior capacidade de armazenagem em dispositivos cada vez menores²³. Castells²⁴ aponta que uma das características marcantes do novo paradigma consiste em sua matéria-prima, precisamente a informação, afinal se tratam de tecnologias para agir sobre informação.

Assim, a capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação aparece como ponto central desta atual revolução, destacando-se neste caso os grupos que possuem *expertise* e tecnologia de captura de dados, bem como aqueles capazes de processá-los adequadamente – aqui geralmente a partir da lógica indutiva, possibilitando a busca de informações e padrões. Nesse contexto, as referências à sociedade de informação e à econômica do conhecimento alteram-se:

We no longer speak of the Knowledge Economy or the Information Society. It's all data now: Data Economy and Data Society. This, in part at least, is a confession that we are no longer in control of the knowledge contained in the data our systems collect. Application of real-time sensors leads to a data explosion, but very little knowledge is harvested from it. What is more, this knowledge is not shared and distributed! Hence Big Data does not make the World a better more equal place, but merely creates a 21st century division of exploited versus exploiters²⁵.

²³ Klaus Schwab nos dá uma ideia dessa evolução: “Um dispositivo simples como um *tablet*, que usamos para ler, navegar e nos comunicar, possui a capacidade de processamento equivalente a 5 mil computadores *desktop* de 30 anos atrás, enquanto o custo de armazenamento das informações está se aproximando de zero (Armazenar 1 GB custa, em média, menos de US\$0,03 por ano atualmente, há 20 anos o valor era US\$ 10mil)” (SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 20).

²⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede* (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. I). 9. ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 108.

²⁵ GRELLER, Wolfgang. *Big data isn't big knowledge: it's big business!* Disponível em: <http://www.greller.eu/wordpress/?p=664>. Acesso em: 4 jul. 2018. Em tradução livre: Já não falamos

Assim, abandona-se a recente noção de Sociedade da Informação, que destacava a importância econômica, política e social da informação sem ignorar a crescente facilidade de sua propagação, e se introduz a ideia de uma sociedade de dados (*Data Society*), dada a relevância social da geração, captação, análise e propagação de dados. Dado esse contexto, ganham importância e relevância as tecnologias de *big data*. O termo *big data* refere-se, em uma definição sucinta e ampla, a um termo genérico aplicável a grandes quantidades de dados digitais gerados de forma contínua.

Importante destacar, ainda, que “as tecnologias de *big data* funcionam com algoritmos indutivos, grande parte das vezes a indução nas ciências da computação diz respeito à aplicação do princípio da recorrência a gráficos, um sentido um pouco simplificado da lógica indutiva”²⁶. Neste contexto, vale delinear o diferencial das tecnologias de *big data* com relação às demais, destacando sua possibilidade de utilização em tomadas de decisão:

In contrast to those traditional forms of data analysis that simply return records or summary statistics in response to a specific query, data mining attempts to locate statistical relationships in a dataset. In particular, it automates the process of discovering useful patterns, revealing regularities upon which subsequent decision making can rely²⁷.

Assim, apenas pela correlação de dados, há a possibilidade de mapear questões passadas e, obviamente, prever acontecimentos futuros com determinada probabilidade extraída da captação e estruturação dos dados realizadas. Evidente que, nestes casos, a identificação de padrões e sua projeção futura podem – em contextos corretos – ser assertivos e auxiliar tomadas de decisão de forma adequada, mas, é claro, podem ser utilizadas de forma preconceituosa – no rigor

da Economia do Conhecimento ou da Sociedade da Informação. É tudo sobre dados agora: Economia de Dados e Sociedade de Dados. Isso, pelo menos em parte, é uma confissão de que não estamos mais no controle do conhecimento contido nos dados que nossos sistemas coletam. A aplicação de sensores em tempo real leva a uma explosão de dados, mas muito pouco conhecimento é realmente extraído dele. Além disso, esse conhecimento não é compartilhado e distribuído! Portanto, *big data* não tornam o mundo um lugar melhor e mais igualitário, mas apenas criam uma divisão no século XXI de explorados *versus* exploradores.

²⁶ PUGLIESI, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de *big data* na prática jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 453-482, jul.-dez. 2015. p. 462.

²⁷ BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. *Big data's disparate impact*. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38BG31>. Acesso em: 25 jul. 2018. Em tradução livre: Em contraste com as formas tradicionais de análise de dados que simplesmente retornam registros ou resumo de estatísticas em resposta a uma consulta específica, a mineração de dados tenta localizar relacionamentos estatísticos em um conjunto de dados. Em particular, ele automatiza o processo de descoberta de padrões úteis, revelando regularidades nas quais a tomada de decisão subsequente pode confiar.

da expressão –, na medida em que o padrão prévio estabelecerá o conceito de análise futura. Vale lembrar, ainda, já até mesmo os critérios de classificação e identificação de dados podem estar embebidos de preconceito do programador e, com isso, determinar o viés da análise e dos resultados obtidos, sobre os quais se estruturará a decisão. Tal utilização tem significativo impacto na forma como enxergaremos hoje e no futuro a compatibilidade da utilização e processamento de dados para tomada de decisão e os direitos e garantias fundamentais inerentes a qualquer regime democrático.

Dentro do cenário descrito é que se destaca a possibilidade da utilização de tecnologias de *big data* em contextos de tomada de decisão – políticas e jurídicas – e que encontram guarida na suposta superioridade e neutralidade alcançadas pelo auxílio das máquinas na formação dos subsídios necessários para a ação de decidir. Assim, embora em alguns contextos a responsabilidade seja certamente imputada à máquina, a decisão é via de regra aplicada – ou fundamentalmente determinada – por humanos. Entretanto, não raro nos deparamos – e cada vez mais tenderemos a nos deparar – com situações em que a utilização de tecnologias de *big data* ou similares tendeu a subsidiar decisões desastrosas, cujas consequências serão imputadas à máquina e cuja fundamentação valer-se-á da crença na ciência e na racionalidade que revestem os aparatos tecnológicos.

Nesse sentido, cumpre destacar que são sempre humanos os responsáveis, dado que escolhem os dados a serem analisados, bem como os algoritmos a serem utilizados para tanto. Aqui destacamos novamente uma possibilidade dúbia no uso das tecnologias de *big data*, no que tange, de um lado, à inserção de preconceitos humanos no funcionamento da tecnologia, tendendo à sua legitimação, e, de outro lado, à possibilidade de a tecnologia ser instruída exatamente para ignorar fatores (cor, gênero, religião etc.), como não relevantes no contexto de tomadas de decisão, algo que humanos dificilmente conseguem fazer.

Essa é, com efeito, uma das mais relevantes questões quando se discute a aplicação de novas tecnologias em contextos de tomada de decisão que envolvem *accountability*²⁸, sobretudo quando há interesse público em discussão. Isto para não entrarmos em outras relevantes consequências acerca da utilização de tec-

²⁸ “A palavra-chave nessas situações de risco é ‘responsabilidade’, pois é o antídoto a qualquer risco que se torne um perigo. Quem é quem entre os agentes que em diversos níveis são responsáveis pelas consequências de atos e omissões realizadas? Definir esse cenário parece mais inteligente e com certeza é uma tarefa regulatória de difícil realização, haja vista que, bem ou mal, a responsabilidade das decisões recai cada vez mais sobre os sistemas e as pessoas não se sentem mais repensáveis por elas. Não há ninguém para culpar se algo der errado: culpa dos sistemas” (ROVER, José Aires. A democracia digital possível. *Revista Sequência*, n. 52, p. 85-104, jul. 2006. Disponível em: file:///C:/Users/Jo%C3%A3o%20Roberto/Downloads/Dialnet-ADemocraciaDigitalPossivel-4818209%20(1).pdf. Acesso em: 16 jul. 2019.

nologias de *big data*, sobretudo aquelas discussões atinentes aos temas privacidade, transparência e ética em sua utilização.

Assim, é importante que a criação de novas tecnologias esteja alinhada com correspondentes mecanismos – ou até mesmo tecnologias – voltadas à transparência e à imputação de responsabilidade a humanos, buscando assim mitigar a inerente diminuição da responsabilidade humana diante da utilização – maior ou menor – de tecnologias que, conforme mencionamos, valem-se de algoritmos humanamente criados. Como concluem Noses e Chan:

It is possible to design and employ big data analytics in ways that enhance decision-making. It is also possible to use such tools in ways that are inappropriate or harmful. Telling the difference involves an understanding of how they work, what inferences can be drawn and how these can legitimately feed into decisions and actions. It also involves transparency in order to enhance accountability, ensure accuracy and guard against illegitimacy²⁹.

Assim sendo, diante da impossibilidade de negar a existência da tecnologia e evitar sua utilização, é necessário que possamos rapidamente criar mecanismos voltados a mitigar seus efeitos inaceitáveis ocasionados pela ausência de responsabilidade e, por vezes, de necessária regulação legal.

Nesse sentido, vale destacar os questionamentos feitos por Catarina Sarmento e Castro³⁰ no que tange à possibilidade de utilização dessas informações coletadas (*big data*) para fins de seu uso em investigações policiais no futuro; diante disso, temos que dados são coletados, inicialmente, para propósitos não policiais (tais como obras lidas por leitores em bibliotecas, dados pessoais de acesso – íris, voz, biometria etc.). Esses dados, coletados inicialmente sem finalidade investigativa, poderão no futuro ser utilizados para tal finalidade? Ainda, como ficam as questões relativas à identificação de usuários em casos de cibercrimes?³¹

²⁹ MOSES, Lyria Bennett; CHAN, Janet. Using big data for legal and law enforcement decisions: testing the new tools [online]. *The University of New South Wales Law Journal*, v. 37, n. 2, 2014:643-678. p. 666. Disponível em: <https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=613165001799453;res=IELHSS>. ISSN: 0313-0096. Acesso em: 4 jul. 2018. Em tradução livre: É possível projetar e empregar a análise de *big data* de maneiras que melhorem a tomada de decisões. Também é possível usar essas ferramentas de maneiras inadequadas ou prejudiciais. Apontar a diferença envolve uma compreensão de como elas funcionam, quais inferências podem ser tiradas e como elas podem legitimamente alimentar decisões e ações. Envolve também a transparência, a fim de aumentar a responsabilidade, garantir a precisão e proteger-se contra a ilegitimidade.

³⁰ CASTRO, Catarina Sarmento e. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós-11 de setembro*. 2011. p. 19. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³¹ MUÑOZ, Alfonso Galán. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y

Dentro desse contexto, é fundamental trabalharmos para que haja a devida compatibilização dos direitos fundamentais em colisão no âmbito da discussão travada acerca da proteção e utilização de dados dos usuários coletados por meio de sua atividade *online* ou por quaisquer outras formas. Nesse sentido:

Neste caso, trata-se de encontrar o equilíbrio entre o direito à autodeterminação informativa e o direito à segurança, o que não deixa de ser a procura da harmonia entre a liberdade individual (neste caso, essencialmente informática) e a segurança: a primeira, sem a segunda, gera o caos e a anarquia, a segunda, sem a primeira, conduzirá à construção de Estados totalitários³².

O direito à autodeterminação informativa, nesse sentido, apresenta-se com caráter duplo: por um lado, é direito contra intrusões indevidas por parte do Estado ou de particulares; por outro, constitui-se em direito à liberdade, relativa ao poder de determinar o uso de seus dados pessoais, evitando com isso que o indivíduo seja reduzido a um mero conjunto de informações³³. Diante disso, temos que o direito de autodeterminação informativa figura como um direito fundamental e, diante dos avanços tecnológicos recentes, podemos afirmar que se trata de um direito de difícil fruição, especialmente em virtude das tecnologias de *big data* e de inteligência artificial desenvolvidas e em desenvolvimento para analisar o conjunto de dados coletados.

Vale destacar que, no contexto pós-11 de setembro, o referido direito de autodeterminação informativa entra em notório embate com relação ao direito à segurança, refletindo uma complicada colisão de princípios fundamentais igualmente protegidos pelos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos. De um lado, o direito à autodeterminação informativa, como extensão e interpretação histórico-evolutiva de direitos fundamentais clássicos, tais como privacidade e inviolabilidade de correspondência e domicílio; de outro, o direito à segurança, tanto individual quanto coletiva, e seu forte apelo no contexto político-global posterior aos referidos atentados. Conforme bem coloca Giorgio Agamben, “a expressão ‘por razões de segurança’ funciona como um argumento

garantias penales. *Doctrina – Revista Penal*, n. 24, jul. 2009. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11844/Internacionalizaci%c3%b3n.pdf?sequence=2>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³² CASTRO, Catarina Sarmento e. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós-11 de setembro*. 2011. p. 24. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³³ *Idem*, p. 10.

de autoridade que, cortando qualquer discussão pela raiz, permite impor perspectivas e medidas inaceitáveis sem ela”³⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise weberiana acerca do surgimento da consciência racional moderna, analisamos o chamado processo de desencantamento do mundo, que propiciou o ambiente necessário à consolidação do capitalismo e de um modo de produção racionalizado, a partir da busca pela eficiência racionalmente estruturada de processos produtivos e da organização do Estado. Neste contexto de profanação da cultura ocidental, verificamos no desenvolvimento dos Estados modernos a institucionalização da ação racional a partir da burocracia, apontada por Weber como a forma de organização mais eficiente e racional diante de todas as outras anteriormente tentadas.

A entronização da racionalidade e a inerente impessoalidade das organizações burocráticas somam-se ao desenvolvimento das técnicas e conduzem a formas de legitimação alinhadas à cientificidade. Neste contexto, verificamos a ascensão da tecnocracia, ocasionando a problemática da ciência aplicada em contextos políticos. As tentativas de domínio tecnocrático assumem pretensas posições de neutralidade a partir da complexidade das questões políticas e sociais nos séculos XX e XXI, bem como pela impessoalidade costumeiramente apontada como característica inerente à ciência moderna.

Neste cenário, verifica-se que a alta complexidade organizacional dos Estados tende a diminuir a possibilidade de decisões democráticas desvinculadas de abordagens técnicas tomadas, nessa ótica, como necessárias. Afinal, a escolha meramente política, neste contexto, deixa de ser livre para tornar-se refém das proposições técnicas. A técnica, em constante desenvolvimento, substituiu o papel da política e da ideologia; no limite, substituiu as pessoas, de tal modo que a regência da sociedade deixa de ser da cúpula política e administrativa de pessoas e passa para a técnica, supostamente impessoal e objetiva; trata-se, em suma, de um processo de despolitização e de despersonalização das decisões.

A tecnologia, nesse sentido, dá seguimento à intenção de tornar processos eficientes, posto que, como sabemos, programas e máquinas não raro executam tarefas trabalhosas do ponto de vista humano em frações de segundo e, via de regra, com baixíssima possibilidade ou percentual de erro quando comparado com o desempenho humano.

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. Como a obsessão por segurança muda a democracia. *Le Monde Diplomatique Brasil*, edição n. 78, 6 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/como-a-obsessao-por-seguranca-muda-a-democracia/>. Acesso em: 17 abr. 2019.

Assim como na lógica criativa dos primeiros motores térmicos, a lógica aqui é a redução do tempo com maior produtividade. Dessa forma, poderíamos concluir que a tecnologia tal como verificamos neste início de século encontra-se no rumo das perspectivas científicas modernas no que tange à evolução do emprego da racionalidade para eficácia, alcançando, nessa empreita, diferentes campos sociais, notadamente com a produção e a condução de problemas sociais, sendo certo que neste último caso estamos a falar do uso tecnocrático de tecnologias.

Verificamos, nesse cenário, que a denominada quarta revolução tecnológica centra-se na geração, processamento e utilização de informações. Diante disso, a capacidade de gerar, coletar, processar e aplicar de forma eficiente as informações ganha relevo, de modo que as tecnologias de *big data* aparecem como ponto central dessa revolução, destacando-se aí grupos com tecnologia e recursos necessários para organizar e interpretar dados, que são gerados e coletados em quantidade e velocidade nunca antes vistas, de modo a buscar informações, padrões e o que mais for do interesse daquele que realiza a análise. Encontra-se aí a possibilidade do uso tecnocrático das tecnologias de *big data*, na medida em que tais tecnologias podem ser utilizadas – e já o são – como subsídios em contextos de tomada de decisão atinentes à esfera pública de atuação – políticas e jurídicas –, conduzindo-nos a um universo de questões e problemas, notadamente aquele da responsabilidade.

Trata-se, como toda a atuação tecnocrata, de um aproveitamento da eficiência inerente à tecnologia – quanto mais antiga e obsoleta pior, quanto mais recente e inovadora melhor –, bem como da pretensa neutralidade de que se reveste a ciência moderna. Assim, a opção tomada com o auxílio das novas tecnologias tende a legitimar a atuação do agente e mitigar sua responsabilidade, a qual é transferida total ou parcialmente para a máquina.

Dessa forma, cria-se com a impessoalidade típica da burocracia e da tecnocracia um mecanismo de alienação social, no qual as pessoas não falam em seu próprio nome, uma vez que supostamente não têm o domínio sobre a situação e não participam pessoalmente do processo decisório, mas devem obedecer às ordens emanadas de cima – em contextos burocráticos – ou determinadas pela máquina, *software*, aplicativo ou equivalente – no contexto da utilização tecnocrática de tecnologias.

Ao que parece, o homem encontrará em aparatos tecnológicos e na utilização de tecnologias de *big data* a possibilidade de transferir a responsabilidade pela decisão, fundamentalmente ancorada na ciência empregada à máquina. Neste cenário, desde pelo menos a terceira revolução industrial verificamos que as decisões de natureza tecnocrática são tomadas por humanos, mas de alguma forma têm seu fundamento transferido para a ciência e sua força legitimadora. A máquina que acolhe as tecnologias típicas da quarta revolução tecnológica,

notadamente as de *big data*, nesse sentido, completará o ciclo tecnocrático no sentido de apresentar o suposto esvaziamento da responsabilidade inerente às decisões. Permanecerá latente – porém não evidente – a natureza política e humana da configuração da máquina e de seu algoritmo. Assim, concluímos que não haverá a supressão da decisão política, mas seu deslocamento para um momento do processo decisório anterior ao da efetiva decisão e, portanto, mais acobertado.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Como a obsessão por segurança muda a democracia*. *Le Monde Diplomatique Brasil*, edição n. 78, 6 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/como-a-obsessao-por-seguranca-muda-a-democracia/>. Acesso em: 16 jun. 2019.
- BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. *Big data's disparate impact*. 104 CALIF. L. REV. 671 (2016). Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38BG31>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BURNHAM, James. *L'ère des organisateurs*. Prólogo de León Blum. Paris: Calmann-Lévy, 1947.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. I). 9. ed. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. Direito à internet. *Revista Científica sobre Cyberlaw*, n. 2, jun. 2016. p. 11. Disponível em: https://www.cijic.org/wp-content/uploads/2016/06/DIREITO---INTERNET_Catarina-Sarmento-e-Castro.pdf. Acesso em: 29 mar. 2019.
- DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias: poder econômico e poder político*. Trad. Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.
- GRELLER, Wolfgang. *Big data isn't big knowledge: it's big business!* Disponível em: <http://www.greller.eu/wordpress/?p=664>. Acesso em: 4 jul. 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Tradução de Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2014.
- MACRAE, Donald Gunn. *As ideias de Weber*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1975.
- MANDEL, Ernest. *Capitalismo tardio*. Trad. Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985 (Os Economistas).
- MARTINS, Carlos Estevam. *Tecnocracia e capitalismo: a política dos técnicos no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1974.
- MOSES, Lyria Bennett; CHAN, Janet. Using big data for legal and law enforcement decisions: testing the new tools [online]. *The University of New South Wales Law Journal*, v. 37, n. 2, 2014:643-678. p. 666. Disponível em: <https://search.informit.com>.

au/documentSummary;dn=613165001799453;res=IELHSS. ISSN: 0313-0096. Acesso em: 4 jul. 2018.

MUÑOZ, Alfonso Galán. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. *Doctrina – Revista Penal*, n. 24, jul. 2009. Disponível em: [http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11844/Internacionalizaci%
c3%b3n.pdf?sequence=2](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11844/Internacionalizaci%c3%b3n.pdf?sequence=2). Acesso em: 16 jul. 2019.

PUGLIESI, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de *big data* na prática jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 453-482, jul.-dez. 2015.

ROVER, José Aires. A democracia digital possível. *Revista Sequência*, n. 52, p. 85-104, jul. 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/Jo%C3%A3o%20Roberto/Downloads/
Dialnet-ADemocraciaDigitalPossivel-4818209%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Jo%C3%A3o%20Roberto/Downloads/Dialnet-ADemocraciaDigitalPossivel-4818209%20(1).pdf). Acesso em: 16 jul. 2019.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SENGHASS, Dieter; NARR, Wolf-Dieter; NASCHOLD, Frieder. *Análise de sistemas, tecnocracia e democracia: textos sobre a discussão teórica na ciência política alemã*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1974.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília-São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. I e II.

WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. Organização e comentários Jesse Souza. Trad. Rainer Domschke. São Paulo: Ática, 2006.

WEBER, Max. *O direito na economia e na sociedade*. Trad. Marsely De Marco Martins Dantas. São Paulo: Ícone, 2011.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 3. ed. São Paulo: Cultrix, s. d.

Data de recebimento: 26/11/2018

Data de aprovação: 19/03/2019

ANÁLISE CRÍTICA DA EXPRESSÃO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA” NA PRISÃO PREVENTIVA

CRITICAL ANALYSIS OF THE EXPRESSION “GUARANTEE OF PUBLIC ORDER” IN PRETRIAL DETENTION

*Matheus Arcangelo Fedato**
*Luiz Fernando Kazmierczak***

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar o conteúdo da expressão “garantia da ordem pública” estabelecida pelo Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva. Como conceito aberto e carregado de abstratividade, é necessário estabelecer algumas limitações à sua utilização. Para tanto, o trabalho realiza, primeiramente, uma análise da teoria das prisões preventivas, trazendo seus princípios, pressupostos e requisitos. Posteriormente, trabalha com o conceito de “garantia de ordem pública” em si, procurando-se definir o âmbito de atuação do Direito Processual Penal. Faz-se uma análise do posicionamento doutrinário, bem como de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria. Ao final, conclui-se pela inconstitucionalidade do dispositivo pela falta de previsão legal constitucional (reserva legal) para o dispositivo e pela indeterminação do conceito de ordem pública. A fim de atingir os objetivos propostos, o artigo vale-se do método dedutivo. Leva-se em consideração a legislação pertinente, fazendo-se também uma análise bibliográfica, com o levantamento de textos a respeito do objeto do presente estudo em livros, doutrina, artigos científicos.

Palavras-chave: Prisão preventiva; Garantia da ordem pública; Interpretação; Direito processual penal; Segurança Pública.

* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bacharel em Direito pela UENP. E-mail: matheus.fedato@outlook.com.

** Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor e coordenador adjunto do Curso de Direito nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: lfkaz@uenp.edu.br.

ABSTRACT

The present research aims to analyse the content of the expression “guarantee of public order” established by the Code of Criminal Procedure for the enactment of preventive custody. As an open concept loaded of abstractivity, it is necessary to establish some limitations to its use. For this, the work carries out, first, an analysis in the theory of preventive prisons, bringing its principles, assumptions and requirements. Subsequently, it works with the concept of “public order guarantee” itself, seeking to distinguish the scope of action of public safety, criminal law and criminal procedural law. An analysis of the doctrinal position, as well as decisions of the Federal Supreme Court on the matter, is made. In the end, it is concluded by the unconstitutionality of the device by the lack of legal provision for the legal device and by the uncertainty of the concept of public order. In order to achieve the proposed objectives, the deductive method is used. The relevant legislation will be taken into account and a bibliographical analysis will be carried out with the collection of texts about the object of the present study in books, doctrine, scientific articles.

Keywords: Pretrial detention; Public order guarantee; Interpretation; Criminal procedural law; Public Safety.

INTRODUÇÃO

O trabalho pretende tratar a decretação ou manutenção das prisões preventivas baseadas no fundamento da ordem pública, mais especificamente sobre a utilização do requisito “garantia da ordem pública” e a delimitação de seu significado dentro do processo penal. A problemática relaciona-se com o caráter aberto da expressão “ordem pública”, a qual pode ser utilizada para decretar ou manter uma prisão preventiva, e a impossibilidade da existência de um conceito tão vago e indeterminado como esse dentro do processo penal, que, diante de uma previsão garantista de ordem constitucional, deve ser instrumento de proteção de direitos e garantias individuais do acusado. Assim, o problema consiste na possibilidade do uso de tal expressão, bem como na definição de seus limites.

A justificativa da pesquisa pode ser encontrada tanto na importância da preservação da liberdade quanto na impossibilidade de conceitos legais vagos e indeterminados. Além disso, o número de presos provisórios hoje no Brasil é extremamente alto, correspondendo a 40% do total de pessoas privadas de liberdade, conforme o Relatório Infopen de 2016. Esses fatores apontam para um quadro em que a liberdade de investigados e acusados é colocada em risco sem que haja uma correlação com a estrita necessidade da prisão dentro do processo. A preservação da segurança jurídica fica gravemente fragilizada, pois qualquer conduta pode caracterizar a necessidade de prisão para garantia da ordem pública. Para tanto, impõem-se uma investigação e uma melhor conceituação da

expressão “ordem pública” e os limites da sua utilização, visto que não se deve admitir o uso de um elevado nível de discricionariedade ou de argumentos genéricos desconexos com o caso concreto.

A possibilidade de decretação ou manutenção da prisão preventiva está estabelecida no Código de Processo Penal pelos arts. 311, 312 e 313, os quais determinam que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá à prisão preventiva, podendo ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, respeitando as limitações legais específicas do art. 313.

Diz o art. 315 que a decisão que decretar a prisão preventiva deverá ser devidamente motivada, em consonância com o art. 93, IX da Constituição Federal. A presunção de inocência deve ser princípio informador da prisão preventiva, sendo que sua mitigação deve se dar pela estrita necessidade processual, constante da fundamentação da decisão.

O presente artigo procura investigar o tratamento dispensado às prisões preventivas pelo Código de Processo Penal e pelas decisões judiciais, realizando uma análise crítica do uso da expressão “garantia da ordem pública” na legislação e no Supremo Tribunal Federal. A fim de atingir os objetivos propostos, o artigo vale-se do método dedutivo, fazendo-se também uma análise bibliográfica, com o levantamento de textos a respeito do objeto do presente estudo em livros, doutrina, artigos científicos.

PRISÃO PREVENTIVA: DECRETAÇÃO E FUNDAMENTOS

As prisões preventivas consistem em prisões acautelatórias enquanto ainda não existe uma sentença penal transitada em julgado. São espécie do gênero prisões cautelares, do qual também fazem parte as prisões em flagrante e temporárias. É caracterizada como prisão processual, tendo em vista seu caráter não penal, de não punição, mas de instrumento do processo para que este chegue a sua finalidade¹.

As prisões cautelares têm uma característica bem peculiar, que é a de contrapor a presunção de inocência, ou seja, têm o poder de restringir a liberdade de alguém mesmo sem condenação penal, ao contrário do disposto pela regra do

¹ Cumpre informar que a finalidade do processo penal não é a punição do acusado, mas instruir a relação jurídica que ocorre entre as partes de forma a respeitar as garantias e liberdades fundamentais. Nesse sentido, LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69 e s.

art. 5º, LVII, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por consequência, “a regra, em nosso ordenamento, deve ser a de que o acusado, presumido inocente (art. 5º, LVII), fique em liberdade durante o processo, só se admitindo a sua prisão em situações excepcionais”².

Dessa maneira, a prisão preventiva constitui-se como uma exceção à regra geral de liberdade. Assim, devem-se contrabalancear os interesses individuais com os interesses do Estado, a fim de que não haja mitigação de um pelo outro, de forma a esvaziar o sentido de cada um. Não se pode chegar ao ponto de um Estado autoritário, em que a violação da liberdade prevalece em prol de interesses utilitaristas. Para tanto, a utilização das prisões preventivas e cautelares em geral deve-se dar pela observância de uma série de pressupostos e requisitos legais. Primeiramente, a Constituição já estabelece algumas balizas a serem observadas, tais como: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), o relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV), a fundamentação para decretação (art. 5º, LXI) da liberdade provisória (art. 5º, LXVI), dentre outros.

Ainda, é possível discorrer sobre a importância da preservação dos direitos de liberdade, que se caracterizam como uma barreira em face do Estado contra ações arbitrárias. É preciso ressaltar o caráter não penal da prisão provisória, de modo que a restrição da liberdade de um cidadão sem condenação deve-se dar apenas no limite do necessário, observando-se as previsões legais sobre o tema. Dessa maneira, para que se observe a dignidade humana, não basta tão somente a existência do dispositivo na Constituição, mas sua aplicação na realidade das prisões. O respeito ao devido processo legal também é crucial para a preservação dos direitos do investigado ou acusado, respeitando, assim, todas as garantias a ele concedidas, realizando-se um processo acusatório com o cumprimento das regras legais.

O critério da fundamentação também é uma exigência quando se trata das prisões cautelares. Fundamentar as decisões é uma garantia para o acusado e para a sociedade, que, por meio dos argumentos expostos na decisão, pode realizar uma fiscalização dos atos do Poder Público. O dispositivo constitucional constante no art. 5º, LXI, preleciona a impossibilidade da prisão sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. O artigo não faz menção a uma definição do que seria uma decisão juridicamente fundamentada, nem de como deveria ser tal decisão. Crê-se que a decisão mais adequada seria aquela que visa à preservação dos direitos fundamentais. Assim, “em razão das

² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 314.

premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada”³.

Ainda, quanto ao art. 5º, LXVI, é preciso entender a liberdade como uma regra geral e que a expressão “liberdade provisória” foi infeliz. De todo modo, a prisão só será admitida quando não for possível a manutenção da liberdade do investigado ou acusado com ou sem fiança, nos termos postos pelo artigo. Eugenio Pacelli, fazendo uma análise histórica do instituto da liberdade provisória no Código de Processo Penal promulgado em 1941, diz que:

As cartas de seguro, a homenagem, os fiéis carcereiros e já a fiança constituíam modalidades de liberdade provisória, de natureza fidejussória (confiança!), por meio das quais era garantida a apresentação do preso no dia do julgamento. A liberdade provisória, àquele tempo, era uma exceção à regra da prisão, concedida mediante certas garantias, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público⁴.

Além da Constituição, o Código de Processo Penal, mesmo sendo antigo e promulgado em outra ordem constitucional⁵, possui preceitos a serem observados no tocante à matéria, tais como: necessidade e adequação das medidas (art. 282, I e II); contraditório (art. 282, § 3º); provisionalidade (art. 282, § 5º); excepcionalidade (art. 282, § 6º); proporcionalidade (art. 283, § 1º); requisitos formais e materiais (arts. 312 e 313); e motivação (art. 315).

Afora os requisitos legais dos arts. 312 e 313, também existem os pressupostos para a decretação ou manutenção das prisões cautelares, quais sejam, o *periculum in libertatis* e o *fumus commissi delicti*⁶. É importante ressaltar que o primeiro não se confunde com o *periculum in mora* do processo civil, porque “o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado”⁷. Os pressupostos acima elencados são aferidos com um caráter não exauriente de cognição, mas suficiente para indicar a existência de um delito praticado (fato típico, ilícito e culpável) e o perigo na liberdade do acusado ou investigado para o processo, o qual está mais relacionado aos requisitos do art. 312. Assim, a liberdade do indiciado tem de, de alguma maneira, influenciar o

³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 498.

⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*, cit., p. 583.

⁵ O Código de Processo Penal foi promulgado em 1941 e, desde então, foi bastante reformado. A parte que se refere às prisões e medidas cautelares foi alterada pela Lei n. 12.403/2011.

⁶ Para Aury Lopes Junior, tais elementos se caracterizam como fundamentos da prisão cautelar. LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares*, cit., p. 27.

processo, cujo desenvolvimento normal não será possível sem a prisão ou outra medida cautelar. É necessária, então, a probabilidade da existência de um delito juntamente com a necessidade da aplicação da cautelar pelo perigo da liberdade.

O contraditório está previsto constitucionalmente no art. 5º, LV, sendo assegurando aos acusados juntamente com a ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes. A disposição processual está no art. 282, § 3º, que diz: “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária”. Importante fazer uma ressalva aos casos de urgência, nos quais não seria concedido o contraditório. A aferição da urgência deve ser realizada caso a caso, observando-se todos os elementos constantes e variáveis presentes no momento da decretação. A motivação para que o instituto seja diferido deve ser robusta e conter os fatores determinantes para a adoção da medida.

Pela provisionalidade, entende-se que a prisão cautelar não deve demorar mais tempo do que o necessário. Assim, não mais existindo o substrato fático que lhe deu origem, esta deve ser revogada. É o que diz o art. 282, § 5º do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

A provisionalidade deve ser entendida como caracterizadora da prisão ou medida cautelar, porque não deve durar mais do que o imprescindível para a instrução processual, podendo, caso isso não seja respeitado, tornar-se punição antecipada e violar os dispositivos constitucionais, mormente a presunção de inocência. Atualmente não existe a previsão legal de marcos temporais para a duração das prisões preventivas. O Projeto de Lei n. 8.045/2010 (Novo Código de Processo Penal) procura estabelecer tais limites às prisões⁸.

Pela excepcionalidade, tem-se que a prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, ou seja, como última medida, apenas se outras medidas se mostrarem incapazes de assegurar a instrução processual. Assim, está disposto no art. 282, § 6º, do CPP que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”⁹.

⁸ Os prazos máximos estão previstos no art. 558, sendo de 180 dias se decretada no curso da investigação ou antes de sentença condenatória recorrível, e de 360 dias se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido. BRASIL. *Projeto de Lei n. 8.045/2010*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁹ “No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além dos mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após, prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.” LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares*, cit., p. 43.

Quanto à proporcionalidade, é importante dizer que ela é um dos princípios regentes das prisões cautelares, notadamente pela proibição do excesso. Por ela, procuram-se balizar os interesses antagônicos da segurança pública e da liberdade individual. Como característica positivada da proporcionalidade, tem-se o art. 282, I e II, que prescrevem que as medidas cautelares previstas devem pautar-se na necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais e na adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Com relação à motivação das decisões judiciais, dispõe o art. 315 do CPP: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Dá sustento a referido dispositivo o art. 93, IX, da Constituição Federal, que determina a fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade. Pode-se perceber, desse modo, a importância dada à fundamentação das decisões judiciais no que se relaciona às prisões cautelares.

O art. 312 traz os requisitos materiais para a decretação ou manutenção da prisão preventiva, sendo eles: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. O conteúdo do primeiro é o objeto do presente artigo e será analisado na sequência. A garantia da ordem econômica está intrinsecamente ligada à garantia da ordem pública, estando mais direcionada à proteção do sistema financeiro nacional e da concorrência, tendo sua inserção determinada pela lei antitruste, Lei n. 8.884/94¹⁰.

Os outros requisitos são a conveniência da instrução criminal e o resguardo à aplicação da lei penal. O primeiro possui a finalidade de proteger os atores e o objeto do processo. Nesse sentido, engloba-se aqui a figura do acusado que, solto, ameaça testemunhas, põe em risco a pessoa da vítima, destrói provas, intimida peritos ou assistentes do juízo. Quanto à prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, esta serve para evitar que o acusado empreenda fuga e furte-se de ter a pena aplicada ao final do processo, após sentença condenatória. É preciso cuidado com a presunção de fuga, pois se contrapõe à presunção de inocência, devendo a decisão que determinar a prisão não estar baseada em opiniões, mas em um substrato concreto da possibilidade de fuga do acusado.

¹⁰ A Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, alterou dispositivos da referida Lei n. 8.884/94, optando por não revogar o art. 86, que determinava a possibilidade de prisão preventiva para a garantia da ordem econômica. Contra a não revogação desse dispositivo específico, ver: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei n. 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

REFLEXÕES SOBRE A EXPRESSÃO “GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA”

De plano, é importante esclarecer alguns pontos que circundam o conceito de “garantia da ordem pública”, em especial apontar quem seria o responsável pela sua manutenção. Quando se fala nessa temática, relacionam-se diretamente a paz social e a manutenção da ordem, sendo necessário, portanto, impedir qualquer um que atente contra as regras sociais. Desde a ocorrência de uma infração penal até a execução de uma sentença condenatória para aquele infrator, verifica-se o que se convencionou chamar de sistema penal. Nesse sistema incluem-se tanto a atividade do legislador, ao elencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delitos, quanto a da polícia, juízes, Ministério Público, advogados e demais funcionários ligados à sua administração. De acordo com a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, chama-se sistema penal

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que, na prática, abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação¹¹.

Tal sistema tem como escopo afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas. Dessa forma, eleva-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção apenas aos limites da necessidade. O escopo do presente trabalho é justamente encontrar o limite da necessidade de uma prisão acautelatória, ou seja, estabelecer uma correta imposição e manutenção da prisão sob o fundamento da “garantia da ordem pública”. É importante estabelecer quem são os atores responsáveis pela segurança pública dentro do sistema penal. Ao direito penal cabe regular toda a dogmática que está relacionada com a guarda das relações sociais consideradas extremas e violadoras do pacto social que quebrem a ordem estabelecida. Assim, aquelas condutas que ultrapassem os limites sociais de forma aberrante deverão ser tuteladas pelo direito penal.

A tutela da liberdade foi considerada pela sociedade um dos bens mais importantes de um ser humano. Dessa maneira, sua restrição só deve ocorrer em casos extraordinários, nos quais se faz imperativa uma sanção que retire a liberdade de um indivíduo. Portanto, por exclusão, não cabe ao direito penal garantir diretamente a segurança dos cidadãos, impedindo um crime de acontecer, vigiando as ruas e fiscalizando as ações da sociedade. Esse papel é dado ao

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 63.

Estado, que é o encarregado pela garantia da segurança pública (aqui se ressalta a proximidade com a garantia da ordem pública), exercida pelo Poder de Polícia, visando, agora sim, à prevenção e ao combate ao crime. Desde há muito tempo, a vingança privada, ou autotutela, foi superada, não sendo mais admitido, nos dias atuais, o uso do poder pessoal para impor uma sanção penal, como se tivéssemos voltado ao estado de natureza. O poder de punir foi instrumentalizado nas mãos do Estado, que ficou encarregado de regular a vida em sociedade. Assim, qualquer discurso que fuja desse raciocínio não está amparado pela lei e fatalmente cairá em um regime de exceção.

Dentro dessa instrumentalização do poder de punir está o direito processual penal, que, calcado no princípio da necessidade¹², encarrega-se de estabelecer as regras por meio das quais uma sanção poderá ser atribuída a um indivíduo em sociedade. Com isso, “a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo”¹³. Portanto, nada tem o direito processual penal com caráter precípua de punição, muito menos de garantia da segurança pública, constituindo-se, dessa forma, meio para a busca da verdade sobre uma pretensão penal deduzida em juízo e, caso comprovada a culpa do acusado, a consequente aplicação da pena.

No entanto, entendendo que a tese de inconstitucionalidade da função processual de prevenção da criminalidade diante da decretação da prisão com fundamento no conceito de ordem pública não encontra ressonância nos tribunais, passa-se a discorrer sobre seu conceito, que está previsto no art. 312 do Código de Processo Penal. Entende-se que tal requisito é inconstitucional pelas seguintes razões: falta de previsão legal constitucional (reserva legal) para o dispositivo; indeterminação do conceito de ordem pública, e, como resultado, abalo à segurança jurídica. A noção de ordem pública trazida pela Constituição, no art. 136, está ligada à questão da paz social ou do acautelamento pessoal, tarefas relacionadas à segurança pública e ao poder de polícia. Mais adiante, no art. 144, estabelece que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio pelos órgãos policiais. A prisão preventi-

¹² “O princípio da necessidade impõe, para chegar-se à pena, o processo como caminho necessário e imprescindível, até porque o direito penal somente se realiza no processo pena. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, *senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo*”. LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 116.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 61.

va voltada para a garantia da ordem pública ou econômica não se constitui como medida cautelar¹⁴.

As noções de “ordem pública” e de “segurança pública” se utilizam para fazer referência à atividade dos organismos policiais e daí sua difícil aplicabilidade às finalidades legítimas da prisão preventiva, salvo se esta for entendida incorretamente como medida de policial e não jurisdicional¹⁵.

Entendida a questão constitucional atinente à matéria, cumpre falar sobre a indeterminação gerada pelo caráter aberto da expressão “garantia da ordem pública”. De opção fácil e costumeira, a expressão foi se tornando comum nas sentenças judiciais, que, por não precisarem especificar os argumentos, legitimam as prisões preventivas na garantia da ordem pública.

A indeterminação do conceito de ordem pública possibilita – na esteira do espírito autoritário do CPP vigente, editado sob a atmosfera fascista do Estado Novo com inspiração no Código Italiano de Mussolini – o arbítrio nos decretos de prisão preventiva, especialmente contra aqueles acusados desprovidos de recursos, materiais e culturais, submetendo-os à repressão penal autoritária e à discriminatória¹⁶.

A questão muitas vezes acaba tendo como pano de fundo o paradoxo “Segurança Pública x liberdade individual” ou a questão do “*in dubio pro societate x in dubio pro reo*”. É notável que admissão da dúvida em benefício da sociedade não deve ser aqui utilizada, tendo em vista que a presunção de inocência circunda o réu, o qual deve ser o beneficiado no caso de incerteza. Havendo suspeita, mas sua não comprovação, a dúvida deve favorecer o acusado, não se decretando a prisão. Devido à indeterminação que circunda a aplicação dos conceitos abstratos previstos pelo Código de Processo Penal, a aplicação do direito por meio das decisões judiciais fica fragilizada. Dentro desse campo de abertura conceitual pode operar o imaginário dos juízes, que, pretensamente se valendo de uma disposição legal válida, acabam por legitimar conceitos morais de cunho abstrato.

Há uma abertura semântica muito grande que envolve a expressão “garantia da ordem pública”, pela qual o intérprete, na hora de aplicá-la, pode se valer de um número grande de derivações, podendo decorrer em uma subjetivação ou

¹⁴ DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102.

¹⁵ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 296.

¹⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, cit., p. 299.

discricionariedade. “Apenas mencionar fórmulas indefinidas como garantia da ordem pública ou gravidade abstrata do crime não cumpre o dever constitucional de fundamentação”¹⁷. O direito é linguagem, e isso culmina que as disposições legais abarcam um significado amplo, sendo necessário o cuidado do aplicador na hora de decidir. Referida questão precisa receber a atenção de uma teoria da argumentação adequada à temática das prisões cautelares. Uma teoria que conseguisse libertar-se do paradoxo acima referido e de todos os conceitos legais abstratos, que pudesse isolar os argumentos estritamente morais e que fizesse com que as decisões tivessem como norte limites objetivos e identificáveis, baseados na preservação de direitos fundamentais. Dentre algumas teorias da argumentação jurídica podem ser citadas, de maneira breve, a tópica de Viehweg, a retórica de Perelman e as teorias de Neil MacCormick, Alexy e Atienza. Como o intuito do trabalho não é de apresentar uma teoria da argumentação adequada às prisões cautelares, o estudo de referidas teorias não será aprofundado.

Decisões do Supremo Tribunal Federal e a utilização da expressão “garantia da ordem pública”

A pesquisa das decisões do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema se deu por meio do sistema eletrônico de busca de jurisprudência do tribunal. O marco temporal da pesquisa foi relacionado às decisões dos últimos cinco anos, sendo que o termo de busca utilizado foi “prisão cautelar – garantia da ordem pública – proporcionalidade”¹⁸ e teve como resultado 17 julgados. As decisões comentadas foram as que mais representaram o intuito do trabalho, qual seja, demonstrar de que maneira a expressão “garantia da ordem pública” vem sendo utilizada.

Em geral, os argumentos empregados para a afirmação da garantia da ordem pública estão relacionados aos seguintes termos: clamor público¹⁹, acautelamento do meio social, abalo social, gravidade em abstrato do crime, preservação das instituições públicas e risco de reiteração delitiva. Cada um dos argumentos merece comentário, porque por si só não justificam a decretação ou manutenção de prisão preventiva. Foi possível perceber que dentro do próprio STF a motivação da decisão que decreta ou mantenha prisão cautelar com base nos argu-

¹⁷ FEDATO, Matheus Arcangelo. *Para uma teoria da argumentação jurídica adequada às prisões cautelares*: direito, linguagem e decisão. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019. p. 22.

¹⁸ Com a finalidade de filtrar o conteúdo, foi inserido o termo “proporcionalidade” na busca, tendo em vista ser essa um dos princípios orientadores das prisões cautelares. O marco temporal específico da pesquisa foi de 01.01.2013 até 13.10.2017.

¹⁹ Importante obra sobre o assunto é a de: SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001. p. 257-295.

mentos acima apresentados já foi contrariada, vedando-se a possibilidade do uso de argumentação genérica baseada nos derivados da garantia da ordem pública, como gravidade em abstrato do fato, clamor público e credibilidade das instituições. Nesse sentido,

A referência à gravidade abstrata do crime de nada vale para sustentar a prisão cautelar. O apelo a fórmulas vazias, desvinculadas da base empírica, não se coaduna com o caráter excepcional da medida de restrição de liberdade, que exige fundamentação consistente. Assim, a detenção cautelar assume contornos de “antecipação de sanção penal”, sendo repelida pela jurisprudência como abusiva e censurável²⁰.

“O risco de repetição e o risco de desordem pública somente servem a interesses de prevenção geral do crime, não ao próprio processo. Consequentemente a prisão preventiva baseada nesses motivos é considerada como uma medida punitiva.”²¹ Conforme colocado acima, o clamor social não se constitui como medida apta a ensejar a decretação preventiva, posto que sua tutela está completamente fora do objeto do direito processual penal. A exigência de justiça, manifestação da opinião moral da sociedade, não condiz com o que o direito tem de ser, com o provimento que ele tem de dar. Tanto é que o projeto do Novo Código de Processo Penal é expresso quanto à vedação da utilização do clamor público como fundamento da prisão preventiva²². Porém, ainda mantém a possibilidade da decretação para garantia da ordem pública e econômica, trazendo novas possibilidades de prisão, como a extrema gravidade do fato e a reiterada prática de crimes pelo autor. Avança quando diz que a prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação de pena.

O clamor e os abalos sociais provocados pelo crime estão ligados à perturbação da sociedade pela ordem violada por meio do crime. A punição é exigência natural de um corpo social que teve sua estrutura abalada por um ato que ultrapassou os limites impostos para convivência. Para a sociedade, “punir é, pois, antes de tudo, vingar”²³. Entretanto, é importante entender que o abalo social criado pelo crime já foi anteriormente previsto, e por isso foi criada uma figura típica seguida de sanção, a fim de coibi-lo. A exigência de punição causada pelo abalo social gerado pelo crime significa insatisfação com a segurança pública e

²⁰ BRASIL. HC 135.250, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13.09.2016, processo eletrônico DJe-208, divulg 28.09.2016, public 29.09.2016.

²¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, cit., p. 299.

²² A previsão está no art. 556, § 2º.

²³ CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 8 (2010). p. 311-338. ISSN: 2175-6058. Disponível em: <http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/38>. Acesso em: 12. jun. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i8>. p. 314.

a reivindicação do uso do direito penal, a fim de impor uma penalidade àquele que transgrediu a ordem em sociedade. O direito processual penal, nesse esquema, bem como a prisão preventiva, não está diretamente ligado a questões de segurança pública ou de imposição de penas, mas de instrumentalização do poder de punir, garantindo ao acusado o julgamento mais adequado possível, com o respeito das garantias fundamentais²⁴. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli aponta que

Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas²⁵.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo adotado hoje uma postura mais garantista, afastando-se da justificação da prisão pelo clamor público, tem algumas decisões que destoam do entendimento majoritário. Nesse sentido, “a gravidade do crime e o modo como foi praticado denotam o perigo social que representa o acusado livre, bem como sua liberdade prejudica a ordem social, deixando no ar uma sensação de impunidade que o Poder Judiciário não pode autorizar”²⁶. Sobre a incompatibilidade do argumento acima criticado, leciona Antonio Magalhães Gomes Filho, para quem a incompatibilidade se mostra ainda mais grave quando se tem como fundamento a função de pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social: “aqui se parte de um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima a ideia de justiça sumária”²⁷.

Dessa maneira, não serve para a decretação da prisão preventiva o argumento direcionado ao clamor público ou ao abalo social, uma vez que são diver-

²⁴ Nos dizeres de Luiz Regis Prado e Diego Prezzi Santos, “o pensamento de garantismo se finca no conceito de Estado Constitucional reforçado, que engloba as noções de democrático e social, inclusive com a dignidade como valor fundamentador”. PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão preventiva: a contramão da modernidade*. São Paulo: Forense, 2018. p. 7.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: ed. RT, 2002. p. 450.

²⁶ BRASIL. *HC 117.876 AgR/SC* – Santa Catarina. Ag. Reg. no *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 08.10.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *dje-211*, divulg. 23.10.2013, public. 24.10.2013.

²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 68.

gentes do ideal constitucional de presunção de inocência e de separação nas funções de segurança pública, direito penal e direito processual penal. “A ideia da revolta da população como fonte legitimadora da prisão cautelar, por assimilação à ideia de desordem, cuja eliminação custaria a liberdade do acusado, transpira inconstitucionalidade.”²⁸

De outro lado, motivar a decisão com fundamento na gravidade em abstrato do delito não se mostra democrático nem constitucional, pois agravaria a situação de um indivíduo, restringindo sua liberdade pela pena abstratamente culminada para o delito. Se o delito cometido é grave, já tem para si uma pena grave cominada, que será imposta ao final do processo, não sendo razoável utilizá-la para justificar uma prisão preventiva. A fundamentação da prisão preventiva, baseada na gravidade abstrata do delito juntamente com a presunção de vultoso abalo social, não se coaduna com os ideais democráticos, uma vez que violam os direitos de liberdade do cidadão, bem como sua presunção de inocência. Além disso, mesmo que a decisão, que, por regra, deve ser fundamentada, demonstre a gravidade em concreto do delito, isso não implica que a prisão provisória deve ser decretada, pois é a pena que se encarregará de determinar a punição pela gravidade da ação cometida.

No que se refere ao argumento da decretação da prisão para preservação da credibilidade das instituições, “é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas”²⁹. Como se fosse possível que o grau de eficiência das instituições que compõem o Poder Judiciário estivesse comprometido a ter de satisfazer os ideais punitivistas da sociedade. Mais uma vez cabe aqui destacar a confusão feita entre as funções da segurança pública do direito penal e do direito processual penal³⁰. O papel de combate e prevenção ao crime de forma direta é feito pelo poder de polícia, que nada tem que ver com o trabalho exercido dentro de um processo judicial. Entretanto, ainda é possível visualizar no Supremo Tribunal Federal decisões baseadas na garantia da ordem pública para as decretações de prisão preventiva. Nesse sentido, “mostra-se indispensável a decretação da prisão do representado com vista a garantir a ordem pública para proteger o meio social e assegurar a credibilidade da justiça em face da gravidade do crime praticado”³¹.

²⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 499-500.

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 65. “[...] o processo penal não pode ser transformado em instrumento de ‘segurança pública’. Nesse contexto, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para a ‘garantia da ordem pública’.

³¹ BRASIL. *RHC 118.034/DF*. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 03.12.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *dje-035* divulgado 19.02.2014 public 20.02.2014.

Todavia, no voto do julgado acima mencionado, o Ministro Marco Aurélio discordou da relatora, Ministra Rosa Weber, dizendo que “a questão da credibilidade das instituições não se resolve mediante a inversão da ordem natural das coisas, que é apurar para, depois, prender; não se resolve mediante a punição a ferro e fogo”³². Considera-se infundada também a decretação da prisão preventiva para a garantia da integridade do acusado, visto que não possui finalidade cautelar alguma.

O Estado tem o dever de garantir a integridade física e mental do autor do fato-crime. Segregar, cautelarmente, o indivíduo, a fim de assegurar sua integridade física, é transferir para o cerceamento de sua liberdade de locomoção a responsabilidade do Estado de manter a ordem e a paz no seio da sociedade, reconhecendo a incompetência dos poderes constituídos de atingir os fins sociais a que se destinam³³.

Outro argumento bastante utilizado para justificar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública é o do risco de reiteração das infrações criminosas, ou a possibilidade de reiteração delitiva. Aqui, mais uma vez, confundem-se as funções distribuídas entre o dever de garantir a segurança pública pelo Estado, por meio do poder de polícia, e de impor uma sanção penal, por meio do processo. Ocorreria, nesse caso, uma presunção de culpabilidade, que consiste em extrema oposição à presunção de inocência, prevista pela Constituição Federal. Não há como realizar exercícios de previsão delitiva de um acusado, determinando com certeza que este virá futuramente a cometer algum tipo de delito. Dessa maneira, parece infundada a motivação baseada na previsão futura de atividade criminosa para justificar uma prisão preventiva.

Certamente, proteger a população dos delitos é uma das obrigações do Estado. Mas do que se trata no processo penal é precisamente de *averiguar a verdade*. Por isso, inspira sérias reservas a *política criminal de prevenção* quando se reage com a pena, medidas corretivas ou de segurança, tratando o infrator como mero *instrumento da função policial do Estado*³⁴.

Entretanto, no Supremo Tribunal Federal é possível observar o uso do argumento da reiteração para justificar a prisão. Assim, para o Ministro Luiz Fux, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a possibilidade de reiteração criminosa e a participação em organização criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar, a fim de garantir a ordem pública”³⁵. Para uma visão mais intermediária do tema, Mau-

³² BRASIL. RHC 118.034/DF, cit.

³³ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 810-811.

³⁴ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*, cit., p. 331.

³⁵ BRASIL. HC 117.876 AgR/SC. Ag. Rg. no Habeas Corpus. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 08.10.2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Grifo dos autores. No mesmo sentido, BRASIL.

ricio Zanoide de Moraes propõe uma relativização da presunção de inocência e uma legitimação da prisão cautelar com finalidade de pena, limitando, todavia, sua hipótese de incidência pela proporcionalidade e por requisitos como: a) a pena prevista para o crime imputado; b) as circunstâncias e a forma demonstradas de cometimento do suposto crime; c) uma relação temporal entre o conhecimento da autoria e o instante de determinação da prisão³⁶. Na visão de Aury Lopes Junior,

Em que pesem essas considerações, pensamos que a excepcionalidade e cruel necessidade deveria dar lugar não à prisão preventiva por risco de reiteração, mas a outras medidas restritivas aplicadas no âmbito da liberdade provisória, tais como o monitoramento eletrônico, prisão domiciliar, ou proibição de permanência, de ausência ou de contatos (como previsto no artigo 319 do CPP)³⁷.

Existe, em ordenamentos estrangeiros, a possibilidade de prisão provisória com base em receio de que o investigado venha a cometer novos delitos. Para tanto, a reiteração da atividade delitiva deve estar devidamente comprovada, sendo patente, por evidências nos autos, que o acusado voltará a delinquir³⁸. Entende-se a preocupação do legislador com a preservação da segurança pública, sendo que, em muitos casos, é possível que o acusado volte a delinquir, principalmente quando se fala sobre tráfico de drogas, seja para traficar, seja para furtar e roubar a fim de manter o vício. Nesses casos, o que ocorre é um círculo vicioso, pois o acusado gira sempre em torno do mesmo objeto, que são as substâncias tóxicas ilegais. Todavia, trata-se de um caso de saúde pública e de segurança pública, não devendo o processo penal ficar encarregado de funções que não são suas. O uso da prisão como forma de evitar delitos é assumir a falha do Estado na promoção da segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o trabalho, foram expostas questões relativas ao tema das prisões preventivas e a possibilidade de sua decretação pela garantia da ordem pública.

RHC 11.696/SP. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 01.10.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico Dje-226, divulg 14.11.2013, public 18.11.2013. BRASIL. HC 119.376/MS. *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 05.11.2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico Dje-235, divulg 28.11.2013, public 29.11.2013.

³⁶ MORAES, Mauricio Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 382-399.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

³⁸ *Ibidem*, p. 116.

Expondo-se acerca das particularidades no tratamento de tais prisões, como princípios, pressupostos e requisitos, pôde-se delimitar a área de concentração da pesquisa. Com o objetivo de delimitar o conceito de ordem pública trazido pelo art. 312 do Código de Processo Penal, como requisito à decretação da prisão preventiva, o trabalho buscou realizar alguns apontamentos quanto à abrangência do conceito e sua pertinência dentro do direito processual penal, elencando, a partir daí, algumas críticas quanto a sua utilização. Entendeu-se que o requisito da garantia da ordem pública é inconstitucional pelas seguintes razões: falta de previsão legal constitucional (reserva legal) para o dispositivo; indeterminação do conceito de ordem pública, e como resultado, abalo à segurança jurídica.

O direito processual penal se incumbem de instrumentalizar a aplicação da sanção imposta pelo direito penal, visando preservar as garantias constitucionais até o julgamento final do acusado. A pena somente pode ser imposta pelo processo, mas o processo jamais pode consistir em uma imposição de pena. Portanto, a fundamentação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública não possui finalidades processuais penais, mas de segurança pública. Seu caráter genérico culmina em gerar grande insegurança jurídica, servindo a qualquer intenção de imposição de prisão. Assim, muito comum é sua utilização com vistas ao clamor público ou acautelamento do meio social, gravidade do crime, abalo social, preservação das instituições públicas, risco de reiteração delitiva. Ainda, reputa-se infundada a decretação para a garantia da integridade do acusado.

Diante dos argumentos expostos, entende-se que a expressão “garantia da ordem pública” prevista como requisito à decretação da prisão preventiva é eivada de inconstitucionalidade, devendo ser retirada do Código de Processo Penal atual e do projeto do novo diploma processual penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Carlos Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Infopen. Atualização – junho de 2016. Organização de Thandara Santos. Colaboração de Marlene Inês da Rosa [...]. Brasília, 2017.

BRASIL. *HC 80.717*, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2001, *DJ* 05.03.2004, p. 15, ement vol-02142-05, p. 707.

BRASIL. *HC 117.876 AgR/SC* – Santa Catarina. Ag. Reg. no *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Luiz Fux Julgamento: 08.10.2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *dje-211*, divulg 23.10.2013, public 24.10.2013.

BRASIL. *HC 115.201/MA*. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 03.09.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *Dje-187*, divulg 23.09.2013 public 24.09.2013.

- BRASIL. *RHC 118.034/DF*. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 03.12.2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *DJe-035*, divulg 19.02.2014, public 20-02-2014.
- BRASIL. *RHC 116.964/SP*. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Rosa Weber. Julgamento: 01.10.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *DJe-226*, divulg 14.11.2013, public 18.11.2013.
- BRASIL. *HC 119.376/MS*. *Habeas Corpus*. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 05.11.2013 Órgão Julgador: Primeira Turma. Processo eletrônico *DJe-235*, divulg 28.11.2013, public 29.11.2013.
- BRASIL. *HC 135.250*, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 13.09.2016. Processo eletrônico *DJe-208*, divulg 28-09-2016, public 29-09-2016.
- BRASIL. *Projeto de Lei n. 8.045/2010*. Brasília: Senado Federal, 2010.
- CARVALHO, Thiago Fabres de. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, p. 311-338, n. 8 (2010). ISSN: 2175-6058. Disponível em: <http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/38>. Acesso em: 12. jun. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i8>.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FEDATO, Matheus Arcangelo. *Para uma teoria da argumentação jurídica adequada às prisões cautelares: direito, linguagem e decisão*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Mauricio Zanoide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei n. 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão preventiva: a contramão da modernidade*. São Paulo: Forense, 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *In: Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2001. p. 257-295.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Data de recebimento: 24/08/2018

Data de aprovação: 08/10/2018

**“CROSS-FERTILIZATION” AS A NEOCOLONIAL
TOOL? IMPRESSIONS DERIVING FROM THE
ARTAVIA MURILO VS. COSTA RICA CASE BEFORE
THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

**“FERTILIZAÇÃO CRUZADA” COMO FERRAMENTA
COLONIAL? IMPRESSÕES DERIVADAS DO CASO
ARTAVIA MURILO VS. COSTA RICA PERANTE A
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

*Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff**

ABSTRACT

Considering the increase in international courts in recent years, it is natural that the numbers of international precedents enlarge as well. Given this fact, and in the light of art. 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice, which establishes jurisprudence as a source of international law, there is nothing to prevent the various international courts from using precedents from their peers to support a decision adjudicated before them. Thus, an interesting question is precisely whether this communicative tool could not carry with it colonial standards, maintaining an excluding structure in international (human rights) law. Therefore, this text seeks to debate this issue by taking as an example the discussions in the *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica* case judged by the Inter-American Court, concluding that it is necessary to use jurisprudence with parsimony, due to regional particularities and the need to promote *ratios decidendi* duly located. To do so, a research of an applied nature is carried out, based on the deductive method, addressing the questions raised in a descriptive and exploratory manner, based on sources collected qualitatively, primarily, using bibliographical and documentary techniques.

* Professor of the Post-Graduate and Graduate Program in Laws of the Federal University of Uberlândia (UFU). PhD in International Law from the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), with a study period at University of Ottawa. LLM in Public Law from Vale do Rio dos Sinos University (Unisinos), with a Capes scholarship. Specialist Degree in Contemporary International Relations and in International Law, both from UFRGS. E-mail: tatiana.squeff@ufu.br.

Keywords: Cross-fertilization; Jurisprudence; Coloniality; Inter-American Court of Human Rights; *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*.

RESUMO

Considerando o aumento de tribunais internacionais nos últimos anos, é natural que a quantidade de precedentes internacionais aumente. Diante disso, e à luz do art. 38(1)(d) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o qual prevê a jurisprudência como fonte de Direito Internacional, não há nada que impeça as diversas cortes internacionais de utilizarem os precedentes oriundos de seus pares para corroborar certa decisão que esteja sendo tomada perante si. Outrossim, uma questão interessante é justamente se essa ferramenta comunicativa não poderia carregar consigo padrões colonialistas, mantendo a estrutura excludente então existente no campo do direito internacional (dos direitos humanos). Assim, este texto busca debater essa questão, trazendo como exemplo as discussões havidas no caso *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*, julgado pela Corte Interamericana, concluindo que é necessário utilizar a jurisprudência com parcimônia, em razão das particularidades regionais e da necessidade de promover *ratios decidendi* devidamente localizadas. Para tanto, realiza-se uma pesquisa de natureza aplicada, a partir do método dedutivo, abordando os questionamentos levantados de maneira descritiva e exploratória, com base em fontes coletadas qualitativamente, sobretudo segundo as técnicas bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Fertilização cruzada; Jurisprudência; Colonialidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*.

The use of precedents to corroborate the rationality adopted by a certain magistrate is not an uncommon practice in law. Although widely used in Common Law as a way of establishing the law, the mention of judgments that bear a resemblance to a particular case under judgment has also gained ground in countries with a Civil Law tradition precisely for the logical-argumentative approach that this technique presents for the resolution of disputes.

In the field of International Law, because of article 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ), decisions are an auxiliary source of law, being frequently used in judgments handed down by international courts, although article 59 of the same regulation does not make them formally binding on the international community as a whole – but only the parties to the dispute – so that the courts may disengage from a prior *ratio decidendi* when it comes to a concrete case. In other words, even if the international courts do not have the practice of departing from their previous judgments by issuing a new decision, they could do so.

Nothing, however, is cited under article 38(1)(d) regarding the use of precedents from other courts. It means that the norm does not limit the use of the decisions of certain court to this end, allowing the use of judgments given by other international courts in their awards. This amplitude, which, thanks to the proliferation of international tribunals, has allowed the increase of references to the judgments originated from other tribunals, generating a whole discussion about the limits of these transitional exchanges, as well as the implications they generate – especially as it regards the possible maintenance of coloniality.

In this sense, the present text seeks to explore, firstly, the concept of ‘cross-fertilization’ and the possible criticisms of its use, in order to address, in a second moment, the possibility of maintaining colonial structures by the usage of such “communicative tool” (i.e. jurisprudence from other tribunals), especially in the Inter-American system, turning, finally, to the discussion of the case *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica* from this Court as an example.

Methodologically, it should be stressed that this is as applied research, conducted under the area of juridical social sciences, especially in the area of international and human rights law. For its conduction, a deductive method was used, so that the theory is explained before entering in the specificities of the case used as an example. Besides, for the analysis of the sources, which are mainly bibliographical and documental, and were collected under a qualitative scrutiny, a descriptive and exploratory approach was applied.

CROSS-FERTILIZATION OR UNILATERAL FERTILIZATION?

Cross-fertilization is used to describe the communication between judicial courts of the most diverse levels, regarding the use of a “stagnant” rationality for the solution of controversy that turn around a similar issue. This expression was thus identified by the emeritus professor at Princeton University Anne-Marie Slaughter in a text published in 1994, noting that different courts were talking to each other, notably from the use of foreign precedents that have already addressed a certain theme by their magistrates in order to base the decisions that they made, anchoring themselves in such sentences with the clear intention to justify its positioning¹.

This “trans-judicial communication” carried out using precedents handed down by different courts occurs in the most varied forms². According to the

¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, 1994. p. 99-137.

² SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, 1994. p. 101.

examples brought by the referred author³, it can be labeled in three ways, whose denominations are thus classified: (a) “first-degree horizontal communication”, which occurs when the domestic court of a given country uses the decision of another domestic court; (B) “second-level horizontal communication”, which is manifested by the use of precedents of international courts in other international tribunals; or (c) “vertical communication”, which occurs when a case of an international court is cited in the decision of a domestic court.

The first-degree horizontal cross-fertilization is a very common act, especially when using precedents from countries with a higher volume of cases on a specific subject. This is what relates the *Gerard v. La Forest*⁴, as he brings examples of the use of the United States precedents in Canadian courts over the years:

In 1849, the New Brunswick Court of Justice addressed the question of whether there was a public right to float wood logs in navigable rivers. Not surprisingly, no prescription was found in the English common law, since large-scale flotation of wood did not exist in England. “However, in a young country like Canada, the right to float wood logs was an economic need in many regions and some dispositive had to be found to make the activity legal.” In order to find such a legal dispositive, the New Brunswick Court went to the United States, specifically to the state of Maine, and adopted the *buoyancy principle* applied in *Wadsworth v. Smith*. Existing such a need, therefore, the Canadian courts referred to the experiences of Maine to guide themselves. One hundred and thirty-five years later, in 1984, the New Brunswick Court of Justice faced the question of who would own the land that was restored after the removal of a dam on a river. Again, the Maine experience was helpful. *Bradley v. Rice* indicated the applicability of the property rule [...] and the rule was applied in New Brunswick.

That communicative practice is extremely frequent, especially when involving the American precedents and that is not limited, as it is observed of the example mentioned above, to the citation of cases of the Supreme Court of that country⁵. In addition, it should be noted that besides the use of precedents in

³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, 1994. p. 99-101; 103-104; SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 40, 1999-2000. p. 1004-1011, em especial p. 1004; SLAUGHTER, Anne-Marie. The Real World Order. In: MINGST, Karen A.; SNYDER, Jack L. (eds.) *Essential readings in world politics*. 2. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2004. p. 151-152.

⁴ LA FOREST, Gerard V. The use of American Precedents in Canadian Courts. *Maine Law Review*, Portland, n. 46, 1994. p. 211.

⁵ For other examples on the use of US precedents, cf.: MACLINTYRE, James M. The use of American cases in Canadian Courts. *University of British Columbia Law Review*, v. 2, n. 3, mar. 1966. p. 478-490; HARDING, Sarah K. Comparative reasoning and judicial review. *Yale Journal of*

certain cases (termed “tacit horizontal first-level communication”), there is also more direct communication, which involves active dialogue between judgments, in order to ensure compliance of decisions to avoid a positive jurisdictional conflict and the consequent ineffectiveness of them. This subdivision of horizontal communication of the first degree is thus explained by Anne-Marie Slaughter⁶:

Domestic courts situated below the level of the High Courts may also engage in at least one tacit communication with one another. In addition to cross-referencing, recognition of foreign judgments is a form of horizontal cross-border communication. Such acts are usually considered cases of static deference to a court of original jurisdiction; but in some cases the communication between two courts is direct and active. In *Remington Rand Corp. V. Business Systems Inc.*, a case involving the recognition of a decision of a Dutch bankruptcy court, the Third Circuit ordered the lower court to seek reciprocal guarantees from the Dutch court before delivering the final judgment.

It should therefore be noted that communication between domestic courts is not limited to merely complementing the *ratione decisum* of judges, but there is also a much more dense judicial cooperation between them, which is carried out as a way of guaranteeing the justice beyond the sovereign limits of the State⁷.

International Law, New Haven, v. 28, n. 2, 2003. p. 425 [“A good example of this approach to foreign law can be found in the Canadian case *The Queen v. Keegstra*, upholding hate speech legislation. Much has been written about the differences and similarities between this case and *R.A. V. v. City of St. Paul*, which was decided just a few years later by the U.S. Supreme Court, and which found comparable hate speech legislation to be unconstitutional”]; NESSEN, Paul E. The use of American Precedents by the High Court of Australia: 1901-1987. *Adelaide Law Review*, v. 14, n. 2, 1992. p. 181-218; GORNEY, Uriel. American Precedent in the Supreme Court of Israel. *Harvard Law Review*, Boston, v. 68, n. 7, maio 1955. p. 1194-1210. For other examples, cf.: PARSONS, Ross. English Precedents in Australian Courts. *University of Western Australia Annual Law Review*, v. 1, n. 2, Dec. 1949. p. 211-222; LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue. *Washington Law Review Association*, v. 86, 2011. p. 524 e 557-558 [“Taiwan’s precarious diplomatic situation effectively prevents members of its Constitutional Court from participating in international court meetings or visits to foreign courts. However, the Taiwan Constitutional Court (TCT) almost always carries out extensive comparative constitutional analysis, either expressly or implicitly, in making its decisions. (...) The foreign court decisions cited by TCT originated mainly from Germany (206 citations distributed in 173 decisions), the United States (75 citations distributed in more than 65 decisions), Japan (40 citations distributed in 37 decisions)]. Decisions of France, Austria, Turkey, Canada, Hungary, Italy, Switzerland, the Philippines and South Korea were also sometimes quoted.”].

⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, 1994. p. 104.

⁷ For a more in-depth discussion of this dialogue between “active” jurisdictions, cf.: SQUEFF, Tatiana de A. F. R Cardoso. Para além da cooperação tradicional: a positivação do auxílio direito no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 25, v. 100, mar.-abr. 2017. p. 263-269.

However, it should be noted that, once this direct and active dialogue depends on internal regulation to take place, it does not always become perfect, being, therefore, horizontal cross-fertilization of tacit first degree the most common cooperative form.

Concerning the second type of cross-fertilization cited, that is, of the “second-degree horizontal communication” around which the discussion presented in this second part of this text revolves, there are several examples. Mostly texts dealing with horizontal cross-fertilization of second degree refer to the use of precedents between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights (ECHR), as reported by Francis G. Jacobs⁸, presenting as an example the *Marckx v. Belgium* of 1979 before the ECHR:

The Marckx case dealt with provisions of the Belgian law that disadvantages single mothers in terms of how to stipulate affiliation, the extent of the child’s family relationships, and the children’s and mothers’ property rights. The Court [accepted the case and] considered that it was not possible to distinguish between the legitimate family and the illegitimate family for the purpose of protecting the right to respect for family life under the article 8 of the [European Human Rights] Convention. The Court (...) cited the Defrenne judgment of the CJEU. (...) In that judgment, in 1976, the Court rejected the general view that the principle of equal pay for men and women... required implementing measures before obtaining legal effect. On the contrary, the Court held that the provision had direct effect, so that victims of discrimination could promptly claim damages [suffered] (...).

The second-degree horizontal fertilization, however, is not limited to the application of precedents among European institutions. There are examples of cross-fertilization between courts beyond the regional scope, such as the use of precedents of various international tribunals, including the example of the ICJ being cited in cases of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)⁹, as well as in the ECHR, as noted by Chester Brown¹⁰:

⁸ JACOBS, Francis G. Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice. *Texas International Law Review*, Austin, v. 38, 2003. p. 551-552 (tradução nossa).

⁹ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO DO MAR. *Case M/V Saiga – N. 2. (São Vicente e Grenadines v. Guínea)*. Judgment. 1st July 1999, para. 133 (citing the famous case of the ICJ) on the construction of a dam on the Danube, between Hungary and Slovakia called the Gabčíkovo-Naaymaros Project, tried in 1997, in which the exclusion of illegality “State of Need” was argued. [in the para. 51 e 52]).

¹⁰ BROWN, Chester. The cross-fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international tribunals. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles, v. 30, 2008. p. 225-226 [ECHR also referred to the practice of the Inter-American Court of Human Rights, the United Nations Human Rights Committee and the Committee against Torture]. Therefore, cf. also: EUROPEAN COURT OF HUMAN

In *Mamatukolov and Abdurasulovic v. Turkey* [concerning the extradition of the two individuals to Uzbekistan based on an arrest warrant issued by that State on account of the alleged involvement of both in an attempt to assassinate the President of that country], the ECHR sought to ascertain whether the provisional measures granted under its regulation were binding. In its judgment, the Court made extensive references to the decision of the ICJ in the *La Grand* case [– case between *Germany v. The United States* which had dealt with the death penalty applied to two Germans without due notification by their State under the 1963 Vienna Convention on Industrial Relations of which the United States is a member], in which the ICJ considered that its provisional measures were binding. [...] In a decisive passage, the ECHR observed... that in several recent decisions, international tribunals emphasized the importance and purpose of the provisional measures, pointing out that compliance with such measures was necessary to ensure the effectiveness of their decisions on merit.

It must be said, however, that the use of precedents among international tribunals is a recent practice, which has gained space with the proliferation of courts in international law since the second half of the twentieth century. After all, at the end of World War II, the international system underwent several modifications, which not only included a central concern for the human being and his intimacy, but also the stability of the system itself, requiring the maintenance of international relations in a peaceful way, which invariably requires varied mechanisms of controversial solutions that exclude the use of force.

In this sense, not only humanization and institutionalization are central features of today’s international plan, but also encompassing jurisdictionalisation and specialization of the system¹¹. If before that conflict the Permanent Court of Arbitration was used, established in 1899, as well as the Permanent Court of International Justice, established in 1921 within the League of Nations; today

RIGHTS. *Mamatukolov e Abdurasulovic v. Turkey* – Petitions n. 46827/99 e 46951/99. Judgment. 40p. Strasburg, 4th Feb. 2005, p. 9 (citing *Glen Ashby v. Trinidad e Tobago*, appreciated in 1994, and *Dante Piandiong, Jesus Morillos and Archie Bulan v. Filipinas*, appreciated in 2000 – both by the United Nations Human Rights Committee). p. 9-10 (citing *Cecilia Rosana Núñez Chipana v. Venezuela*, appreciated in 1998, and *T.P.S. v. Canada*, appreciated in 2000 – both by the Committee against Torture) and p. 11 (citing *Loayza Tamayo v. Peru*, judged in 1997 by the Inter-American Court of Human Rights). For other examples of horizontal cross-fertilization of second degree, especially for international criminal tribunals, cf.: BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, Lansing, v. 24, n. 4, 2001. p. 963-979.

¹¹ Specifically on the specification, Philippe Sands expresses that it “reinforces an image of structure and coherence, suggesting that norms are developed and applied in a coordinated and systematic manner” (SANDS, Philippe. *Treaty, custom and the cross-fertilization of international law*. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, New Haven, v. 1, 1998. p. 88).

there are several international courts¹², which are separated by *ratione materiae*, *ratione temporis* or *ratione personae* (either in relation to the passive or active pole), providing various mechanisms that diminish the increasing complexity of the international system.

This jurisdictional plurality today involves the mutual jurisprudential exchange. After all, as Jonathan Charney¹³, “[n]ot only a dissonance of views on the norms of international law may undermine the perception that there is an international legal system, but if the [problems] are not similarly addressed, the very essence of a normative system will remain lost”. Consequently, cross-fertilization ends up being an increasingly frequent act among the international courts, being considered an important mechanism for promoting the very unity of the order and confirmation of its common basic legal repertoire even during this growing specialization/institutional repartition¹⁴.

Lastly, as an example of vertical cross-fertilization, it can be mentioned the one brought by Mirna E. Adjanti¹⁵ regarding use of the precedents of the European Court of Human Rights by the Supreme Court of Zimbabwe:

In the State v. A. Juvenile, the task of the Zimbabwean President’s Minister, Dumbutschena, was to determine whether corporal punishment was less inhuman or degrading than that applied to minors rather than

¹² Examples of existing international courts are: the Permanent Court of Arbitration, the International Court of Justice, the International Tribunal for the Law of the Sea, the International Criminal Court, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, Special Court for Cambodia, European Court of Human Rights, Commission/Inter-American Court of Human Rights, Commission/African Court on Human and Peoples’ Rights, World Trade Organization Dispute Settlement Body, Permanent Court of Revision of Mercosur, International Center for Investment Disputes, among others.

¹³ CHARNEY, Jonathan I. The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *International Law and Politics*, v. 31, 1999. p. 699.

¹⁴ AMARAL JUNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, 2008. p. 11-33 [“(…) the ‘dialogue’ of the sources is an instrument of great value because it facilitates the communication of the subsystems among themselves and with the general rules of international law. (...) [It] seeks to bring harmony to the process of application of international law. It consists of a precious hermeneutical resource to understand the complexity and scope of normative relations arising from the regulatory expansion of international law in the last half of the twentieth century and on the threshold of the twenty-first century. The ‘dialogue’ of sources, which presumption against conflict favors, presupposes understanding of international law as a system, endowed with a repertoire and a structure (...)”].

¹⁵ ADJAMI, Mirna E. African Courts, international law, and comparative case law: chimera or emerging human rights jurisprudence? *Michigan Journal of International Law*. Lansing, v. 21, n. 1, 2002. p. 142; in the same sense, pointing to another Supreme Court case in Zimbabwe (State v. Makwanyane) where a different precedent from the ECHR (Soering v. United Kingdom) was used to support the decision, cf.: SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 40, 1999-2000. p. 1110.

adults. Its decision revisited the decision of the European Court in *Tyrer v. United Kingdom* to further explore the rationale used by this Court in establishing that corporal punishment by nature offends the dignity of the human person. Minister Dumbutschena [also] examined the decision of another case of the European Court, *Campbell v. United Kingdom*, which expressed the view that the nature of corporal punishment is degrading, under the article 3 of the European [Human Rights] Convention.

This communication also occurs in the Brazilian context regarding the use of precedents of the Inter-American Court of Human Rights by the Federal Supreme Court of Brazil (STF, in Portuguese). In a research conducted by Lucas Martinez Faria¹⁶, since the Brazilian ratification of the Pact of San José of Costa Rica (occurred in November 1992¹⁷) until July 2014, it was noted that the aforementioned court, in plenary decisions, directly cited in 223 previous judgments of the Inter-American System. However, the aforementioned author noted that the *ratio decidendi* of the Inter-American plan was also tacitly used by the STF, since, according to his analysis, it was possible to note a similar argument on the part of the Brazilian court between 2004 and 2009, not even citing the jurisprudence of the inter-American system.

In this sense, it is noted that cross fertilization promotes the exchange of knowledge among the different magistrates, in order to build a convincing foundation on what is intended to be established, establishing a true common international rationality between jurisdictions. At least that is what expresses Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁸ for whom, “through such an interpretative interaction, [the treaties] reinforce each other...”, since this interaction, “in a certain way, contributes to the university of treaties, [especially] on those dealing with the protection of human rights, (...) opening the way for a uniform interpretation of the corpus juris of contemporary international law”.

That is why Anne-Marie Slaughter states that even if “it has no binding force (...) [cross-fertilization] appears to be relevant or because of its intrinsic logic power or because the invoking court seeks to gain legitimacy by attaching itself to a large community of courts examining similar issues”¹⁹. Therefore, it can be understood as a true face of globalization – “judicial globalization” –

¹⁶ FARIA, Lucas A. Martinez. *O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. Monografia (Especialização). 79p. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – São Paulo, 2014.

¹⁷ Cf. BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 de novembro de 1992. Available in: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Access in: 15th June 2017.

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The merits of coordination of International Courts on Human Rights. *International Criminal Justice*, v. 2, 2004. p. 37.

¹⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. The Real World Order. In: MINGST, Karen A.; SNYDER, Jack L. (eds.) *Essential readings in world politics*. 2. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2004. p. 151.

since it not only promotes the approximation/interaction between peers (in the case of judges and their institutions) and “the foundation of a global community of law, as well as denoting the similarity of the problems and (re)actions that society, in general, faces”²⁰.

Even if the jurisprudential exchange carried out through this interactive communication of the magistrates is beneficial from the point of view of the coordinated and internationalized construction of a common law opinion on a certain subject, it cannot be denied that it hides a burden of coloniality. Not only the very origin of cross-fertilization is based on the application of Commonwealth decisions in the United States during the 19th century even after this country’s political independence from the United Kingdom²¹, as well as by the very maintenance of the scientific domination that the countries of the global North end up exerting against the countries of the South. After all, even though there is a contributory tendency among the magistrates, it is not possible to affirm that it is always effectively mutual, existing a tendency of (re)production of the ratio decidendi of the North in the South, with few exceptions.

For example, in the first-degree horizontal communication, there is little use of precedents from other countries in the United States, especially at the level of the American Supreme Court. As stated by Melissa A. Waters²²,

[s]ome conservative members of the Court have repeatedly stated that the use of foreign sources in the Court’s case-law would be illegal. Moreover, the debate has recently moved from judicial and academic circles to the halls of the Congress. The House of Representatives is considering a resolution that expresses the sense of the [American] Congress that the judicial decisions of the US courts regarding the meaning of the laws of this country should not be based in any way on foreign sources.

This scenario seems more like a monologue than a dialogue between peers. Indeed, the very thought of one of the most prominent Justices of the American Supreme Court, then Minister Antonin G. Scalia, was in the sense that the interpretation offered by him, the American, would be a model to be followed – and not the opposite –, denoting the very limits of cross-fertilization, especially when involving nations of the global North.

²⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 40, 1999-2000. p. 1104.

²¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 40, 1999-2000. p. 1116; SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 44, 2003. p. 195-196.

²² WATERS, Melissa A. Justice Scalia on the use of foreign law in constitutional interpretation: unidirectional monologue or co-constitutive dialogue. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 12, n. 1, set. 2004. p. 150-151.

He commented: “The notion that international law, redefined to signify the consensus of States on a given subject, can be used by a citizen to control the treatment of a sovereign entity of its own citizens within its own territory is an XX century invention of the teachers of international law and human rights defenders. [...] The authors of the American Constitution, I am sure, would be dismayed by the proposition that, for example, the democratic adoption of the death penalty by the Americans... could be judicially annulled because of the disapproval of foreign entities. [...] “American law – the law made by the democratically elected representatives of the people – does not recognize a category of activity that is universally frowned upon by other nations that is automatically illegal here [in the United States]. [...] [Foreign legal materials] could never be relevant to interpreting the meaning of the American Constitution”²³.

According to the magistrate’s reasoning, the only possibility of performing a first-level horizontal communication would be in the interpretation of treaties, notably “when another party-party has already dealt with the interpretation of the document, so that American courts should adopt the position of such judges, as long as these interpretations be considered reasonable by them”²⁴. However, what is absorbed from such positioning is that such precedents would not always be accepted, being necessary an case-by-case analysis²⁵, what would give scope for discussing one’s own interpretation by another, and thus distancing oneself unilaterally from the dialogue for the imposition of its interpretation, as lined by a rule considered as “more democratic”²⁶.

Similar criticism can be made in relation to vertical communication, since the central element that the theory of cross-fertilization requires is dialogue. At a time when only the precedents of international tribunals are used domestically, without the same citation of national cases at the international level, there would be no dialogue in itself, but only the prescription of a single *ratio decidendi*. Despite this, a caveat regarding this “monologue”, since it aligns with that

²³ WATERS, Melissa A. Justice Scalia on the use of foreign law in constitutional interpretation: unidirectional monologue or co-constitutive dialogue. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 12, n. 1, set. 2004. p. 152.

²⁴ WATERS, Melissa A. Justice Scalia on the use of foreign law in constitutional interpretation: unidirectional monologue or co-constitutive dialogue. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 12, n. 1, set. 2004. p. 155.

²⁵ Regarding that cf.: DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John. Against foreign law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Boston, v. 29, n. 1, 2005. p. 291-330 [“The use of foreign law enables the Court to impose the results it wants in any given case (...). The Court is also less fettered by specifically American traditions of law or social practice, and freer to adopt European models and customs, if it finds them compelling” (our griffins)].

²⁶ In the same sense, cf.: HARDING, Sarah K. Comparative reasoning and judicial review. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 28, n. 2, 2003. p. 411-412; MCFADDEN, Patrick M. Provincialism in United States Courts. *Cornell Law Review*, v. 81, n. 1, nov. 1995. p. 4-65.

prescribed by the article 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice, in the sense that the jurisprudence to be considered an auxiliary source of international law would be that of international tribunals. Thus, criticism as to the inapplicability of vertical cross-fertilization effectively, that is, as a two-way street, may not properly fall to the courts themselves – but in general international law itself²⁷.

Moreover, it cannot be denied that the Inter-American System of Human Rights has moved in the opposite direction by using precedents of superior courts of states to guide its reasoning through similar cases²⁸, which denotes the attempt of a court in the South to establish a vertical dialogue with the courts of the American continent (or not!). On the other hand, one must question whether this is not a “Southern” tendency, since other international courts do not tend to do the same, especially when involving the use of precedents of (higher or of Zimbabwe, which, as seen, recurrently uses the precedents of the European Court of Human Rights), denoting the rootedness of the coloniality of power and knowledge in the international system.

This situation is at the same time very present in the horizontal communication of second degree, since it is unusual the reference of precedents originating from the Inter-American System of Human Rights, for example, by other international tribunals. By all means, this is a practice that has been increasing over the years, since the magistrates of these courts are gradually becoming involved in the construction of a rationality of their own formed “from the opinions of others in order to promote mutual respect and dialogue between jurisdictions”²⁹. However, it must be said that trans-judicial dialogue is much more common from the South to the North than the reverse.

²⁷ This positioning has as its source the understanding that the internal decisions of States, regardless of the courts that proclaim them in the domestic scenario, would be “mere facts that express the will and constitute the activities of the States” [emphasis added] (PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE). *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Series A – n. 7, Judgment. 25th May 1926. p. 19. It should be noted that this precedent was used by ITLOS, in the case cited above, in the para. 120 (see note 79).

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Case Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*. Judgment. Nov 28th, 2012, for. 262 (citing the Supreme Court, the Constitutional Court of Colombia, the Argentine Supreme Court and the Supreme Court of Justice of Mexico in the text, and the Brazilian Federal Supreme Court in footnote 424); INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hilaire, Constantine and Benjamin et. Al. V. Trinidad and Tobago*. Judgment. 21 jun. 2002, for. 103 – footnote n. 110 (citing the Supreme Court of India and the Supreme Court of South Africa), for. 105 – footnote n. 111 (citing the Supreme Court) and for. 167 – footnote n. 140 (citing another case of the Supreme Court); INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Judgment. Feb 24th, 2012, for. 92 – footnote n. 114 (citing the Colombian Constitutional Court) and for. 126 (citing the Mexican Supreme Court of Justice in the text).

²⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 44, 2003. p. 196.

In a research on cross-fertilization between the ECHR and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), Angela Di Stasi³⁰ argues that, because the architecture of this court was later than that, “it was fairly easy to foresee that the ECHR would represent a point of reference for the judges of San José. About half of the total amount of the jurisprudence of the Court of San José includes References to the rules of the ECHR and its protocols and to the (more consolidated) jurisprudence of the ECHR”. Regarding this, the author points out that:

In some cases, the IACHR extols – using expressions such as “in the same way” or “similar to” – that its directions are identical to those issued by the ECHR; In others, on the contrary, it highlights the analogies between the Articles of the European Convention on Human Rights and those of the American Convention on Human Rights. (...) Particularly frequent is the reference to the ECHR’s case-law on “moral damage” to the right to a “reasonable hearing” and to the “interpretation of a judgment”³¹.

However, the author also states that “the opposite phenomenon appears completely different in terms of size, which is the reference, by the ECHR to the jurisprudence developed by the Court of San José, and content, to the normative sources of the Inter-American Human Rights System”³². That is because the citations made by the ECHR refer more generally to the American Convention and its articles than the jurisprudence itself, so that it has been quoted occasionally in more singular cases, such as in bioethics and treatment of minorities³³.

Aside from the international criminal courts³⁴, other international courts have little progress in this horizontal exchange of second degree, and have applied

³⁰ DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a “cross fertilization”? *Ordine Internazioanle e Diritti Umani*. Roma, 2014. p. 102.

³¹ DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a “cross fertilization”? *Ordine Internazioanle e Diritti Umani*. Roma, 2014. p. 102 e 104.

³² DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a “cross fertilization”? *Ordine Internazioanle e Diritti Umani*. Roma, 2014. p. 105; Cf. also, for example: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Hilaire, Constantine and Benjamin et. Al. V. Trinidad and Tobago*. Judgment. 21 jun. 2002, for. 167 – footnote n. 140 (citing the Soering case v. United Kingdom of 1989 of the ECHR), and INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Judgment 24 Feb. 2012 (quoting the case of M. and C. v. Romania of 2001 of the ECHR and the case of Palau-Martínez v. France of 2003 of the same court).

³³ DI STASI, DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a “cross fertilization”? *Ordine Internazioanle e Diritti Umani*. Roma, 2014. p. 103 e 105.

³⁴ BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, Lansing, v. 24, n. 4, 2001. p. 963-979; POCAR, Fausto. The proliferation of international criminal courts and tribunals: a necessity in the Current International Community. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, 2004. p. 304-308.

sparingly the precedents of their peers. This, for example, is the case of the ICJ, which uses its own precedents much more to corroborate its decisions than those from other courts³⁵, so that the IACHR, while also using its own decisions largely to validate the (continuity of) its *ratio decidendi*, really seems to be the most advanced cross-fertilization tribunal at its most diverse levels and beyond its region.

Moreover, even if it is stated that communication between the international courts is not fully carried out in the past, much closer to the monologue mentioned above than a concrete exchange between the magistrates in order to confirm their arguments and support the existence of an international (common) legal system, it must be considered that such exchanges cannot always be carried out. Therefore, spreading the adoption of a vertical and/or horizontal *stare decisis* at the (inter)national level of law can further promote the sustainability of the coloniality of power and knowledge in the international sphere, given the probability of applying the treatment given by one locality to all others.

In other words, it seems risky to advocate for a greater use of decisions made by other regions precisely by the possibility of excluding local questions/learning, in favor of idealized practices in the global North whose standards cannot be considered as the only plausible readings about certain situations, especially with regard to Human Rights³⁶. After all, the Eurocentric paradigm does not reflect the reality of human totality, so admitting a communicative tool without any qualifications tends to maintain the marginalization of other foundations and interpretations, which are more appropriate to those locales traditionally excluded from the construction of knowledge³⁷.

³⁵ An example in which he cites the existence of an interpretation already expressed in the ECHR and the ACHR in support of his decision (although he did not specify the specific precedents) is the case Ahmadou Sadio Diallo (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Congo)*, Judgment, 30 Nov. 2010, para. Another more recent example in which the ICJ cites a specific case of the ECHR (Grosz v. France) is that of the “State Jurisdictional Immunity” to attest to the maintenance of the State’s immunity from other jurisdictions in cases of crimes committed by armed forces During armed conflicts (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Jurisdictional immunity of the States (Germany v. Italy)*, Judgment, 3 Feb. 2012, para. regarding the decisions of the ICJ, however, it is important to note the note made by Mads Adenas and Johan R. Leiss: “[n]evertheless, judgments of the ICJ in contentious cases enjoy supremacy according to Article 103 of the Charter, since they create binding obligations for the parties to the dispute under Article 94(1) of the Charter (...)” (ADENAS, Mads; LEISS, Johan Ruben. *Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institution Integration*. University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series n. 2016-20. p. 8 – nota 35).

³⁶ GALINDO, George R. Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, v. 1, ago./dez. 2013. p. 67-96.

³⁷ ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*. México: Editorial Itaca, 2013. p. 39-40.

An example where cross-fertilization, if used, would be extremely harmful to Southern understandings, explicitly within the framework of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, would be the use of the “margin of appreciation” in the case involving *in vitro* fertilization in Costa Rica, which will be explained in the sequence.

THE DANGERS OF THE USE OF EUROPEAN PRECEDENTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM: THE REFUSAL TO USE THE “MARGIN OF APPRECIATION” IN THE CASE *ARTAVIA MURILO ET AL. V. COSTA RICA*

The case *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica* is a fine example of how cross-fertilization, at least as it is used today, may represent a setback in the protection of human rights at the inter-American level. The case deals with the prohibition by Costa Rica to allow *in vitro* fertilization to be generated for the generation of biological filiation, on the grounds that it would violate the right to life, in view of the possibility of losing embryos during this process.

Such Costa Rican argument arises from the revocation of the Executive Decree of the Ministry of Health no. 24029-S, dated February 3rd 1995, which regulated *in vitro* fertilization in the country. According to this Decree, fertilization was possible provided that the fertilization of six eggs was limited and that all were transferred to the uterine cavity of the woman, being strictly prohibited the discarding or experimentation of any genetic material³⁸.

However, on March 15th 2000, the aforementioned Decree was considered unconstitutional by means of an Unconstitutionality Action brought before the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica, with a focus on the preservation of human life, that it begins with the fertilization of the embryo, so that “(a) it would be necessary to maintain a meticulous control of the medical practice” for the preservation of life; (b) that this would be a business, not a treatment for disease or life-saving; and (c) that there is a “high percentage of fetal malformation” from *in vitro* fertilization when compared to the natural process of fertilization, (d) not counting other pre-dispositions to maternal health problems³⁹.

By virtue of this ruling, several persons who wanted to undergo *in vitro* fertilization in Costa Rica were not able to exercise their right to family (biological filiation), since there is no other method of assisted reproduction permitted in that

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 68-69.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 71 e 128.

State⁴⁰. Thus, the case begins before the IACHR in 2011, when the Inter-American Commission submitted the same to it for the recommendations suggested to Costa Rica, even after three extensions, not having been complied with by that State⁴¹. In that instance, the main argument put forward by the Commission was that the general prohibition since the 2000 judgment of in vitro fertilization in Costa Rica would be a clear violation of Articles 11(2), 17(2) and 1(1) Of the American Convention on Human Rights, to which the country had ratified on April 8, 1970⁴².

Article 11(2) refers to the Law of Honor and Dignity, stating that “[t] he person may be subjected to arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home or correspondence, nor of illegal offenses to his honor or reputation”⁴³. And article 17(2) is tied to family protection, so that “the right of men and women to marry and found a family is recognized, if they are of the age and conditions required by domestic law, insofar as they do not affect the principle of non-discrimination established in the [American] Human Rights Convention”⁴⁴. Lastly, article 1(1) recognizes the obligation of states to “respect the rights and freedoms recognized [in the American Convention on Human Rights] and to guarantee their free and full exercise to every person subject to their jurisdiction, without discrimination some”⁴⁵.

The argument was that Costa Rica could not intervene in the private sphere of its citizens, and therefore could not deny in vitro fertilization, since this would hurt the “autonomy and identity of a person both in the individual dimension and [in dimension] as a couple”⁴⁶. At this point, the IACHR stated that:

Article 11 of the American Convention requires state protection of individuals against the arbitrary sanctions of state institutions that affect private and family life. It prohibits any arbitrary or abusive interference in people’s private lives, enunciating various areas of the same as the private life of their families. In this sense, (...) the scope of privacy is characterized by being exempt and immune from invasions or abusive or arbitrary aggression by (...) public authority⁴⁷.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 126.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 1.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 2, 3 e 41 e 285.

⁴³ BRASIL. Op. cit., art. 11(2).

⁴⁴ Id. Ibid., art. 17(2).

⁴⁵ Id. Ibid., art. 1(1)

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 137.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 142.

This because “protection of privacy includes a number of factors related to the dignity of the individual, including (...) the ability to develop one’s own aspirations (...) and define their own personal relationships”⁴⁸. It means that, in the eyes of the IACHR, a person cannot see his personal autonomy limited by a state act, so that he has the right to decide on biological paternity/maternity, which is a presupposition of his personality.

In this sense, the IACHR expressly points out that it goes beyond the punctual provision in article 11, since the protection of private life would also be anchored in Articles 17(2) and 1(1) of the American Convention⁴⁹. The Court stated that “Article 17 of the American Convention recognizes the central role of the family and of family life in the existence of a person and in society in general... [should] favor, in a broader manner, the development and strengthening of the family nucleus”.

In addition, it agreed that “the principle of mandatory law of equal and effective protection of law and non-discrimination requires States to refrain from producing regulations... that have discriminatory effects on different groups of a population in the Moment of exercising their rights”, as is the case with the group of people who find it difficult to reproduce – which includes not only those who cannot reproduce for health reasons (physical incapacity, either man or woman), but also the problem of stereotyping of infertile women (gender inferiority) and even those who cannot leave the country to perform the treatment (socioeconomic incapacity)⁵⁰.

Based on this, the IACHR concluded that Costa Rica’s decision to prohibit in vitro fertilization would violate the aforementioned articles of the American Convention, since, starting from “absolute protection of the embryo [and] not considering or taking into account The other rights in conflict, [the State would have carried out] an arbitrary and excessive intervention in private and family life, [which makes it] disproportionate” and therefore unacceptable, so that the assisted reproduction in question should be allowed in the country⁵¹. It is interesting, however, to note Costa Rica’s case for merit⁵², considering that the State

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 143.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 145 e 285.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 286, 288-290 e 294-297

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 316.

⁵² Before arguing the merits, it should be noted that Costa Rica had attempted to establish the lack of competence of the IACHR in a preliminary manner, arguing that the victims would not have exhausted domestic remedies in Costa Rica, since the decision taken by the

had attempted to rely on the doctrine of “margin of appreciation”, which was highlighted in several precedents of the ECHR⁵³, in order to defend its position (of banning in vitro fertilization)⁵⁴.

The “margin of appreciation” refers to the “space that a government has in assessing factual situations and in applying the provisions enumerated in human rights treaties”⁵⁵. Developed within the scope of international law from the European level, it highlights “the difficulty in identifying common traditions that embrace the diversity of cultural and legal traditions that each [European Convention on Human Rights] State Party presents”, allowing That the State, based

Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice “on March 15, 2000, although final, could be questioned through an administrative measure – which had been completely rejected by the Court, given that the country did not effectively prove the existence of a specific remedy that could adequately satisfy And effective” the claims of the interested parties (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Case Artavia Murilo et al., V. Costa Rica, Judgment, November 28, 2012, para.). In addition, two other preliminary objections have been alleged, namely: (a) concerning the petition of two victims, which would have been untimely, and (b) in relation to new facts that would have been brought to the file within the scope of Court, without being argued in the Commission’s view – both equally rejected (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Case Artavia Murilo et al., V. Costa Rica, Judgment, November 28, 2012, para. 18-28).

⁵³ For a number of cases, see: ARAI-TAKAHASHI, Yukuta. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002. p. 5-8; SPIELMANN, Dean. *Current legal problems lecture: whether the margin of appreciation? European Court of Human Rights*, 20 Mar. 2014. Available in: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf. Access in 15 Jun. Furthermore, it should be noted that the margin of appreciation is also found in the CJEU, especially in the interpretation and application of European law in state public policies such as those related to the movement of workers, allowing some discretion to the authorities of each State to The application of European law (see HALL, Stephan. *The European Convention on Human Rights and public policy exceptions to the free movement of workers under the EEC Treaty. European Law Review*, v. 16, 1991. p. 474-475; COURT OF JUSTICE. *Roland Rutili v Minister of the Interior (France)* – Case 36/75, Judgment, 28 Oct. 1975. p. 1231).

⁵⁴ Id. Ibid., para. 140. [The State has argued that “the possibility of procreation through in vitro fertilization techniques... does not constitute a right recognized within the scope of [personal] freedom”, and, even if the right to founding a family includes the possibility of procreation, the State should not allow such a possibility at any cost and to. 170 [“the State claimed that ‘the doctrine of moral consensus as a factor of discretion... established that, in order to restrict it, the consensus must be clear and evident.’ In that regard, it argued that: (i) there is ‘no consensus on the legal status of the embryo’; (ii) ‘there is no consensus on the beginning of human life’, (iii) there is therefore no need to give a discretion on the regulation of the technique of IVF [in vitro fertilization]; There are other States that, by legislative omission, allow the practice of (IVF), Costa Rica has lost its margin of appreciation’. It considered that ‘[t]he doctrine of margin of appreciation was extensively developed by the [ECHR]’ and that in the jurisprudence of the Inter-American Court there are some precedents which ‘contemplate the possibility of the State regulating certain matters in accordance with its discretion’”].

⁵⁵ ARAI-TAKAHASHI, Yukuta. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002. p. 2

on its sovereignty, finds a middle ground between its vision and that contained in the legal text (regarding individual protection), denoting “the original understanding that said Convention should be considered subsidiary to the national system”⁵⁶.

Thus, this doctrine enables the State, in a concrete case, to verify how human rights rules will be applied, especially when in conflict with national interests or other moral convictions, balancing international obligations and fundamental precepts of society in particular and of its domestic law⁵⁷. However, the application of such a thesis should not be unrestricted and should be used in conjunction with the principle of proportionality, in order to achieve a balance “between the means employed [by the State] and the objectives pursued by it not to overburden The rights of people in exchange for the common good”⁵⁸. Also, if the impact on the individual right were evaluated, “the national authorities would have discretion to choose the means of action”⁵⁹.

According to the European understanding, therefore, “discretion” would allow Costa Rica, in the exercise of its functions, to adopt measures deemed more appropriate to interpret and/or protect common precepts, given “being in a better position (...) to give an opinion as to the exact content of the rules [which protect individuals]” and stipulate its limits⁶⁰. That would mean a literal interpretation of Article 4(1) of the American Convention on Human Rights, which states that “every person has the right to have his life respected, [and] should [be] protected by law and, generally, from the moment of conception”⁶¹.

Costa Rica defended the position that, depending on the drafters of the Convention in the 1960s, the concept would be the dividing line between the possibility of “disposing” of Article 4(1), in spite of which, procedures such as in vitro fertilization were not even scientifically ventilated⁶². Therefore, according to the Costa Rican argument, any assisted reproduction practice would violate

⁵⁶ ARAI-TAKAHASHI, Yukuta. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002. p. 3.

⁵⁷ TUMAY, Murut. The margin of appreciation doctrine developed by the case law of the European Court of Human Rights. *Ankara Law Review*, v. 5, n. 2, 2008. p. 201.

⁵⁸ ARAI-TAKAHASHI, Yukuta. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002. p. 14

⁵⁹ ARAI-TAKAHASHI, Yukuta. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002. p. 17.

⁶⁰ Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Handyside v. Reino Unido* – Petição n. 5493/72. Julgamento. 33p. Estrasburgo, 7 dez. 1976. p. 17; no mesmo sentido, cf.: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Armani da Silva v. Reino Unido* – Petição n. 55878/08. Julgamento. 70p. Estrasburgo, 30 mar. 2016. p. 63.

⁶¹ BRASIL, Op. cit., art. 4(1).

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 179.

the right to life, which is not a peculiarity that falls on the private sphere of the citizens, but on the state public order, so that its decision of 2000 would be aligned to their convictions.

In reason of this view, if the cross-fertilization sought by Costa Rica were to be pursued in the present case, using the “margin of appreciation”, there would be a notable disregard not only of the American Convention on Human Rights, but also with the American particularities. After all, on the European level, the right to life is guaranteed in Article 2(1), the statute of which guarantees it to any person, since it is protected by law, although the right to respect for private and family life, provided for in Article 8 of the same document, prescribe that “interference by the public authority in the exercise of this right [may occur], except where such interference is provided for by law and constitutes a measure which, in a democratic society, Public security, ... for the protection of health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others”⁶³.

And as the IACHR rightly reasoned, human rights cannot be understood as isolated rules, since the interpretation of these rights must occur in a systematic and evolutionary way⁶⁴, which does not find support only in the European paradigm (here, in the sense of allowing the State to formulate unilateral prescriptions as to its understanding of a given rule⁶⁵), so that its reading should occur from the moment and place where the reader is. This means that if the reader is on the Inter-American level, it is necessary to observe the context and peculiarities of the society in which the interpretative problem is

⁶³ CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 4 nov. 1950. Arts. 2(1) e 8(1)(2).

⁶⁴ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Judgment. Nov 28 2012, for. 191 According to the systematic argument, the rules must be interpreted as part of a whole whose meaning and scope must be determined according to the legal system to which they belong. In this sense, the Court considered that “in giving interpretation to a treaty, not only are the agreements and instruments formally related to it (second paragraph of Article 31 of the Vienna Convention [on the Law of Treaties of 1969]), but Also the system within which it is inscribed (third paragraph of Article 31), that is, International Human Rights Law [particularly, here, in the Inter-American System of Protection]”, and para. 245 [“This Tribunal has stated on other occasions that human rights treaties are living instruments whose interpretation must accompany the evolution of current times and living conditions.”].

⁶⁵ This caveat is pertinent, since the argument put forward here is that the interpretation of the European Convention would allow Costa Rica to maintain the 2000 decision which prohibits in vitro fertilization in the country – rather than in Europe, particularly in the ECHR. Understand that life is born at the moment of its conception. Even because, according to the decision in this case, the ECHR has already stated that “the embryo’s potentiality and ability to become a person requires protection in the name of human dignity without converting it into a ‘person’ with entitled ‘life insurance’ (Case V. V. France) and confirmed the Irish understanding that ‘the concept of a unborn child does not apply to embryos obtained in the context of in vitro fertilization’” (Costa and Pavan v. Italy) (Id. Ibid., Para. 247 and 252).

situated – and not merely to use a Eurocentric discourse, which, in this case, would lead to the situation in relation to private and family life by means of domestic legislation.

FINAL REMARKS

The present article intended to discuss the impact of the growth of international tribunals within the international community. However, differently from other approaches, such as to debate if it collaborates to the fragmentation or the hardening of the international legal system, it intended to bring another discussion into consideration, particularly on whether the communication among tribunals through the “exchange” of jurisprudence tended to maintain the coloniality of international law.

After all, international law is commonly known to be constructed on European basis, chiefly after the events of Westphalia in 1648, concealing much of the developments of other regions, not to mention the violations committed by Europeans due to the colonial structure then presented. However, even after the independence of many nations and the problems the international community faced under two World Wars, international law keeps on having a European/northern approach to discussing themes deemed important and natural to other realities – and not theirs. And this continuance of colonial aspects even after the end of formal domination, called coloniality, are also present in jurisprudence when it circulates from region to region without considering local particularities.

In other words, sometimes, when magistrates use other tribunal’s reasoning in order to confirm their arguments and support the existence of an international rule, they may end sustaining of the coloniality of power and knowledge of northern nations in the international sphere, ending up stretching a local foundations and interpretations to all others, without even noticing that it may marginalize local traditions, especially with regard to Human Rights, in favor of standards that may only be plausible in other situations/regions.

And the *Artavia Murilo et al. v. Costa Rica* case exemplifies this scenario perfectly, as it deals with problems peculiar to Latin American reality, such as gender violence, socioeconomic disparity and, why not, the influence of Catholicism in the formulation of state decisions, which should be examined from local knowledge and not shadowing them through the reproduction of Eurocentric inventions.

As a result, the judgment of the IACHR is very important because it is based on regional differences, so it was used vertical and horizontal cross-fertilization of second order when necessary to corroborate its *ratio decidendi* within the limits

of its reality, not allowing an epistemic closure and consequent silencing Of local developments reflected in the evolutionary interpretation of the American Convention by validation of the arguments brought by Costa Rica – the only country in the region that prohibits *in vitro* fertilization⁶⁶ – based on “borrowed” doctrines that would provide a space for the state to adopt rules disproportionate to individual rights.

And due to of this discussion, this case also becomes an important precedent for international law as a whole, stating that local particularities must be considered when “cross-fertilization” is used, and that technique should not be used blindly and/or unilaterally, in view of the possibility of maintaining the colonial structures of power and knowledge, to the detriment of new interpretations, properly evolutionary and environmentally situated, which should also be considered and not relegated to academic and political marginality as is repeatedly observed.

In other words, it not only contributes to the architecture of an increasingly solid international law, since formed by the most *diverse* sources, but it also avoids the unilateral construction⁶⁷ of an extremely pernicious precedent for the realization of human rights in case of an increase in the use of cross-fertilization in the future.

REFERENCES

- ADENAS, Mads; LEISS, Johan Ruben. Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institution Integration. *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series* n. 2016-20.
- ADJAMI, Mirna E. African Courts, International Law, and Comparative case Law: chimera or emerging human rights jurisprudence? *Michigan Journal of International Law*. Lansing, v. 21, n. 1, 2002.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. O diálogo das fontes: fragmentação e coerência no direito internacional contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, 2008. p. 11-33.
- ARAI-TAKAHASHI, Yukuta. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012, para. 254.

⁶⁷ At this point, it is worth recalling the ICJ’s own argument that the use of the margin of discretion in the case of “Antarctic Whaling”, in reference to Japan’s attempt to rely on its discretion to continue its “Investigations” involving whales in the South Pacific, suggesting that the request for a special authorization to perform acts that endangers a common good is not simply a matter for a State (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan with intervention from New Zealand)*, Judgment, March 31, 2014, to 61).

BRASIL. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 jun. 2017.

BROWN, Chester. The cross-fertilization of principles relating to procedure and remedies in the jurisprudence of international tribunals. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles, v. 30, 2008.

BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, Lansing, v. 24, n. 4, 2001. p. 963-979.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The merits of coordination of international courts on human rights. *International Criminal Justice*, v. 2, 2004.

CHARNEY, Jonathan I. The impact on the international legal system of the growth of international courts and tribunals. *International Law and Politics*, v. 31, 1999

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 4 nov. 1950.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Série A – n. 7, Julgamento. 25 maio 1926.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Artavia Murilo et al. v. Costa Rica*. Julgamento. 28 nov. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin et. al. v. Trinidad e Tobago*. Julgamento. 21 jun. 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile*. Julgamento. 24 fev. 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Ahmadou Sadio Diallo (Guiné v. Congo)*. Julgamento. 30 nov. 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Imunidade Jurisdicional dos Estados (Alemanha v. Itália)*. Julgamento. 3 fev. 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japão c/ intervenção da Nova Zelândia)*. Julgamento. 31 mar. 2014.

DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John. Against foreign law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Boston, v. 29, n. 1, 2005. p. 291-330.

DI STASI, Angela. The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: towards a “cross fertilization”? *Ordine Internazionale e Diritti Umani*. Roma, 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Mamatukolov e Abdurasulovic v. Turquia* – Petições n. 46827/99 e 46951/99. Julgamento. 40p. Estrasburgo, 4 fev. 2005.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Handyside v. Reino Unido* – Petição n. 5493/72. Julgamento. 33p. Estrasburgo, 7 dez. 1976.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Armani da Silva v. Reino Unido* – Petição n. 55878/08. Julgamento. 70p. Estrasburgo, 30 mar. 2016.

EUROPEAN COURT OF JUSTICE. *Roland Rutili v Ministre de l’Intérieur (France)* – caso 36/75. Julgamento. 28 out. 1975.

- FARIA, Lucas A. Martinez. *O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. Monografia (Especialização). 79p. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – São Paulo, 2014.
- GALINDO, George R. Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. v. 1, ago./dez. 2013. p. 67-96.
- GORNEY, Uriel. American Precedent in the Supreme Court of Israel. *Harvard Law Review*, Boston, v. 68, n. 7, maio 1955. p. 1194-1210.
- HALL, Stephan. The European Convention on Human Rights and public policy exceptions to the free movement of workers under the EEC Treaty. *European Law Review*, v. 16, 1991.
- HARDING, Sarah K. Comparative reasoning and judicial review. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 28, n. 2, 2003.
- JACOBS, Francis G. Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice. *Texas International Law Review*, Austin, v. 38, 2003.
- LA FOREST, Gerard V. The use of American Precedents in Canadian Courts. *Maine Law Review*, Portland, n. 46, 1994.
- LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue. *Washington Law Review Association*, v. 86, 2011.
- MACLNTYRE, James M. The use of American cases in Canadian Courts. *University of British Columbia Law Review*, v. 2, n. 3, mar. 1966. p. 478-490.
- MCFADDEN, Patrick M. Provincialism in United States Courts. *Cornell Law Review*, v. 81, n. 1, nov. 1995. p. 4-65.
- NESSEN, Paul E. The use of American Precedents by the High Court of Australia: 1901-1987. *Adelaide Law Review*, v. 14, n. 2, 1992. p. 181-218.
- PARSONS, Ross. English Precedents in Australian Courts. *University of Western Australia Annual Law Review*, v. 1, n. 2, dez. 1949. p. 211-222.
- POCAR, Fausto. The proliferation of international criminal courts and tribunals: a necessity in the Current International Community. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, 2004. p. 304-308.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina*. México: Editorial Itaca, 2013.
- SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the cross-fertilization of international law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, New Haven, v. 1, 1998. p. 85-105.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, Richmond, v. 29, 1994. p. 99-137.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 40, 1999-2000.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. The Real World Order. In: MINGST, Karen A.; SNYDER, Jack L. (eds.) *Essential readings in world politics*. 2. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2004.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 44, 2003.

SPIELMANN, Dean. *Current legal problems lecture: whither the margin of appreciation?* European Court of Human Rights, 20 mar. 2014. Disponível em: www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf. Acesso em: 15 jun. 2017.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R Cardoso. Para além da cooperação tradicional: a positivação do auxílio direito no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 25, v. 100, mar./abr. 2017. p. 263-269.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO DO MAR. *Caso M/V Saiga – N. 2. (São Vicente e Granadinas v. Guiné)*. Julgamento. 1 jul. 1999.

TUMAY, Murut. The margin of appreciation doctrine developed by the case law of the European Court of Human Rights. *Ankara Law Review*, v. 5, n. 2, 2008. p. 201-234.

WATERS, Melissa A. Justice Scalia on the use of foreign law in constitutional interpretation: unidirectional monologue or co-constitutive dialogue. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 12, n. 1, set. 2004.

DÉFICITS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E O FOMENTO À ANTIPOLÍTICA: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS*

DEFECTIVES OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY AND THE PROMOTION OF ANTIPOLITICS: INTRODUCTORY ASPECTS

Rogério Gesta Leal**

Roberta de Moura Ertel***

RESUMO

O objetivo deste trabalho é verificar em que medida os déficits contemporâneos da democracia representativa não estão a ensejar a revisão de algumas de suas premissas e funções, e o fazemos a partir da noção de democracia contrassoberana e Antipolítica. A justificativa dessa proposta se dá pelo fato de que várias manifestações sociais têm polemizado problemas políticos e governamentais a ponto de gerar reações proativas

* Este artigo é o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPq intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, em especial fruto do projeto de pesquisa em andamento sobre sociedade de riscos e democracia radical: a formação de políticas públicas a partir de decisões judiciais, coordenado pelo Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal.

** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor da FMP. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais – REDIR e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: gestaleal@gmail.com.

*** Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Membro do grupo de pesquisa intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal. Advogada. E-mail: roberta.ertel@gmail.com.

dos setores públicos. Demarcamos como problema da abordagem verificar qual o papel de uma cidadania renovada em face daqueles déficits da democracia representativa, e como hipótese a premissa de que é possível pensarmos outras formas de ações políticas enquanto Antipolítica, no intento de promover mudanças no espaço público voltadas para demandas de maiorias. A metodologia utilizada neste trabalho foi a hipotética dedutiva.

Palavras-chave: Democracia representativa; Antipolítica; Cidadania.

ABSTRACT

The objective of this paper is to verify the extent to which contemporary deficits of Representative Democracy are not giving rise to the revision of some of its premises and functions, and we do it from the notion of Democracy Against-sovereignty and Antipolitics. The justification of this proposal is given by the fact that several social manifestations have polemized political and governmental problems to the point of generating proactive reactions from the public sectors. We point out as a problem of the approach to verify the role of a renewed citizenship in the face of those deficits of Representative Democracy, and as a hypothesis the premise that it is possible to think other forms of political actions as Antipolitics, in the attempt to promote public space changes geared to demands of majorities. The methodology used in this work was the hypothetical deductive.

Keywords: Representative Democracy; Antipolitics; Citizenship.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Os regimes formalmente democráticos em termos de história no Ocidente – notadamente sob o prisma da previsão de eleições livres, sufrágio universal, existência de partidos políticos autônomos e garantias constitucionais a esses processos – estão muito presentes em nossas tradições e costumes. Todavia, em muitos deles surgem constantemente a desconfiança e a suspeição relacionadas a determinados procedimentos adotados pela ação política institucional e pessoal dos agentes públicos, gerando reações de desencanto e quebra da fidedignidade por parte da sociedade. O problema é que essas percepções sociais, em regra, não distinguem entre comportamentos antiéticos de políticos e as instituições democráticas e representativas, confundindo em muito Estado e Governo, como se fossem um ente só.

O que pretendemos indagar neste trabalho é se esses cenários depõem contra a democracia, apontando para seu fracasso insuperável enquanto valor universal e regime de governo, e se temos condições de pensar e experimentar, paralelamente à democracia representativa, outras formas de ações políticas mais legítimas e compromissadas socialmente.

DÉFICITS DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A GERAÇÃO DA ANTIPOLÍTICA

A antipolítica, ora entendida como negação da política tradicional desenvolvida por diversos modelos de democracia representativa, é profundamente democrática, eis que expressão de desejos difusos de mais democracia do que a ofertada cotidianamente, potencializada pelos crescentes cenários de quebra de expectativas de maiorias vítimas de desigualdade formal e material no âmbito econômico, político, cultural, gerando o que Stefano D'Andrea chama de democracia bloqueada¹.

A verdade é que a igualdade política formal conquistada pela democracia representativa e parlamentar ao longo da história ocidental, a despeito de importantíssima, não se revela mais suficiente para dar conta, com legitimidade soberana, das demandas sociais contemporâneas, além do fato de que ela mais atendeu a pequena porção da comunidade como um todo, haja vista a falência progressiva dos partidos de massa e mesmo o esvaziamento representativo dos demais, tomados pelo fisiologismo e corrupção, operando-se não raro capturas das instituições políticas por parte de interesses econômicos hegemônicos.

Lembremos desse tema na experiência clássica sempre referida dos gregos, na qual o conceito de democracia envolvia a possibilidade de participação de todos os cidadãos (a despeito de sabermos que o universo de pessoas tidas como cidadãs excluía muitos – estrangeiros, mulheres, comerciantes, escravos – no território grego do século V antes de Cristo²), que se reuniam em praça pública mensalmente para tratar de assuntos públicos e tomar decisões sobre eles, constituindo (na diferença) assembleia de iguais com poderes de ação vinculante nas políticas de governo (*kratos*)³.

¹ D'ANDREA, Stefano. *Dalla democrazia bloccata al blocco della democrazia*. Disponível em: https://www.ariannaeditrice.it/articolo.php?id_articolo=30206. Acesso em: 12 jul. 2018. Sobre o tema dos limites da Democracia, ver o interessante texto de AZZARITI, Gaetano. *A proposito di democrazia e i suoi limiti*. Disponível em: http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201702_626.pdf. Acesso em: 12 jun. 2018. Ver também o texto de CASSESE, Sabino. *La democrazia e i suoi limiti*. Roma: Mondadori, 2017.

² Conforme JAEGGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. Ver também o texto já clássico de VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

³ Por certo que a compreensão sobre a Democracia enquanto regime de governo não era pacífica entre os filósofos gregos, em especial em Aristóteles, haja vista entender que a política é um saber arquitetônico, e portanto não é qualquer pessoa que pode exercê-la, como o povo (destituído deste saber). Assim, para evitar conflitos violentos entre poucos e muitos, é necessário para ele encontrar um compromisso entre as duas partes e instaurar forma de governo intermediário entre oligarquia e democracia. Ver ARISTÓTELES. *Política*. Roma: Laterza, 2007.

As premissas fundantes dessas ações políticas de reunião, debate e deliberação eram (i) a isonomia, enquanto igual faculdade que todos os cidadãos têm de exercitar tais direitos de participação, contribuindo com o governo e com a Comunidade; (ii) a isocracia, no sentido de que todos os cidadãos têm igual poder político, que os habilita a participar; (iii) a isegoria, o igual direito à palavra (de voz e vez) que todos os cidadãos têm nos processos e procedimentos de interlocução na participação, razão pela qual o voto de cada um vale o mesmo na Assembleia decisional⁴.

O problema é que, desde a sociedade grega do século V a.C., já se podia perceber que, nas comunidades em que o poder político era concentrado nas mãos de poucos, também nelas o poder econômico o era. Nessas sociedades até era possível o convívio de pessoas com o exercício do poder pela força, mas sempre eram disfuncionais, seja sob o ponto de vista propriamente social, seja no aspecto da concentração de renda e das exclusões que se impunham. Por tais razões que, para os atenienses, a liberdade reclamava que todos tivessem a possibilidade de exercitar ativamente o poder político; a faculdade de votar para designar aqueles cujos poderes políticos são delegados – mesmo levando em conta as dissonâncias de quem efetivamente podia participar⁵.

Desde então o tema da democracia representativa foi tomando diversas formas e conteúdos, inclusive sofreu dissabores com governos despóticos os mais diversos, civis e militares, mas jamais deixou o cenário da cultura política ocidental.

Nadia Urbinati, ferrenha defensora da democracia representativa, sustenta que, de forma mais contemporânea, esse regime de governo está fundado em quatro princípios neurais: (i) a soberania do povo, expressa mediante a eleição de seus representantes; (ii) a representação como relações de mandatos livres; (iii) mecanismo eleitoral que assegure certo grau de responsabilidade do representante em face da população; (iv) o sufrágio universal, que funda a representação sob o princípio formal e material da igualdade política⁶. Por certo que esses elementos

⁴ Ver o trabalho de FERREIRA, José Ribeiro. *Participação e poder na democracia grega*. Coleção Estudos n. 13. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990, assim como o texto de GLOTZ, Gustave. *A Cidade Grega*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1988.

⁵ Ver o interessante texto de ROBINSON, Edward van Dyke. The division of governmental power in ancient Greece. *Political Science Quarterly*, v. 18, n. 4, p. 614-630 (Dec. 1903). Published by The Academy of Political Science. Lembra Robinson que o conceito de Democracia na Grécia desse período era problemático, pois muito associado com o espontaneísmo social e pouca organização. Na mesma direção, ver o texto de STOCKTON, David. *The Classical Athenian Democracy*. New York: Oxford University Press, 1990.

⁶ URBINATI, Nadia. *Democrazia sfigurata: il popolo fra opinione e verità*. Milano: Università Bocconi Editore, 2017. Ver também, da mesma autora, o livro *Democrazia rappresentativa: sovranità e controllo dei poteri*. Roma: Donzelli, 2010.

constitutivos da democracia representativa não estão em permanente sintonia e equilíbrio; ao contrário, submetem-se a constantes provas e ameaças cotidianas. Mas o problema é que, ainda que funcionassem perfeitamente, operariam sob a lógica da representação institucional, restrita ao Parlamento e aos mandatos do Poder Executivo, deixando de ampliar de maneira mais radical a presença do cidadão no processo de tomada de decisões das escolhas públicas vinculantes⁷.

Aliás, é preciso lembrar que o governo representativo moderno nasce e se desenvolve, na segunda metade do setecentos e no oitocentos, em contraposição à ideia de governo popular. As eleições e os mandatos livres serviram, pois, para obstaculizar o acesso direto ao governo pelas massas⁸. Em plena Modernidade, a perspectiva de pessoas comuns – que não pertenciam as elites econômicas e políticas existentes – participarem de decisões políticas era tida como legítima, restando a essas elites organizar sistema de constituição de espaços políticos institucionais seletivos que estivesse, ao mesmo tempo, comprometido com o ideal de igualdade política formal, e que oportunizasse blindagens de acesso àqueles que não pertencessem aos referidos grupos – pela via de partidos políticos comandados por indivíduos representantes de determinados segmentos econômicos e sociais⁹. Nas palavras do sociólogo e economista inglês Michael Young:

I fondatori del governo rappresentativo moderno sostenevano che il potere andasse delegato a un gruppo di cittadini più illustri e più saggi delle persone comuni e che occorresse evitare che il potere finisse nelle mani del popolo ignorante. Si doveva arrivare a un governo dei migliori scelto per elezione, ad un'aristocrazia elettiva (hoi aristoi in greco significa i migliori) che sostituisse l'aristocrazia ereditaria. Le nuove élite volevano disfarsi delle élite del passato, ma non avevano alcuna intenzione di dare il potere alla gente comune. Il sorteggio, la rotazione e il potere conferito ai non-professionisti della politica erano anatema per loro. Argomentando sulla necessità di scegliere persone illustri per le cariche politiche, assicuravano per se stessi il mantenimento dei privilegi. **(Questo è del tutto analogo all'uso retorico che le élite fanno oggi della meritocrazia per difendere i loro privilegi.)**¹⁰.

⁷ Aprofundamos melhor esse tema em nosso texto LEAL, Rogerio Gesta. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

⁸ Ver o texto de CERUTTI, Carlo. *La rappresentanza politica*. Roma: Edizione Nuova Cultura, 2010. Ver também o texto de MATTEUCCI, Nicola. *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*. Torino: Il Mulino, 2016.

⁹ Ver o texto de MEZZARROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2004. Na mesma direção outro texto do autor, chamado *Introdução do direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁰ YOUNG, Michael. *L'avvento della meritocrazia*. Roma: Di Comunità, 1961. p. 18. Grifo nosso.

Devemos recordar também, porque importante na evolução do conceito de democracia ocidental moderna, como alguns de seus elementos históricos constitutivos foram se transformando radicalmente, como o de consenso enquanto base da legitimidade política, haja vista que, na perspectiva de John Locke, é seletivo, pois se funda na premissa de que as pessoas comuns, ainda que autorizadas a participar das eleições como votantes, não deveriam ter acesso a cargos políticos que demandam qualificações técnicas e profissionais diferenciadas, sendo então seus votos a ferramenta que evidenciaria o consenso de adesão em quem escolhem¹¹.

O bom governo, segundo Locke, não tem necessidade de buscar identidades entre governantes e governados, tampouco de sucessividade, mas tão somente que governados deleguem as decisões aos governantes, isto porque (com base nessa antidemocrática rejeição dos princípios de governo atenienses anteriormente vistos) governantes e governados constituem grupos e sujeitos separados, daí derivando em boa medida as premissas pragmáticas de vários sistemas de representação política cotidianos, sob o argumento evasivo da profissionalização da política e do político.

Se formos ver a história de formação do regime político norte-americano, em especial em suas bases fundacionais (*Federalist Papers*), há também referências extremamente negativas à democracia, identificada com governo com forte controle popular, eis que, na perspectiva de Madison, os espetáculos de tumultos e rivalidades gerados por esses regimes evidenciam que os governos populares e a manutenção da segurança pessoal e do direito de propriedade são intrinsecamente incompatíveis, constituindo as ações populares verdadeiro risco de opressão, algo que o bom governo deve evitar, sob pena de perder o controle político da gestão dos interesses públicos (economia, mercado e livre-iniciativa)¹². Na mesma linha de reflexão vamos encontrar Hamilton, ainda mais antidemocrático, descrevendo a democracia como uma doença e um veneno, sendo necessário proteger os grandes proprietários da legislatura popular. Na condição de Secretário do Tesouro americano de seu tempo, Hamilton tinha a função de defender os interesses econômicos dos grandes empresários norte-americanos de medidas pró-devedores que beneficiavam consumidores comuns – e por vezes insolventes¹³.

¹¹ LOCKE, John. *Second treatise of government*. London: Jonathan Bennett 2017. p. 32 e s.

¹² Nesse sentido o texto de CHOPER, Jesse H. Thoughts on the Federalist vision of representative democracy as viewed at the end of the twentieth century: how have we used the legacy of the *Federalist Papers*. 16 *Harvard Journal Law & Public Policy*, 35 (1993). Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=facpubs>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹³ CHOPER, Jesse H. Thoughts on the Federalist vision of representative democracy as viewed at the end of the twentieth century, cit.

Por esses elementos podemos ver que o escopo dos pais fundadores da democracia na América do Norte, ao fim e ao cabo, era o de controlar/regular o governo no sentido de impedir que as alavancas do poder acabassem nas mãos do povo. Os governos populares constituíam ameaças para os grandes empresários daquela quadra histórica, e os governantes fundacionais, pertencentes a esses segmentos econômicos e sociais, faziam de tudo para que o regime de governo adotado pela Federação, inobstante o alargamento do sufrágio, se afastasse o mais longe possível da ameaça popular.

Em outras palavras e historicamente, as eleições nos preâmbulos da história política dos EUA foram o principal mecanismo de distanciamento do povo em relação ao governo, pois vencer eleições exigia acesso a grandes recursos econômico-financeiros e às redes de poder já consolidadas, e somente os membros das elites referidas – e aqueles que de forma servil se agregavam a eles – tinham alguma possibilidade de vitória eleitoral. Isso era ainda mais evidente quando as eleições se davam em contextos e escalas amplas, situação muito comum tendo em vista os distritos eleitorais imensos que foram formatados pelos fundadores, justamente para transferir muitas competências dos Estados para a Federação, menos acessível ao povo¹⁴.

Por certo que o risco de capturas (corporativas, econômicas, corruptivas, ilícitas) dos representantes eleitos pelo voto popular sempre foi e continua sendo enorme, e essa tendência não tem enfraquecido ao logo do tempo, ao contrário. Isso fez com que somente pessoas ricas e poderosas – ou seus serviços – tenham conseguido acesso ao poder político institucionalizado (ao menos, de modo geral, até a primeira metade do século XX). A partir da segunda metade do século XX é que vamos ver mudanças nesses espaços de representação política parlamentar e no Executivo, abrindo-se oportunidades para segmentos sociais mais populares chegarem ao poder, todavia estes criam com o tempo novas formas de captura, desviante de compromissos divorciados com as demandas sociais de massa, pois os segmentos econômicos e sociais mais poderosos encontram formas sedutoras de negociar seus interesses com os representantes do povo.

As situações de captura que referimos foram antevistas por teóricos como Maquiavel, quando lembrava que toda a sociedade deve estar atenta aos conflitos distributivos que recorrentemente se dão entre elites socioeconômicas e pessoas comuns, pois é fundamental oportunizar às segundas a possibilidade de intervir no governo de modo a conter o poder abusivo que as primeiras

¹⁴ Ver o texto de BRETON, Albert; GALEOTTI, Gianluigi; SALMON, Pierre and WINTROBE, Ronald (Ed.). *Rational foundations of democratic politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

costumam exercer¹⁵. Maquiavel justamente chama aquela elite de grandes, nobres, poucos; e as pessoas comuns designa como os de maior número, a multidão, escrevendo no “Príncipe que: In ogni città si truovono questi dua umori diversi; e nasce, da questo, che il popolo desidera non essere comandato né oppresso da grandi, e grandi desiderano comandare et opprimere el popolo”¹⁶.

E a crítica do autor italiano se justifica pelo argumento de que as elites usam seus domínios e poderes para extrair recursos das pessoas comuns e para manter suas posições de privilégios; as pessoas comuns, por sua vez, desejam não ser oprimidas, querem ser deixadas em paz, não sendo submetidas à condição de vítimas dos apetites daqueles.

Nos discursos sobre a primeira década de Tito Lívio é que a veia mais republicana e democrática de Maquiavel se evidencia, pois volta a fazer críticas agudas à forma centralizada e discriminatória do exercício de poder que as elites imprimem em governos de seu tempo – concentração de poder econômico e político, que em regra andam muito próximos, pois, como quer Maquiavel, “le due facce indissolubili della dominazione”¹⁷. É muito claro a Maquiavel (o que se repete, por exemplo, em John Locke e em vários liberais modernos) que as elites hegemônicas costumeiramente se postam contra a vontade popular de participação política e de serem incluídas na tomada de decisões que vinculam a todos.

O debate a propósito daqueles que são para Maquiavel os melhores aspectos da República na Antiga Roma são fundamentais para compreender os elementos de sua posição favorável ao povo, eis que argumenta que esta ofereceu importante exemplo para a política, a despeito de que imperfeito, ao gerar sistema político no qual mesmo aqueles que não pertencem às elites podem participar do governo, e por vias institucionais. Essa participação é necessária para os fins de frear os ímpetos dos poderosos, cujas ações são em regra privadas de limites e controles que impõem, não raro, incisivos e graves prejuízos tanto às pessoas comuns como à própria República¹⁸.

¹⁵ Ver o texto MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sul a prima decada di Tito Livio*. Napoli: Daltatrice, 1978. Na mesma direção e do mesmo autor: *Il Principe e discorsi*. Milano: Universale Economica Feltrinelli. 1981; e *Dell'arte della guerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

¹⁶ MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe e discorsi*, cit., p. 37.

¹⁷ MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sul a prima decada di Tito Livio*, cit., p. 21.

¹⁸ Maquiavel tem claro que mesmo a República Romana não era uma Democracia em termos de abertura total à participação popular, pois o governo tinha caracteres prevalentemente oligárquicos, nas mãos dos Senadores, os quais controlavam as instituições políticas mais importantes. Todavia, os aspectos democráticos a que faz referência são encontrados nas magistraturas populares da Constituição mista da Roma republicana, que garantia aos cidadãos poderes de reação às decisões tomadas pelos setores mais altos da sociedade. Em algumas circunstâncias, essa Constituição reconhecia a esse cidadão poder propositivo de legislação de interesse da

Maquiavel nos mostra, ainda que em contexto de marcada polarização socioeconômica, ser possível e necessário instituir corretivos populares para tentar conter politicamente as oligarquias – sempre presentes na política; e, para tanto, impõe-se contar com Constituição que demarque bem quem deve ter reserva abundante de poder político – a soberania popular, em especial –, reconhecendo-lhe legitimidade para intervir eficazmente em face das decisões políticas que a todos afetam e mesmo diante dos desvios de poder ou abusos de autoridade dos grupos sociais mais poderosos economicamente.

John McCormick tem destacado essas perspectivas de Maquiavel mais contemporaneamente, asseverando de forma provocativa que o autor italiano é democrático em sentido classista, pois na República romana o povo constituía-se de fato como classe social; era a classe de todos aqueles que não pertenciam ao Senado, ou à nobreza, ou à aristocracia. Ou seja, as instituições romanas que Maquiavel descreve positivamente são classistas, na medida em que dão poderes àquele povo tomado como classe distinta das elites¹⁹. E a relação entre esses segmentos sociais, para o pensador italiano, dá-se a partir da compreensão positiva e fenomenológica, atribuindo aos movimentos políticos de ação e reação do povo o sucesso da República romana, pois eles sempre implicavam (re)posicionamentos dos segmentos do Senado, da Monarquia e da complexa Constituição Mista. Como nos dizem Del Savio e Mameli:

La tesi di Machiavelli era sicuramente sorprendente agli occhi dei suoi contemporanei, che erano familiari con la teoria politica comunale che identificava nella concordia civile uno dei valori supremi del buon governo. Machiavelli condanna fermamente, come fanno altri, le lotte, spesso sanguinose, tra fazioni diverse dei grandi, ma vede come essenziale al buon governo la discordia che dà al popolo la motivazione per opporsi ai potenti²⁰.

Ainda hoje a luta entre oligarquias globais tem gerado efeitos destrutivos à democracia e à própria humanidade (*ex vi* as guerras sanguinárias provocadas por diversos tipos de interesses, econômicos, étnicos, raciais, religiosos), ao mesmo tempo que provoca estigmatizações perversas no sentido de criticar posturas de divergência e protesto contra governos sem participação social, criminalizando inclusive alguns deles²¹.

comunidade. Ver o texto de SASSO, Gennaro. Polibio e Machiavelli: costituzione, potenza, conquista. In: *Colonna studi su Machiavelli*. Napoli: Morano, 1967. p. 223-280.

¹⁹ MCCORMICK, John. *Machiavellian democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, em especial a partir do item “Peoples, Patricians, and the Prince”, p. 21 e s.

²⁰ DEL SAVIO, Lorenzo; MAMELI, Matteo. *Controsovranità: la democrazia oltre la democrazia rappresentativa*. Milano: Feltrinelli, 2015. p. 15.

²¹ Usamos a expressão “oligarquia” aqui no sentido de estar o governo em sua dimensão pragmática nas mãos de poucos, que definem quais as prioridades e tarefas centrais a serem desenvol-

Citemos somente os casos de: (i) guerra no Congo, que se arrasta desde 1994, e pode ter produzido quase um milhão de mortes, por causa de exploração de diamantes, cobre, cobalto, ouro e nióbio; (ii) guerra na Síria, com mais de duzentos mil mortos; (iii) guerra no Egito, Líbia, Iêmen; (iv) guerra na Ucrânia. Todos esses movimentos envolvem, direta ou indiretamente, tráfico de armas, pessoas, exploração de petróleo e minerais, ao mesmo tempo que não se encontram em agendas globais adequadas de debate e reflexão.

Lembremos que Maquiavel sempre defendeu a inadequação de acusar movimentos populares de possuírem tendência violenta e opressiva, bem como de que seriam irracionais, inconfiáveis, inconstantes e ignorantes, isso pelo argumento de que “la moltitudine è più savia e più costante di un principe”²². Para o autor italiano, o fator mais importante na demarcação da política democrática é o interesse prioritário que os cidadãos comuns têm na liberdade e a desconfiança em relação àqueles que lhes podem ameaçar – *sentimentos* defendidos um século depois, nos albores do pensamento liberal.

Ou seja, não é nova a tese de que é preciso, permanentemente, confrontar as imperfeições dos governos com o controle social (pela via da denúncia, do protesto, do monitoramento crítico, por meio das mídias etc.), a partir do que, se não constituem alternativas mais estruturadas ao modelo de poder e seu exercício vigente, vão gerando sensibilizações de alteridade da política que, em avanços e recuos, podem provocar mudanças também positivas e proativas. E tenhamos claro, nem sequer estamos sustentando que essas sinergias possam formatar estruturas e sistemas de poder nos quais governantes iluminados gestionem desinteressada e virtuosamente o poder; ao contrário, a premissa é a de que há tendências históricas (por causas econômicas, religiosas, raciais, étnicas) de que a organização matricial e funcional do poder se dê de maneira concen-

vidas. Ver o excelente texto de BAUTISTA, Oscar Diego; MENDOZA, Berenice de Alba. Oligarquias disfarçadas de democracias: uma crítica a las democracias contemporâneas. *Espacios Públicos*, Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, v. 15, n. 34, p. 138-151, maio-ago. 2012. Ver também o texto de BABOUR, Vivian Legname. *STF e a desobediência civil: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009; e FON FILHO, Aton. *Criminalização dos movimentos sociais: democracia e repressão dos direitos humanos*. In: BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (Org.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo: Estação das Artes, 2008.

²² MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sul a prima decada di Tito Livio*, cit., p. 58. Por certo que o autor reconhece que faltam à população em geral virtudes e competências técnicas e políticas para o exercício do poder político, mas também tem claro que a ambição e o desejo de poder desenfreados das elites fazem com que olvidem princípios republicanos de compromisso social, e por isso se apresentam mais perigosos do que a vontade popular. Diferente de Francesco Guicciardini, que sustentava a importância de as elites não permitirem serem dominadas por maiorias totalitárias, como se pode ver no texto de VIVANTI, Corrado (a cura). *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio seguiti alle Considerazioni intorno ai discorsi del Machiavelli di Francesco Guicciardini*. Torino: Giulio Einaudi, 2000.

trada e assim continue, razão pela qual a democracia popular está sempre em risco, reclamando da população toda sorte de atenção e mobilização.

E isso tudo se justifica porque a democracia representativa quase sempre vem marcada pela hegemonia de determinados grupos e interesses fragmentados da sociedade, o que não a caracteriza como defeituosa ou perversa, porque ela evidencia conjuntos de relações de força e pressão das mais diversas ordens que existem no cotidiano das vidas das pessoas, o que a coloca sempre em risco/perigo de ser capturada de forma unilateral por alguns dos projetos de vida, excluindo outros (geralmente os daqueles que não possuem força política significativa), tudo mediado pelo Estado e seus órgãos institucionais (parlamento, executivo, burocracia, sistema de justiça), que foram assaltados por esses protagonistas.

A partir dessas premissas, podemos dizer que o poder econômico e financeiro deste século XXI alçou a condição também de poder político e ideológico, irradiando seus postulados a estruturas organizacionais e operacionais das relações humanas e institucionais: (i) marca distintiva do comportamento individual global é o excesso irracional de consumo daquilo que o mercado oferece, divorciado muitas vezes de demandas reais, pois vítimas de induções fundamentalistas de propagandas e *marketing* comprometidos somente com o lucro e aumento concentrado de capital; (ii) esse cidadão-consumidor não se vê sensibilizado pelas demandas coletivas de sua comunidade, pois está muito preocupado em atender às suas próprias; (iii) o Estado desenvolve políticas mais privadas do que públicas, pois pressionado para, de um lado, dar conta de infraestrutura para o crescimento econômico (mesmo que divorciado do desenvolvimento social); de outro, ausenta-se de campos neurais a efetivação de Direitos Fundamentais Individuais e Sociais (saúde, segurança, educação)²³.

Sem sombra de dúvida que esses fenômenos foram dando vezo ao esvaziamento de estímulos à participação política popular mais tradicional, pela via dos partidos políticos, das eleições, dos movimentos sindicais, das associações de classe, desencorajando tentativas de massa para dar vida a forças e ações antagonistas estruturadas que possam, ou se opor, ou confrontar/controlar aqueles sujeitos que se apossaram do Estado e do Governo.

É certo também que, em contextos nos quais os recursos econômico-financeiros encontram-se sempre concentrados – por razões meramente instrumentais de poder –, as distinções entre os poucos e os muitos deve ganhar tónus diferido na reflexão política e institucional, pois, sem essas distinções, corremos o risco de perder de vista conflitos distributivos fundamentais que precisam estar presentes em sociedades marcadas por diferenças abissais (econômicas, culturais, educacio-

²³ Abordamos esses temas em nosso LEAL, Rogerio Gesta. *Estado, Administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

nais); e, se isso ocorre, negamos igualmente as condições de possibilidade para criarmos/experimentarmos novos instrumentos à promoção de governos democráticos, os quais deverão, inexoravelmente, tratar de forma diferente os diferentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia contemporânea reclama governos que operem a favor de muitos, o que implica conviver e gestar desequilíbrios econômicos, culturais, políticos e institucionais os mais diversos, notadamente tendo em conta a força política material significativa que as elites do mercado têm em virtude dos recursos de que dispõem. Quando existem grandes desigualdades sociais inexistente espaço efetivo para o exercício da democracia de muitos sem equilíbrios substanciais e formais entre os sujeitos históricos que compõem a arena pública. Na falta desses equilíbrios, os cidadãos não têm possibilidade de exercitar controles eficazes sobre as instituições políticas e seus operadores/manipuladores. E mais, na ausência do reconhecimento político-institucional dessas distinções entre poucos e muitos é improvável que aqueles equilíbrios possam ser perseguidos²⁴.

Podemos até pensar em medidas de contrabalanceamento entre poucos e muitos na democracia como forma de ação afirmativa, discriminação positiva que se apresenta como contrapeso à tendência da sociedade a polarizar-se entre poucos que dominam e muitos que são dominados, e de aceitar como natural discursos que associam direitos individuais fundamentais com aqueles relacionados diretamente a segmentos sociais totalmente incluídos nos modelos paradigmáticos de vida liberal patrimonialista, superavitária, consumista ao extremo, pautados pela lógica de mercado livre para homens livres (com recursos para o exercício dessa liberdade)²⁵. Mas isso não é o suficiente, pois grande parte dos modelos de democracia representativa já o faz.

²⁴ Como lembram DEL SAVIO, Lorenzo; MAMELI, Matteo. *Controsovranità*, cit., p. 2: “Il tipo di controbilanciamento di cui si ha bisogno in un determinato contesto è determinato dalla natura dei rapporti di dominazione e dipendenza a cui si vuole porre rimedio. In alcuni casi, per ridistribuire libertà occorre intervenire in aiuto di una minoranza, ma nel caso del conflitto distributivo fondamentale occorre intervenire in aiuto di una maggioranza. Il discorso secondo cui le minoranze (e le élite in quanto minoranze) necessitano di speciale protezione dalla ‘tirannia della maggioranza’ fa parte dell’elaborazione moderna degli argomenti a proposito delle libertà individuali, un’elaborazione di parte oligarchica. Ma, anche qui, si può salvaguardare la libertà senza cadere in trappola. Non tutte le minoranze sono uguali. Alcune minoranze hanno bisogno di essere protette, ma viste le tendenze delle società umane alla disuguaglianza economica e politica, i molti hanno anch’essi bisogno di essere protetti dal potere concentrato nelle mani dei pochi”. Grifo nosso.

²⁵ Nesse sentido, ver os textos de: (i) LIPOVETSKY, Gilles. *Métamorphoses de la culture libérale*. Montreal: Éditions Liber, 2000; (ii) LIPOVETSKY, Gilles. *La société de déception*. Paris: Éditions Textuel, 2006.

Então, que formas devem assumir esses contrabalanceamentos? Seguramente todas as formas possíveis, organizadas e espontâneas. Ou seja, para além da profissionalização da política formatada pela cultura liberal do século XVIII, justamente para ter maior controle restritivo sobre as ações dos governos, temos de pensar no reconhecimento necessário da legitimidade de outros protagonismos não institucionalizados que, ademais de interagir nos espaços públicos, têm se empoderado comunitariamente como veiculadores de demandas ou mesmo denúncias/protestos que operam pressões e fomentam mudanças em políticas²⁶.

Por certo que temos de igualmente repensar a tradição do chamado mandato livre, que caracteriza muitas experiências de representação política parlamentar e partidária – inclusive no Brasil –, e a partir do qual inexistia sanção para os parlamentares eleitos em sistemas de partidos que se divorciam das decisões partidárias e mesmo dos compromissos assumidos junto com seus eleitores, daí se falar remédios para essa situação como legislaturas mais curtas, eleições mais frequentes, limites de reeleição, mecanismos de *recall* e *impeachment*, permitindo aos eleitores sancionar os eleitos quando se afastam de seus compromissos, ou seja, criando ferramentas que façam os partidos e eleitos dependerem de forma mais direta de seus eleitores²⁷.

De qualquer maneira, o que aqui estamos reforçando é a ideia de que sempre é importante a apropriação legítima do exercício do poder político por parte do maior número de pessoas e suas representações – formais ou não – para a ocupação da arena dos debates sobre políticas e gestão de interesses coletivos. E isso implica radical revisão das instituições políticas da democracia, sempre na direção de potencializar, de um lado, a responsabilidade política da representação (em todos os seus níveis), com excesso de transparência, prestação de contas,

²⁶ Como nos tem mostrado ROSANVALLON, Pierre. *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006. Na mesma linha, Nadia Urbinati, que inclusive refere: “in una democrazia rappresentativa che funzioni come dovrebbe, occorrono processi informali che permettano agli elettori di indirizzare e intervenire sull'operato degli eletti tra un'elezione e l'altra. Deve esistere la possibilità per i cittadini di presentarsi (metaforicamente) ai cancelli del palazzo, per protestare contro le decisioni, azioni e omissioni degli eletti (governo o parlamento che sia) e proporre alternative. Urbinati lo chiama il potere negativo dell'opinione e sostiene che sia un potere che deve fermarsi ai cancelli del palazzo: gli eletti devono tenerne conto, ma allo stesso tempo devono mantenere la libertà di poter decidere autonomamente”. URBINATI, Nadia. *Democrazia rappresentativa: sovranità e controllo dei poteri*. Roma: Donzelli, 2010. p. 49.

²⁷ Ver o excelente trabalho de CRONIN, Thomas E. *Direct democracy: the politics of initiative, referendum, and recall*. Cambridge: Harvard University, 1999. Ver também o texto de URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, 67:191-228, 2006. Da mesma autora, ver os textos: (i) *Liberi e uguali*: contro l'ideologia individualista. Bari: Laterza, 2011; (ii) *Democrazia sfigurata: il popolo tra opinione e verità*. Milano: Università Bocconi Editore, 2014.

mecanismos imediatos de sancionamentos eficazes; de outro lado e de forma concomitante, radicalizar a apresentação política da soberania popular em todas as instâncias e momentos de debate, deliberação e execução de políticas públicas²⁸.

E isso se revela ainda mais importante em contextos nos quais os eleitos pela soberania popular são facilmente capturáveis por forças corporativas e econômicas geralmente ilícitas, tanto que, se não reeleitos, são absorvidos pelos segmentos que favoreceram durante seus mandatos, haja vista o contingente de contatos e influências que ainda podem gerar para estes – fenômeno que a literatura política chama de *revolving doors*²⁹. Essas situações todas fomentam, em termos de sociedade, perspectivas negativas muito impactantes, justamente porque atingem os níveis de confiança nos representantes e nas instituições representativas – (com)fundindo esses dois protagonistas –, fazendo com que igualmente diminuam radicalmente as possibilidades de participação política ativa/reactiva, abalada que está a Comunidade pela lógica do que se tem chamado TINA (*there is no alternative*)³⁰.

A ausência de alternativas no nível parlamentar ou mesmo por parte do Poder Executivo, gerada e usada por quem deseja manter o atendimento de demandas mais privadas do que públicas, que molda certa estrutura e funcionamento de Poder (portanto, trata-se de projeto político ordenado), é fator singular que leva grande parte da cidadania a posturas **antipolíticas**, fomentando comportamentos de abstenção e indiferença à participação ativa no espaço público, esmorecendo até mesmo o potencial de indignação, crítica, protestos e denúncias que poderiam de alguma maneira contribuir para a mudança desses cenários.

Outro elemento importante que reclama constante atenção para repensarmos as possibilidades da democracia é o que diz respeito à **opinião pública**, pois não raro ela é objeto também de captura por parte de determinados grupos sociais mais hegemônicos sob o ponto de vista econômico, cultural, estético etc., fazendo com que as potencialidades positivas e negativas do contrapoder dos cidadãos esmoreçam em face de manipulação desorientadora de informações falsas ou distorcidas, o que desmobiliza e mesmo fragiliza as condições de suas participações. Ou seja, “nella misura in cui la formazione dell’opinione pubblica è manipolata, la possibilità che essa svolga un’efficace azione di vigilanza e di contestazione dell’operato degli eletti è depotenziata”³¹.

²⁸ Temos esse debate ampliado no texto LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*, cit.

²⁹ Ver o texto de BAUMGARTNER, Frank R.; LEECH, Beth L. *Basic interests: the importance of groups in politics and in political science*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

³⁰ Como quer CAROTHERS, Thomas. *Confronting the weakest link: aiding political parties in new democracies*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

³¹ DEL SAVIO, Lorenzo; MAMELI, Matteo. *Controsovranità*, cit., p. 19.

Temos de ter em conta que a explosão dos meios de comunicação de massa, físicos e virtuais, têm revolucionado também positivamente o conceito de jornalismo e de informação – fazendo reservas ao fenômeno crescente das chamadas *fake news*³². A despeito dos problemas referidos, a verdade é que tais mídias têm contribuído para as possibilidades de expansão do controle, vigilância e denúncia de atos e fatos detratores dos interesses efetivamente públicos da população, praticados seja pelo mercado, seja pelas instituições governamentais³³.

Por fim, seguramente que a democracia representativa brasileira tem fomentado muito mais o afastamento da cidadania do espaço público do que a atraído para a participação.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Roma: Laterza, 2007.

AZZARITI, Gaetano. *A proposito di democrazia e i suoi limiti*. Disponível em: http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201702_626.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

BABOUR, Vivian Legname. *STF e a desobediência civil: um olhar sobre a atuação dos movimentos sociais na luta pela terra*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009.

BAUMGARTNER, Frank R.; LEECH, Beth L. *Basic interests: the importance of groups in politics and in political science*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

BAUTISTA, Oscar Diego; MENDOZA, Berenice de Alba. Oligarquias disfrazadas de democracias. Una crítica a las democracias contemporáneas. *Espacios Públicos*, v. 5, n. 34, Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México, p. 138-151, maio-ago. 2012.

BRETON, Albert; GALEOTTI, Gianluigi; SALMON, Pierre; WINTROBE, Ronald (Ed.). *Rational foundations of democratic politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CAROTHERS, Thomas. *Confronting the weakest link: aiding political parties in new democracies*. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

CASSESE, Sabino. *La democrazia e i suoi limiti*. Roma: Mondadori, 2017.

CENTER FOR DEMOCRACY AND GOVERNANCE BUREAU FOR GLOBAL PROGRAMS. *The role of media in democracy: a strategic approach*. Field Support, and

³² Sobre o tema, ver o excelente texto de DEB, Anamitra; DONOHUE, Stacy; GLAISYER, Tom. *Is social media a threat to democracy?* Disponível em: <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2018.

³³ Ver o texto *The role of media in democracy: a strategic approach*, publicado pelo Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development Washington, D.C. Disponível em: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/2496/200sbc.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2018.

Research U.S. Agency for International Development Washington, D.C. Disponível em: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/2496/200sbc.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2018.

CERUTTI, Carlo. *La rappresentanza politica*. Roma: Edizione Nuova Cultura, 2010.

CHOPER, Jesse H. Thoughts on the Federalist vision of representative Democracy as viewed at the end of the twentieth century: How have we used the legacy of the *Federalist Papers*. *16 Harvard Journal Law & Public Policy*, 35 (1993). Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=facpubs>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CRONIN, Thomas E. *Direct democracy: the politics of initiative, referendum, and recall*. Cambridge: Harvard University, 1999.

D'ANDREA, Stefano. *Dalla democrazia bloccata al blocco della democrazia*. Disponível em: https://www.ariannaeditrice.it/articolo.php?id_articolo=30206. Acesso em: 12 jul. 2018.

DEB, Anamitra; DONOHUE, Stacy; GLAISYER, Tom. *Is social media a threat to democracy?* Disponível em: <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads/2017/10/Social-Media-and-Democracy-October-5-2017.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2018.

DEL SAVIO, Lorenzo; MAMELI, Matteo. *Controsovranità: la democrazia oltre la democrazia rappresentativa*. Milano: Feltrinelli, 2015.

FERREIRA, José Ribeiro. *Participação e poder na democracia grega*. Coleção Estudos n. 13. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990.

FON FILHO, Aton. Criminalização dos movimentos sociais: democracia e repressão dos direitos humanos. In: BUHL, Kathrin; KOROL, Claudia (Org.). *Criminalização dos protestos e movimentos sociais*. São Paulo: Estação das Artes, 2008.

GLOTZ, Gustave. *A Cidade Grega*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1988.

JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. *La société de déception*. Paris: Éditions Textuel, 2006.

LIPOVETSKY, Gilles. *Métamorphoses de la culture libérale*. Montreal: Éditions Liber, 2000.

LOCKE, John. *Second treatise of government*. London: Jonathan Bennett 2017.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Discursi sul a prima decada di Tito Livio*. Napoli: Daltriccè, 1978.

MACHIAVELLI, Niccolò. *I Principe e discorsi*. Milano: Universale Economica Feltrinelli, 1981.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Dell'arte della guerra*. Milano: Giuffrè, 1987.

- MATTEUCCI, Nicola. *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*. Torino: Il Mulino, 2016.
- MCCORMICK, John. *Machiavellian democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- MEZZAROBA, Orides. *Partidos políticos: princípios e garantias constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2004.
- MEZZAROBA, Orides. *Introdução do direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- ROBINSON, Edward van Dyke. The division of governmental power in ancient Greece. *Political Science Quarterly*, v. 18, n. 4, p. 614-630 (Dec. 1903). Published by The Academy of Political Science.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006.
- SASSO, Gennaro. Polibio e Machiavelli: costituzione, potenza, conquista. In: *Colonna studi su Machiavelli*. Napoli: Morano, 1967.
- STOCKTON, David. *The Classical Athenian Democracy*. New York: Oxford University Press, 1990.
- URBINATI, Nadia. *Democrazia rappresentativa: sovranità e controllo dei poteri*. Roma: Donzelli, 2010.
- URBINATI, Nadia. *Democrazia sfigurata: il popolo fra opinione e verità*. Milano: Università Bocconi Editore, 2017.
- URBINATI, Nadia. *Democrazia rappresentativa: sovranità e controllo dei poteri*. Roma: Donzelli, 2010.
- URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, 67:191-228, 2006.
- URBINATI, Nadia. *Liberi e uguali: contro l'ideologia individualista*. Bari: Laterza, 2011.
- URBINATI, Nadia. *Democrazia sfigurata: Il popolo tra opinione e verità*. Milano: Università Bocconi Editore, 2014.
- VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. Rio de Janeiro: Difel, 2002.
- VIVANTI, Corrado (a cura). *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio seguiti alle Considerazioni intorno ai discorsi del Machiavelli di Francesco Guicciardini*. Torino: Giulio Einaudi, 2000.
- YOUNG, Michael. *L'avvento della meritocrazia*. Roma: Di Comunità, 1961.

Data de recebimento: 04/09/2018

Data de aprovação: 15/02/2019

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CURSOS DE DIREITO NO RIO GRANDE DO SUL

CHILD AND ADOLESCENT LAW IN LAW COURSES IN RIO GRANDE DO SUL

*André Viana Custódio**
*Leonardo Jensen Ribeiro***

RESUMO

O artigo objetiva a análise de 37 cursos de direito do Estado do Rio Grande do Sul para a verificação da existência da disciplina de Direito da Criança e do Adolescente, investigando ainda em quais condições são ministradas essas disciplinas. Pela análise das ementas dos cursos, verificar-se-á se estão inclusos na grade das disciplinas ofertadas pelas instituições, já que indispensáveis para a formação dos operadores do direito. A abordagem é hipotético-dedutiva, pois verifica as ementas dos cursos e a partir daí chega à conclusão quanto ao efetivo cumprimento das diretrizes do MEC pelos cursos de Direito. O procedimento é monográfico, com pesquisas bibliográficas de autores das áreas do direito da criança e do adolescente e também da área de ensino jurídico, bem como documental, com a análise das ementas. Ao final, o artigo demonstra que a maioria dos cursos de Direito ou não oferta a disciplina ou o faz de maneira optativa ou parcial, gerando prejuízo significativo à formação dos bacharéis em Direito.

Palavras-chave: Cursos de Direito; Direito da Criança e do Adolescente; Grades curriculares.

* Coordenador adjunto e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha (US). Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. E-mail: andreviana.sc@gmail.com.

** Mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Participou do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens GRUPECA/Unisc. Servidor concursado do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul desde 2013. E-mail: ljribeiro@tj.rs.gov.br ou leojensenribeiro@hotmail.com.

ABSTRACT

The article aims to do an analysis of 37 Law courses in the state of Rio Grande do Sul, to verify the existence of the discipline of Child and Adolescent Law, investigating also under what conditions those disciplines are executed. Through the analysis of the curricular grades of Law disciplines, it will be verified if they are inserted in the curricular grades offered by the institutions, since its indispensability to the formation of operators of Law. The approach is hypothetical-deductive, since it verifies the menus of the courses and, from there, it reaches the conclusion of the effective compliance of the guidelines of MEC by Law courses. The procedure is monographic, with bibliographic research in the field of child and adolescent law, and also in the field of legal education, and also documental, with the analysis of the menus. In the conclusion, the article shows that the majority of Law courses either do not offer the discipline or do it in an optional or partial manner, causing significant prejudice to the formation of law graduates.

Keywords: Law courses; Child and Adolescent Law; Curricular grades.

INTRODUÇÃO

O objeto de pesquisa do presente artigo é a análise das ementas e regimentos de 37 cursos de Direito ministrados em instituições do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando verificar a presença da disciplina de Direito da Criança e do Adolescente nestes cursos.

O artigo visa, com esse tema, buscar nas ementas e regimentos dos 37 cursos de Direito se há a inserção da disciplina de Direitos da Criança e do Adolescente, já que distam mais de 20 anos da elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os objetivos específicos são analisar a obediência das ementas ao marco da teoria da proteção integral, a importância do ensino jurídico de tal matéria e a análise crítica dos cursos de Direito pesquisados.

Mais de 20 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, tantos anos discutindo o direito de crianças e adolescentes, que não se resume ao Estatuto, mas nele se encontra a teoria da proteção integral, forte instrumento para a exigência da inclusão no ensino jurídico dos cursos de Direito, e, mesmo assim, já que os direitos das crianças e adolescentes datam de muito antes da existência desses textos legais, os cursos de Direito ainda não se adequaram ao ensino das disciplinas de Direito da Criança e do Adolescente.

Não é incomum ver disciplinas nomeadas Estatuto da Criança e do Adolescente, ou Direito da Infância e Juventude. No primeiro caso, acaba-se por limitar uma disciplina com enorme escopo em uma legislação específica, ignorando todo o aparato histórico e todas as lutas anteriores que levaram à própria redação de tal legislação.

Acontece que a formação dos operadores do Direito necessita cada vez mais de matérias específicas, e não meras generalizações ou inserções desnecessárias em outras disciplinas com carga horária reduzida. O Direito da Criança e do Adolescente, por sua exigência em provas externas, posteriores à formação dos operadores do Direito, mas também por sua importância histórica e legislativa, com obediência dos ditames da teoria da proteção integral, merece estudo pormenorizado e, no mínimo, em igualdade com outras disciplinas no que se refere à carga horária e formação dos operadores que a lecionam.

Por muitos anos os Direitos de Crianças e Adolescentes foram relegados a um patamar secundário, quase desimportante, no entanto trabalham os direitos de milhões de pessoas, sujeitos de direitos reconhecidos pela Constituição Federal, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, que necessitam de um olhar mais cauteloso. O trabalhar com crianças e adolescentes de maneira adequada pode e evita violações de direitos que acabam por inferiorizar essas pessoas ou colocá-las à margem da sociedade.

Para a elaboração do artigo, são utilizados o método de abordagem analítico e o método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, esta última principalmente pela análise minuciosa das ementas e regimentos de cada uma das instituições pesquisadas, escolhidas em razão de serem instituições detentoras de cursos de Direito, e, mais especificamente, por terem suas ementas e regimentos publicados na internet, o que facilita a pesquisa e o detalhamento em tabelas dos resultados obtidos.

A abordagem se dará pela explicação da razão da necessidade do ensino do Direito da Criança e do Adolescente, no marco da teoria da proteção integral, bem como pela exigência crescente desse conteúdo em concursos e provas de capacitação para o exercício da advocacia, entre outras funções, em comparação com a importância dada ou não pelas universidades, centros universitários, faculdades e institutos em seus cursos de Direito.

Dessa maneira se pode compreender mais sobre a formação dos operadores do Direito e se essa formação está completa ou insuficiente no que diz respeito ao ensino jurídico da disciplina de Direito da Criança e do Adolescente nos 37 cursos de Direito analisados no Estado do Rio Grande do Sul.

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS CURSOS DE DIREITO: OBEDIÊNCIA À TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E AOS DITAMES DA LEI

O Direito da Criança e do Adolescente não se resume ao Estatuto da Criança e do Adolescente. No Brasil ele vem de lutas e disparidades sociais muito anteriores ao Estatuto. Aliás, foram essas circunstâncias que fomentaram sua criação.

Nessa ideia existe um marco, que é o da teoria da proteção integral, base fundamental para que se compreendam as garantias de direitos de crianças e adolescentes.

É concebida no primeiro artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente, reprisando-se no terceiro. A expressão “proteção integral” aparece em quatro vezes no Estatuto da Criança e do Adolescente e serve como marco teórico para o estudo do Direito da Criança e do Adolescente.

Custódio (2008, p. 23) afirma que a teoria da proteção integral é o paradigma da observância do olhar mais atento para a infância no Brasil. Primeiro a Constituição Federal e, logo posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente carregam em si a responsabilidade por esse reconhecimento da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, das crianças e adolescentes.

Reconhecer que crianças e adolescentes possuem uma condição peculiar por estarem em desenvolvimento constante faz com que a legislação também tenha um olhar mais atento, garantindo a prioridade absoluta para essas pessoas.

Carvalho (2011, p. 99) aduz que a convivência humana produz novas manifestações de relacionamento entre os indivíduos, desenvolvendo técnicas de aproximação e melhorando o contato entre as pessoas. A evolução dos direitos de crianças e adolescentes pode ser explicada nesse sentido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma revolução no Direito, mas, se se observar, não completou ainda trinta anos.

É claro que a própria nação esteve em colapso por mais tempo enquanto república do que no controle de seu governo, enfrentou mais de uma vez e por períodos muito longos ditaduras, e, quando conheceu uma situação semelhante a uma democracia, logo entrou em um processo de *impeachment*. Ao ver de alguns doutrinadores, não existia tempo para pensar em crianças e adolescentes no período.

Ainda, de certa forma, mantém-se o desinteresse pelo estudo mais aprofundado dos direitos de qualquer pessoa, pois a detenção do poder por uns poucos mantém os demais alienados, desconhecedores de seus direitos e, assim, impossibilitados de reclamá-los. Foucault (2007, p. 11-12) diz que esses detentores de poder usam suas fontes como verdades absolutas, com a contribuição de intelectuais, para dar mais veracidade e fingir ser desnecessário que outros se aprofundem também ou sequer pensem em qualificação.

Sobre a necessidade do estudo do Direito, de maneira cautelosa e pormenorizada, há que referir que o papel dos profissionais que o lecionam é demonstrar suas peculiaridades, sua profundidade e sua efetividade quando da aplicação na sociedade, para que não haja dissociação completa entre o que é discutido na academia e o que se aplica diariamente na execução da legislação pátria (SARTORI, 2015, p. 171).

Com o princípio de que as crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, que devem ter prioridade na formulação e execução de políticas e também nos atendimentos, a teoria da proteção integral, a legislação que voltou seu olhar para os direitos de juventude, iniciou-se em um período em que houve evolução da consciência da relevância da matéria.

Como refere Custódio (2015, p. 8), “a consolidação no cenário jurídico, político e institucional dos direitos da criança e do adolescente requer a superação dos mitos culturais e de melhor aprofundamento teórico [...]”, isso por parte de todos, sejam juristas, estudantes de Direito, estudantes de outros cursos de graduação e a sociedade em geral, para melhor receptionar e compreender esses direitos.

Portanto, estudar o Direito da Criança e do Adolescente em cursos de Direito não é só uma obrigação legal, mas também uma obrigação moral de respeito à história, além de ser necessário posteriormente para o exercício de qualquer função ligada ao direito, seja pela obediência aos ditames da proteção integral no que tange à prioridade absoluta, seja agindo para a aplicação de medidas de proteção.

Como diz Gorczewski (2009, p. 216), “a educação está consagrada como um direito fundamental amplamente reconhecido na maioria das constituições dos Estados Modernos e por textos internacionais relativos aos direitos humanos”.

Portanto, não há óbice para a aplicação da disciplina de direito da criança e do adolescente em sua integralidade nos cursos de Direito, ainda que diante da necessidade de redirecionamento ou redimensionamento das grades curriculares.

Pelo contrário, conforme demonstrado, o ensino dos direitos de crianças e adolescentes é uma obrigação legal tanto no nível nacional quanto em tratados e convenções internacionais. Diante disso, a atenção ao tema aqui exposto é obrigação dos operadores do direito que exerçam a função de professores ou daqueles que exerçam funções que possibilitem a coordenação de cursos de Direito.

A IMPORTÂNCIA DO ENSINO JURÍDICO COMPLETO PARA OS DISCENTES

A Lei n. 12.881 de 12 de novembro de 2013, dispõe sobre “a definição, qualificação, prerrogativas e finalidades das Instituições Comunitárias de Ensino Superior – ICES”. Entre suas prerrogativas está a de oferecer serviços de interesse público, seja como alternativa ou em conjunto com órgãos públicos estatais, e nesses serviços se incluem o ensino superior de qualidade e bem embasado nas demais legislações (BRASIL, 2013).

No entanto, como ressalta Ranieri (2006, p. 127), quanto mais a lei procura disciplinar e regulamentar o ensino superior, menos parece capaz o Estado de aumentar seu escopo de ação e de mobilização dos instrumentos de que já dispunha. Nesse sentido, vê-se que o Direito, como curso de graduação, não cumpre sua função de ensino de forma plena.

Morais (2011, p. 104-105) afirma que estamos longe do ensino superior de que necessitamos, mas acrescenta que esse ensino passa pelo incremento das universidades, pelo afastamento da ideia do consumismo e pelo foco no conteúdo a ser debatido. Quanto mais foco no lucro há, principalmente no caso das universidades privadas, menos cuidado com a elaboração dos currículos existe, prejudicando os discentes que saem das instituições sem saber o básico para qualquer habilitação no Direito.

Até porque, como é de observar, o Direito é, até a presente data, o único curso superior que, finalizado, não habilita para absolutamente nada, pois qualquer função que necessite da graduação em Direito, ou seja, do bacharelado em Direito, é preciso realizar uma prova que a anteceda, seja ela pública ou privada. Não existe mais a figura do rábula como ideia oficial, e o advogado, para estar habilitado, precisa da aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Já para as funções públicas é necessário o concurso, e mesmo funções em cargo de confiança, que são de livre escolha, têm elaborado provas de seleção em vez de indicações.

Conforme diz Bauman (2005, p. 19),

Sempre há uma coisa a explicar, desculpar, esconder ou, pelo contrário, corajosamente ostentar, negociar, oferecer e barganhar. Há diferenças a serem atenuadas ou desculpadas, ou, pelo contrário, ressaltadas e tornadas mais claras. As identidades flutuam no ar, algumas de nossa própria escolha, mas outras infladas e lançadas pelas pessoas em nossa volta, e é preciso estar em alerta constante para defender as primeiras relações e as últimas.

Entre essas legislações está a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que dispõe em seu art. 1º que a educação abrange processos formativos, desenvolvidos na vida familiar, na convivência humana, ou seja, comunitária e societária, no trabalho, dentro das instituições de ensino e pesquisa, inserto nos movimentos culturais (BRASIL, 1996).

Em suas premissas, remonta à responsabilidade compartilhada da família e do Estado, afirmando que está na incumbência dos docentes zelar pela aprendizagem dos alunos, e que a educação, especialmente na área do ensino superior, deve “estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente” além de “suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional” (BRASIL, 1996).

Diante disso, não há por que ocultar ou deixar de ensinar o Direito da Criança e do Adolescente, tratando-se de obrigação dos cursos de Direito sua inclusão. Afinal, trata-se de disciplina cobrada em concursos públicos para a Magistratura, de condição para a obtenção da carteira de advogado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, além de ser conteúdo de concursos para o Ministério Público, Defensoria Pública, polícias e outros setores.

Esclarece Moraes (2011, p. 26):

Sabe-se que todo tipo de generalização é leviano. No entanto, creio não haver exagero em dizer que, em extensa medida, a sociedade de homens e mulheres vazios é já um fato de fácil constatação. Nos níveis mais elementares do ensino, muitas escolas, em nome de um construtivismo equivocado, deixam de ensinar com sistema; excessos de lúdico substituem o trabalho intelectual; dá-se o nome de pesquisa às cópias da internet ou das enciclopédias.

Afinal, preconiza Freire (2000, p. 155), “ninguém caminha sem aprender a caminhar, sem aprender a fazer o caminho caminhando, refazendo e retocando o sonho pelo qual se pôs a caminhar”.

A REALIDADE DOS CURSOS DE DIREITO NO RIO GRANDE DO SUL QUANTO À EXISTÊNCIA DAS DISCIPLINAS DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A realidade da aplicação nos cursos de Direito nas 37 instituições entre faculdades, centros universitários e universidades analisadas demonstra que o Direito da Criança e do Adolescente ou é completamente ignorado ou relegado à condição de supérfluo, salvo raros casos.

A primeira tabela a ser analisada é a que considera o número de instituições analisadas *versus* o número de instituições que possuem qualquer menção à criança e adolescente em seus currículos.

Tabela 1 – Instituições que possuem qualquer menção à criança e adolescente em seus currículos

Total de cursos analisados	Possuem menção ao Direito da Criança e do Adolescente
37	23

Como se vê, há quinze instituições que nem sequer têm em seus quadros a disciplina de Direito da Criança e do Adolescente. A informação possui ainda mais significado quando se analisa de que forma a disciplina relativa aos Direitos da Criança e do Adolescente é tratada. Há diversas distorções, encurtamentos da disciplina e também leituras errôneas sobre sua nomenclatura e seu conteúdo.

A tabela seguinte demonstra, dentre as universidades que possuem menção aos direitos da criança e do adolescente, quais delas tratam a disciplina como algo abrangente como efetivamente o é e quais delas a tratam pura e simplesmente como o estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou até abrangendo outros temas, como direitos dos idosos e pessoas com deficiência.

A Tabela 2 demonstra o claro descaso com a disciplina de Direito da Criança e do Adolescente no Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista que, em relação à Tabela 1, demonstra uma majoritária porção de instituições com o ensino desse Direito. Aqui se vê de maneira pormenorizada que ele é mitigado, parcamente ensinado e relegado a segundo plano em grande parte dos cursos de Direito.

Tabela 2 – Forma de apresentação da disciplina nos cursos de Direito no Rio Grande do Sul

Total de cursos	Estatuto da Criança e do Adolescente	Inserido em outras disciplinas	Disciplinam Direito da Criança e do Adolescente
23	4	6	13

Aqui se vê claramente uma distorção do ensino nos cursos de Direito ministrados no Rio Grande do Sul. São quatro as instituições, dentre 23, que ainda ministram algum tipo de aula com a nomenclatura Estatuto da Criança e do Adolescente. São seis as que ministram o direito da criança e do adolescente inserto em uma cadeira mais abrangente, que trata dos direitos dos idosos e de pessoas com deficiência.

Passados mais de 20 anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é raro que se lhe atribua significância, até porque ele a detém, mas muitas outras determinações, legislações esparsas e orientações vieram. Além disso, há que verificar que segmentar a disciplina meramente como o estudo da legislação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente é prejudicial para a aprendizagem dos futuros operadores do Direito.

Diz Ranieri (2006, p. 150) que

As paixões (e mesmo os preconceitos) que incidem sobre o tratamento jurídico da autonomia universitária no Brasil denotam um claro jogo de poder entre o poder central, entidades mantenedoras e instituições mantidas, e não a discussão de uma política educacional. Esse é um jogo marcado pela tradição centralizadora do governo federal, e potencializado pelo desconhecimento ou pouca importância, que os atores envolvidos atribuem a seu conteúdo jurídico e à sua formulação histórica, a despeito da atual previsão constitucional [...].

Prejudicial, pois o Estatuto não faz menção, a não ser pela revogação, aos Códigos de Menores que vigoraram no país, nem a todo o aparato histórico que está por detrás da aprovação do Código e todas as circunstâncias ocorridas antes de sua existência. É como se o Direito da Criança e do Adolescente fosse resumido a essa legislação e tivesse nascido dela, nada tendo existido antes. A história se apaga por completo nessas circunstâncias.

A Educação é um dos mais complexos desafios da sociedade contemporânea. Está ligada à conquista da cidadania, à consolidação das democracias, à participação social, à inserção no mundo do trabalho, à capacidade de inovar e produzir novos conhecimentos, à convivência pacífica e à tolerância, à qualidade de vida, entre tantos outros aspectos (TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2014, p. 8).

Também é interessante observar, que dentre os 23 cursos que abordam de alguma maneira o direito da criança e do adolescente, muitos o fazem de maneira optativa, ou seja, a cadeira pode ou não abrir para determinados alunos; dependerá do interesse na inscrição e de um número mínimo de alunos inscritos, segundo o regulamento de cada instituição.

Isso quer dizer que muitas turmas podem passar pelo curso de Direito sem que tenham qualquer contato com o direito da criança e do adolescente, quiçá com os direitos de juventude, ou seja, apagam da existência o direito de pessoas até 29 anos de idade, no que tange às disposições das legislações em comento.

Assim, o trabalho nessa perspectiva requer do docente competências e habilidades profissionais necessárias para a adoção de didática e metodologia adequadas ao atendimento dessa finalidade da educação. Dentre as competências, destaca-se a competência técnica, que implica necessariamente no domínio do conhecimento específico da atuação profissional (LIMA e MACEDO, 2010, p. 7).

A próxima tabela demonstra, dentre esses cursos, quais deles tratam a disciplina como optativa ou com carga horária reduzida, ou seja, em quais deles a disciplina não ocupa sequer um semestre inteiro do curso, sendo por vezes de caráter bimestral. Aqui não se considerou a inserção de outros nichos do direito conjuntamente com o direito da criança e do adolescente, nem a amplitude do que era ensinado, mas puramente o fato de serem completas ou parciais as disciplinas ministradas.

Observe-se nessa circunstância o grande número de instituições que relegam o Direito da Criança e do Adolescente a mero acessório.

Tabela 3 – Classificação da disciplina na grade do curso de Direito

Total	Optativas	Carga horária reduzida	Optativas e reduzidas em soma
23	7	7	14

Veja-se que, das 23 instituições que ministram algum tipo de ensinamento sobre direito da criança e do adolescente, 14 fazem isso de maneira incompleta, sete tornam a cadeira optativa, e, portanto, rara ou inexistente, e outras sete tratam a disciplina com inferioridade, com carga horária reduzida.

Isso pode levar à reflexão também de que há clara ausência de tempo, possivelmente tratando muito superficialmente a parte histórica do Direito da Criança e do Adolescente ou nem abordando esse viés. Parte-se novamente para uma leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente como a única legislação possível e existente.

O ensino dos direitos da criança e do adolescente em uma disciplina integral, igualitária, que ocupe tanto tempo quanto outra disciplina o faria, com professor qualificado para tanto, é essencial para a formação dos operadores do Direito, para seu futuro na atuação como profissionais liberais, concursados ou até mesmo consultores de órgãos públicos ou empresas privadas.

Isso para não ocorrer o que Romão (2015, p. 32) chama de filosofia do tapete, na qual as elites dominantes, diante da ocorrência de diversos atos infracionais ou de mazelas da sociedade violada, passam a, além de manter o desinteresse já habitual, como violadores de direitos, inventar fatores para culpar os violados por essas circunstâncias.

CONCLUSÕES

Com a análise de 37 instituições que ministram o curso de Direito no Rio Grande do Sul e a verificação das tabelas, conclui-se que há uma distância muito grande entre o que prevê a legislação pátria e o que atendem ou não os cursos de Direito.

Não há espaço para argumentos como a falta de tempo para a adaptação das grades curriculares, pois isso já aconteceu diversas vezes desde 1990, ano do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o prejuízo para os estudantes de Direito é muito grande. Há questões desse conteúdo nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil e nos concursos públicos.

Também há o exercício diário da advocacia ou de funções públicas que lidem com o Direito da Criança e do Adolescente, já que o profissional formado e aprovado em concurso ou no Exame da Ordem presume-se perito nas questões

jurídicas, mas como pode sê-lo se nem sequer teve as disciplinas necessárias? Não há nenhuma condição de um advogado sem base teórica passar a atuar com maestria junto aos Juizados da Infância e Juventude.

As instituições devem se aprimorar para abordar os temas do Direito da Criança e do Adolescente, não de forma superficial, não de forma estatutária, sedimentada em uma única legislação. Devem organizar suas estruturas curriculares para tal finalidade, pois o Direito não pode ignorar essa área, as crianças e adolescentes, pelo próprio princípio da proteção integral.

Passou da hora de haver modificações nas estruturas curriculares. Muitos já foram prejudicados por essa ausência, mas ainda é possível e imperativo fazê-lo, e cabe aos professores e responsáveis pelos cursos de Direito suscitar o tema em suas instituições, não só para respeitar a legislação em vigor, mas também para inserir mais humanidade e reflexão nos discentes.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19394.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. *Lei n. 12.881, de 12 de novembro de 2013*. Dispõe sobre a definição, qualificação, prerrogativas e finalidades das Instituições Comunitárias de Educação Superior – ICES, disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12881.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. Função social dos tributos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I.

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CENECISTA DE FARROUPILHA – CESF/CNEC. Disponível em: http://faculdadefarroupilha.cneec.br/wp-content/uploads/sites/150/2016/02/2017_NOVA-MATRIZ_DIREITO_-pers-3.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.

CESUCA – FACULDADE INEDI. Disponível em: http://www.cesuca.edu.br/file/docs/matriz_curricular_2017_2_DIR.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.

CUSTÓDIO, André Viana. As atribuições dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente para controle e efetivação das políticas públicas. In: COSTA, Marli

- Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.
- CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da criança e do adolescente*. Criciúma: Unesc, 2009.
- CUSTÓDIO, André Viana. *Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente*. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22- 43, 2008 [online]. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 20 out. 2018.
- ESTÁCIO FARGS. Disponível em: <http://portal.estacio.br/graduacao/direito>. Acesso em: 10 out. 2018.
- FACENSA/CNEC GRAVATAÍ. Disponível em: <http://faculdadegravatai.cneec.br/wp-content/uploads/sites/127/2016/01/Site-Curri%CC%81culo-CNEC-2016-2.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.
- FACULDADE ANHANGUERA. Disponível em: http://cms.anhanguera.com/storage/web_aesa/g_cadastro_apoio/g_curso_graduacao/DIREITO.pdf. Acesso em: 12 out. 2018.
- FACULDADE ANTÔNIO MENEGHETI – AMF. Disponível em: http://www.faculdadeam.edu.br/Content/upload/graduacao/Matriz_Curricular_por_forma%C3%A7%C3%A3o_Direito_AMF.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.
- FACULDADE CENECISTA DE OSÓRIO – FACOS/CNEC. Disponível em: <http://facos.edu.br/graduacao/direito/artigo/37>. Acesso em: 11 out. 2018.
- FACULDADE DOM ALBERTO. Disponível em: <http://www.domalberto.edu.br/cursos/direito/>. Acesso em: 12 out. 2018.
- FADERGS. Disponível em: <https://www.fadergs.edu.br/graduacao/direito#estrutura>. Acesso em: 10 out. 2018.
- FADISMA. Disponível em: <http://www.fadisma.com.br/ensino/graduacao/direito/curriculo/>. Acesso em: 13 out. 2018.
- FAMES. Disponível em: <http://fames.edu.br/direito/disciplinas>. Acesso em: 12 out. 2018.
- FAPA. Disponível em: http://www9.fapa.com.br/arquivos/curricular/direito_base_curricular.pdf. Acesso em: 10 out. 2018.
- FEEVALE. Disponível em: <http://www.feevale.br/graduacao/direito/estrutura-curricular>. Acesso em: 12 out. 2018.
- FERNANDES, Rodrigo Flores. *Direitos de juventude: análise das políticas públicas no Brasil contemporâneo*. Dissertação (Mestrado) – Santa Cruz do Sul: Unisc, 2013. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=106380. Acesso em: 13 out. 2018.
- FISUL. Disponível em: https://www.fisul.edu.br/download/Matriz_Curricular_2018_Direito/files/documents/541760f51cfa4f0dc98d84a76e00fcf1.pdf. Acesso em: 11 out. 2018.
- FMP. Disponível em: http://www.fmp.com.br/imgs_upload/matriz%20curricular.pdf. Acesso em: 14 out. 2018.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. FREIRE, Paulo. *Pedagogia da esperança*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FSG – FACULDADE SERRA GAÚCHA. Disponível em: [http://fsg.br/file/docs/Direito%20\(formatada\).pdf](http://fsg.br/file/docs/Direito%20(formatada).pdf). Acesso em: 15 out. 2018.

FTEC/IBGEN. Disponível em: <http://www.ibgen.com.br/uploads/files/2017/07/curso-superior-em-direito-18072017.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

FURG. Disponível em: <http://www.direito.furg.br/index.php/coordenacao-direito/projeto-politico-pedagogico/258-projeto-politico-pedagogico-do-curso-de-direito-2013>. Acesso em: 13 out. 2018.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

IESA/CNEC. Disponível em: <http://cnecsan.cnec.br/wp-content/uploads/sites/22/2015/04/Matriz-Curricular-Direito-2016.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

IMED. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/Estrutura%20Curricular%20Direito%20POA\(1\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/Estrutura%20Curricular%20Direito%20POA(1).pdf). Acesso em: 10 out. 2018.

IPA METODISTA. Disponível em: <http://ipametodista.edu.br/direito/curriculo-do-curso/ingresso-no-1o-semestre/>. Acesso em: 10 out. 2018.

LIMA, Dinorá de Souza; MACEDO, Roberto Gondo. *ECA 20 anos: o papel do ensino superior na formação e fomento de políticas públicas integradas*. Universidade Metodista, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/ECA%2020%20ANOS.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

MORAIS, Regis de. *Um abominável mundo novo?: o ensino superior atual*. São Paulo: Paulus, 2011.

PUCRS. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/curso/bacharelado-em-direito/#curriculos>. Acesso em: 11 out. 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. In: MALNIC, Gerhard; STEINER, João E (org.). *Ensino superior: conceito e dinâmica*. São Paulo: USP, 2006. p. 125-150.

ROMÃO, José Eustáquio. A educação superior e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ABREU, Janaina; PINI, Francisca; VIEIRA, Ana Luisa (org.). *Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2015 (recurso eletrônico). p. 30-35. Disponível em: http://www.paulofreire.org/Livro_ECA.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

SÃO JUDAS TADEU. Disponível em: <http://www.saojudastadeu.edu.br/faculdade/graduacao/direito>. Acesso em: 12 out. 2018.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Considerações sobre transformação social e direito em Marx e Engels: sobre a necessidade de uma crítica decidida ao “terreno do direito”. In: GIACOBBO, Guilherme Estima; LIPPSTEIN, Daniela; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *Políticas públicas, espaço local e marxismo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014.

- UCPEL. Disponível em: <http://direito.ucpel.edu.br/sobre-o-curso/curriculo/>. Acesso em: 12 out. 2018.
- UCS. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/portalcursos/130/>. Acesso em: 11 out. 2018.
- UFSM. Disponível em: <https://portal.ufsm.br/ementario/disciplina.html;jsessionid=4e90b00a82987b0b4ddb1afb27bf?idDisciplina=75672>. Acesso em: 11 out. 2018.
- ULBRA. Disponível em: <http://www.ulbra.br/canoas/graduacao/presencial/direito/bacharelado/matriz>. Acesso em: 15 out. 2018.
- UNIFIN. Disponível em: <http://saofranciscodeassis.edu.br/Areas/Admin/Arquivos/2015%20Grade%20Curr%C3%ADcular%20Direito%20-%20atualizada%20em%202016.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.
- UNIJUÍ. Disponível em: <http://www.unijui.edu.br/estude/graduacao/cursos/direito-bacharelado>. Acesso em: 15 out. 2018.
- UNILASSALE. Disponível em: <http://unilasalle.edu.br/canoas/graduacao/direito/>. Acesso em: 14 out. 2018.
- UNIRITTER. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/files/editor/files/horarios-2017-1-porto-alegre-noite.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.
- UNISC. Disponível em: <http://www.unisc.br/pt/cursos/todos-os-cursos/graduacao/bacharelado/direito/disciplinas>. Acesso em: 10 out. 2018.
- UNISINOS. Disponível em: <http://www.unisinios.br/images/modulos/graduacao/disciplinas/grade-curricular/GR14001-002-005.pdf>. Acesso em: 16 out. 2018.
- UNIVATES. Disponível em: <http://www.univates.br/graduacao/direito/disciplinas>. Acesso em: 15 out. 2018.
- UPF PASSO FUNDO. Disponível em: <https://secure.upf.br/apps/academico/curriculo/index.php?curso=3610&curriculo=1>. Acesso em: 11 out. 2018.
- URCAMP. Disponível em: <http://graduacao.urcamp.edu.br/disciplinas.php?id=451341>. Acesso em: 10 out. 2018.
- URI SANTO ÂNGELO. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/sites/site_novo/?page_id=480. Acesso em: 16 out. 2018.

Data de recebimento: 06/11/2018

Data de aprovação: 28/05/2019

DIREITO DE INFORMAÇÃO E FAKE NEWS NAS REDES SOCIAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

RIGHT TO INFORMATION AND FAKE NEWS IN SOCIAL NETWORKS IN THE INFORMATION SOCIETY

Roberto Senise Lisboa*

André Faustino**

Rogério Dirks Lessa***

RESUMO

O direito de informação é um direito fundamental insculpido na Constituição Federal e possui cada vez mais destaque quando inserido nas aplicações de internet. Já as *fake news* são um fenômeno recente quando inseridas nas redes sociais, que surgem dentro do contexto sociedade da informação e que evidenciam a efemeridade das relações das pessoas com a informação ou notícia, com a necessidade da veracidade dessa informação ou com a busca da verdade em relação ao emissor de uma notícia. Nos dias atuais esse direito fundamental e esse conceito interagem constan-

* Livre-docente e doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação nas FMU. Professor emérito de Direito Civil do Curso de Graduação nas FMU. Professor de Direito Internacional do Curso de Graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Titular da cadeira n. 67 da Academia Paulista de Direito (APD) (patrono Silvio Romero). Cofundador da Comunidade dos Juristas da Língua Portuguesa (CJLP). Graduado em Direito pela USP. Aprovado nos concursos de professor titular em Direito Civil da USP. E-mail: roberto.lisboa@fmu.br.

** Mestrando em Direito na Sociedade da Informação nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Bacharel em Direito pela FMU. Especialista em Direito Imobiliário pela FMU. Bacharel em Música pela Faculdade Mozarteum de São Paulo (FAMOSP). Especialista em Direito Civil pela FMU. Curso de extensão em *Compliance*. Curso de extensão em *Compliance e Lei Anticorrupção* pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Especialista em Direito Digital aplicado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Extensão em Direito Digital pela FAAP. Extensão em *Law and Economics of Media Plataforms* – University of Chicago – The Law School. Advogado. E-mail: faustindoadv01@gmail.com.

*** Advogado. Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Assessor técnico da Superintendência do Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza (CEETEPS). E-mail: rlessa2010@gmail.com.

temente, fazendo surgir um cenário de incertezas quanto à credibilidade e à veracidade das informações inseridas nas redes sociais, que acabou por se tornar a fonte principal de informações para a opinião pública. É nesse contexto que o presente trabalho buscará apresentar os principais pontos de colisão desses dois institutos nas redes sociais.

Palavras-chave: Direito de informação; *Fake news*; Sociedade da informação; Redes sociais.

ABSTRACT

The right to information is a fundamental right inscribed in the Federal Constitution and is increasingly prominent when inserted within internet applications. The fake news is a recent phenomenon when inserted within social networks, which arise within the context of society information and that evidence the ephemerality of the relations of the people with the information or news, with the necessity of the veracity of this information or with the search of the truth in relation to the issuer of a news. Nowadays, this fundamental right and concept constantly interact, giving rise to a scenario of uncertainties as to the credibility and veracity of information inserted in social networks, which has become the main source of information for public opinion. The present work will seek to present the main points of collision of these two institutes within the social networks.

Keywords: Right to information; Fake news; Information society; Social networks.

INTRODUÇÃO

Ao fazer uma análise de como se dão as relações no interior das aplicações de internet inseridas no contexto da sociedade da informação, é possível identificar uma série de questões atuais que surgem, por exemplo, o discurso do ódio, a exposição exacerbada da intimidade, novas possibilidades de relacionamentos, dentre outros. É evidente que o exercício do direito fundamental da informação figura entre essas questões, devido à característica que esse novo tipo de interação possui, ao permitir que qualquer pessoa conectada a essas redes sociais realize comentários, exponha seu ponto de vista sobre qualquer assunto ou possa ser um ponto de divulgação de informação, atingindo um número considerável de pessoas a depender da extensão de sua rede de contatos. Essa liberdade no ambiente de internet, nas redes sociais e mais especificamente no contexto da pós modernidade¹ ou modernidade tardia, dá origem ao conceito da pós-verdade, mais especificamente das *fake news*, que vêm ganhando destaque. Antes o que se via era apenas a famosa divisão entre verdade e mentira, verdadeiro e falso, porém hoje em dia essa dicotomia acabou se estendendo para verdade, meia verdade, mentira ou meia mentira, e essa elasticidade entre o que é verdade ou mentira é que é o cerne da pós-verdade enquanto conceito.

As relações estabelecidas nas redes sociais, dentro do contexto da pós-modernidade e na sociedade da informação, são marcadas pela fluidez, pela liquidez e pela efemeridade, Nada é feito para durar para sempre, contribuindo para que os indivíduos interligados nessas redes sintam-se motivados ou encorajados a manifestar suas opiniões sobre qualquer tema, transformando a liberdade de expressão em garantia efetiva desses discursos, dessas opiniões. A manifestação do pensamento é a materialização dessa liberdade, que pode ocorrer por meio de uma criação artística, cultural ou de uma simples opinião. Por outro lado, existe o direito à informação (direito de informar e ser informado), outro direito fundamental insculpido na Constituição Federal do Brasil, que se aproxima mais do conceito de pós-verdade, embora este último não represente compromisso algum com o sentido de verdade ou credibilidade da informação que se tem como referência nos dias atuais, trazendo consigo um apelo mais emocional e menos racional. Neste a sensação ou a opinião pessoal na construção da informação é mais válida do que os fatos reais, do que os dados efetivos ou do que o próprio evento ocorrido em si, servindo de base para a formação do que hoje se entende como opinião pública. A própria crise na identidade na pós-modernidade contribui para essa maior sensação de liberdade de expressão do indivíduo, nesse sujeito individualizado e que possui uma falsa capacidade de maior abstração do mundo ao seu redor, fruto da velocidade e liquefação das relações.

Em um primeiro momento pode surgir um conflito entre direitos fundamentais, de um lado figurando a liberdade de expressão e do outro a liberdade de informação, sendo necessária a ponderação de interesses para a solução desse possível conflito. No entanto, em uma análise mais minuciosa, verifica-se que na verdade surge a possibilidade de interação entre o direito de informação e a pós-verdade ou as *fake news*, enquanto manifestação desse direito de informação, no sentido de mitigação do que se entende por verdade, ou seja, aquilo que é baseado em fatos ou realidade dá lugar à especulação, à informação falsa ou àquela informação distorcida que não tem compromisso algum com a verdade. A informação passa a ser baseada em meras percepções e sensações ou até mesmo manipulada para determinado fim, porém protegida sob o manto constitucional da liberdade de expressão, que é utilizada como forma de legitimar a propagação de mentiras ou meias verdades. As eleições presidenciais dos Estados Unidos, no ano de 2016, deixaram evidente essa possibilidade de utilização da pós-verdade como ferramenta de direcionamento da opinião pública em relação ao então candidato Donald Trump, atribuindo a ele uma série de discursos e informações falaciosas, que só foram possíveis devido à efemeridade da informação e à possibilidade de qualquer um transformar-se em emissor de notícias ou de informações, sem o compromisso com a verdade.

Por fim, o propósito deste modesto trabalho é buscar evidenciar o aparente conflito entre o direito de informação, enquanto direito fundamental, e as *fake*

news, no ambiente das redes sociais, e a forma como esse conflito se revela nos dias atuais, transformando as *fake news* em uma ferramenta importante à disposição do amoldamento da opinião pública ou da uniformização do que se entende por senso comum. Este é fruto de uma realidade dicotômica e complexa, marcada pela efemeridade das relações e pelo descompromisso com as fontes de informação, alargando a distância entre o verdadeiro ou falso, permeando uma perigosa fonte de informação distorcida e dissociada da realidade.

A metodologia utilizada neste trabalho parte do método dedutivo, realizando a revisão da bibliografia apontada nas referências, procurando visitar a doutrina, a legislação e o que foi produzido sobre o tema apresentado. A leitura das obras apontadas nas referências foi a base do presente trabalho, em que a interpretação desses textos serviu de subsídio para a construção do que será apresentado.

DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO DE INFORMAR

Durante séculos a humanidade se deparou com as questões do direito à informação de forma conflituosa, muitas vezes encarada como uma disputa, ora como uma guerra entre os estados, ora entre os próprios cidadãos e por último entre os cidadãos e o Estado. Determinantes para a obtenção do poder e sua manutenção, as informações, quando usadas de maneira correta, podem guiar os governantes.

No Brasil, o próprio conceito de Sociedade da Informação e sua efetiva aplicação foram tratados no Livro Verde da Sociedade da Informação. Essa produção intelectual trouxe cabedal conceitual do que é a Sociedade da Informação, bem como a relação de diversas áreas da sociedade com esse novo fenômeno social, por exemplo, o mercado, as novas tecnologias, a educação e a própria questão da estrutura da internet, como meio que propicia a circulação da informação e a troca dessas informações, criando um ambiente de desenvolvimento tecnológico e social.

Takahashi trata do assunto não como um modismo ou algo efêmero, mas sim como uma alteração na forma de a sociedade lidar com a notoriedade e a importância da informação aliada à evolução tecnológica existente. As tecnologias da informação, em conjunto com a velocidade da circulação dessa informação, criaram o ambiente perfeito para o desenvolvimento de uma sociedade baseada nessa informação:

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades

inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infraestrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação¹.

O direito à informação nasce da consciência democrática e da evolução da sociedade. As conquistas de novos direitos acontecem gradualmente, muitas vezes observando os avanços tecnológicos, como descreve Bobbio:

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, [...] Não é difícil de prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar...²

A informação tem grande importância para o Estado, garantindo vantagem sobre seus oponentes em caso de disputas econômicas e guerras. Já entre os cidadãos, a informação tem grande relevância, auxiliando no crescimento da carreira profissional, acadêmica e nas relações privadas entre particulares. Por último, a relação de informações se estabelece entre o cidadão e o Estado.

O processo de transformação da Sociedade da Informação, segundo Barreto Júnior, passou por três fases distintas, todas ligadas à própria evolução das ferramentas tecnológicas e dessa convergência direcionada à tecnologia da informação:

Este processo decorreu em razão de três fenômenos, inter-relacionados, que responderam pela gênese da transformação assistida: a) convergência da base tecnológica – possibilidade de poder representar e processar qualquer informação de uma única forma, a digital. Essa convergência teve profundas implicações no processo de mundialização da economia, das telecomunicações e dos processos sociais, pois, sem uma padroni-

¹ TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil*: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. p. 33.

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

zação tecnológica mínima, este novo paradigma de sociedade seria inimaginável; b) dinâmica da indústria – proporcionou contínua queda nos preços dos computadores, insumos tecnológicos, *softwares*, componentes de redes, permitindo maior acessibilidade à integração na rede; c) crescimento e expansão da internet: aumento exponencial da população mundial com acesso à rede e evolução da conectividade internacional³.

O cidadão, com o passar dos tempos, foi conquistando grandes vitórias na questão do direito de informação, e essa conquista remonta à antiguidade clássica, quando a conservação de documentos era utilizada como ferramenta para o exercício do poder, entretanto às informações eram propriedade dos reis e sacerdotes⁴.

O direito de informação é de grande valia para o indivíduo, pois permite o acesso à informação, dessa forma criando um ambiente de evidente transparência e democracia. Nesse sentido, Carvalho bem elucida a questão:

Em um sistema democrático, onde o poder público repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional. Não só no processo eleitoral, mas por meio de plebiscitos ou referendos, o povo exerce seu poder político. Para poder optar, para poder decidir com consciência, indispensável que esteja inteirado de todas as circunstâncias e consequências de sua opção e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas. Nesse sentido, o direito de informação exerce um papel notável, de grande importância política, na medida em que assegura o acesso a tais informações⁵.

Na Grécia havia uma ligação tênue entre o direito à informação e o nascimento da ideia de democracia, de acordo com Michel Duchein, no século IV a.C., na cidade-estado de Atenas:

[...] Les plaideurs en justice pouvaient faire rechercher dans les archives officielles les documents à l'appui de leur cause. De même, lorsqu'un magistrat élu était accusé de trahison ou de violation des lois, le con-

³ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Lílana Mínardí (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

⁴ DUCHEIN, M. *Les obstacles à l'accès, à l'utilisation et au transfert de l'information contenue dans les archives: une étude RAMP*. Paris: Unesco, 1982. p. 2.

⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

servateur des archives était tenu de communiquer les documents relatifs à l'affaire⁶.

As informações e o acesso a elas, mesmo que de forma inicial, fomentaram as futuras questões relativas às relações do direito à informação. Com a invenção da imprensa, as questões do acesso e da divulgação das informações públicas ficaram muito mais acessíveis, abrindo definitivamente o acesso aos arquivos judiciais que detinham o princípio do segredo absoluto⁷.

Para Norberto Bobbio, o sigilo era parte da razão de Estado:

Durante séculos, foi considerado essencial para a arte de governo o uso do segredo. Um dos capítulos que não podiam faltar nos tratados de política, num período que dura muitos séculos (de Maquiavel a Hegel) e que se costuma chamar de razão de Estado, referia-se aos modos, formas, circunstâncias, e razões do sigilo⁸.

A primeira lei que tratou diretamente do direito de acesso à informação remonta a 1776, na Suécia⁹, oferecendo a todo indivíduo total acesso aos documentos e atos governamentais. Essa cultura de acesso está enraizada na população sueca, que já valorizava esse princípio a ponto de ser garantido antes mesmo da promulgação de sua Constituição, que só aconteceu em 1809. A Lei de Acesso à Informação da Suécia garante também o anonimato, já que os órgãos públicos não podem perguntar pela identidade de quem procura informação, estendendo dessa forma o direito de informar também aos estrangeiros. Além disso, as informações são gratuitas e devem ser fornecidas de forma clara e rápida¹⁰.

Durante esse processo histórico, o direito à informação passou a ser reconhecido como um direito humano fundamental por vários organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 1948, um grande marco para o direito ao acesso à informação é conquistado, ele é reconhecido na Declaração Universal dos

⁶ DUCHEIN, M. *Les obstacles à l'accès, à l'utilisation et au transfert de l'information contenue dans les archives: une étude RAMP*. Paris: Unesco, 1982. p. 89 (Os litigantes no tribunal poderiam pesquisar os arquivos oficiais para obter documentos em apoio de seu caso. Da mesma forma, quando um magistrado eleito era acusado de traição ou violação de leis, o detentor de registro era obrigado a fornecer os documentos relativos ao caso – Tradução livre).

⁷ DUCHEIN, M. *Les obstacles à l'accès, à l'utilisation et au transfert de l'information contenue dans les archives*, cit., p. 2.

⁸ BOBBIO, Norberto. Democracia e segredo. In: Bovero, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, p. 399.

⁹ ACKERMAN, John M.; SANDOVAL, Irma E. *Leyes de acceso a la información en el mundo. Cuadernos de Transparencia*, 7. ed., México, 2005.

¹⁰ Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/1136>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Direitos Humanos, em seu art. 19: “Art. 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu art. 19, também aborda a liberdade de expressão e a liberdade de informação: “Art. 19. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza [...]”.

Nos Estados Unidos da América o direito ao acesso à informação foi estabelecido pelo *Freedom of Information Act* (FOIA) em 1966, que forneceu ao público o direito de solicitar acesso aos registros de qualquer agência federal¹¹.

No ano 2000 a Declaração Interamericana de Princípios e Liberdade de Expressão, em seu item 4, reconhece o acesso à informação como direito fundamental de todo indivíduo. *Item 4*: o acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigação de garantir o pleno exercício desse direito.

No Brasil, com a Constituição de 1988, o direito à informação entrou no rol de direitos e garantias individuais e sociais, iniciando uma cultura de transparência para a administração pública. Vários dispositivos constitucionais do art. 5º tratam diretamente das questões sobre informação:

Art. 5º [...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

Essa evolução constitucional propiciou a maior participação popular no controle das ações governamentais e assegurou definitivamente o direito à informação, transformando as relações entre o cidadão e o Estado, principalmente

¹¹ Disponível em: <https://www.foia.gov/about.html>. Acesso em: 10 dez. 2017.

analisando o contexto da Constituição Federal de 1988, que foi promulgada após um período de ditadura que ocorreu no Brasil, com evidente supressão de direitos fundamentais, dentre eles o direito à informação.

Para que se tenha uma efetiva consagração do direito à informação, é primordial que seja assegurado o direito de informar. Esse direito pode ser compreendido como a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão. Um dos principais canais de difusão da informação é a imprensa. A liberdade de informação jornalística abrange todos os meios de divulgação de informação atuais, como *sites*, mídias sociais, *blogs* etc. O direito de informação jornalística é assegurado pela Constituição de 1988 no seu art. 220, que preceitua:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A proteção da informação jornalística e o próprio direito de informação (informar e ser informado) constituem garantia fundamental do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito. O respectivo princípio tem ligação íntima com a liberdade de expressão, nesse sentido permitindo que os indivíduos ou *sites* de conteúdo jornalístico possam produzir conteúdo de forma livre, por óbvio respeitando direitos alheios e estando dentro de um contexto de legalidade, mas não necessariamente de moralidade, nesse sentido permitindo a possibilidade do surgimento de notícias ou informações jornalísticas de conteúdo duvidoso ou que não representam a verdade. José Afonso da Silva bem evidencia essa questão:

A liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação¹².

Esse esforço constitucional vem a equalizar o direito à informação e o direito de informar, coibindo qualquer tipo de censura, sendo esse princípio coro-

¹² SILVA, José Afonso da. *Apud* GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 59.

lário do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, as relações entre a produção de informação e a recepção da informação conviveriam em harmonia dentro da sociedade, permitindo um ambiente de garantias das liberdades individuais.

AS REDES SOCIAIS COMO FONTE DE INFORMAÇÃO

A tecnologia da informação transformou os mecanismos de divulgação de informação neste século. O principal contribuidor dessa evolução é sem dúvida a internet, mecanismo que revolucionou a maneira de comunicação ao redor do mundo, seja através da melhoria dos mecanismos de transmissão de dados, seja pela rapidez com que a divulgação das informações percorre a internet. Para utilização dos termos “internet” e “aplicações de internet” neste artigo, observaram-se as definições da Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que traz, em seu art. 5º, tais definições:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; [...]

VII – aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; [...]

As redes sociais são consideradas uma aplicação de internet e facilitaram a utilização da internet para a transferência de informações, permitindo que pessoas que anteriormente nunca teriam acesso a informações gerais, por exemplo, informações governamentais e internacionais, controles públicos, pudessem ser integradas a esse novo mundo de comunicação. O Estado e diversos atores sociais passaram a disponibilizar informações de forma clara e objetiva em *sites* próprios de transparência¹³ ou, até mesmo, em redes sociais. Nesse sentido ocorreu uma transformação no controle social sobre as ações do Estado e na forma como o indivíduo passou a relacionar-se com a informação.

Para Ascensão, essas novas tecnologias têm papel decisivo na disponibilidade de informações, nas chamadas “autoestradas da informação”:

[...] autoestradas da informação são meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade.

¹³ Lei Complementar n. 131/2009, art. 48, II: “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público”.

Estes veículos permitiriam a comunicação fácil e intensa e trariam com isso grandes possibilidades de interatividade¹⁴.

Essa nova dinâmica social trouxe uma grande mudança à percepção dos indivíduos, influenciando o processamento e a interpretação das informações. Essa condição pode ser denominada cultura de convergência¹⁵, conectando as pessoas e fomentando um envolvimento mais participativo e intersubjetivo que impacta nas decisões governamentais.

Intercorrente aos avanços governamentais de divulgação de informações por intermédio da internet, esse novo mundo criou outras formas de comunicação e transferência de informações. Podemos citar algumas delas, tais como Facebook, Google, Twitter, entre outras, chamadas então de mídias sociais. Essas mídias impactaram, sobremaneira, a transmissão de informações ou notícias, possibilitando a criação de conteúdo ou, até mesmo, de denúncias a qualquer indivíduo que tenha acesso à internet. O uso cada vez maior das chamadas redes sociais transformou essas aplicações de internet em uma fonte de criação e divulgação de informação, onde cada pessoa pode expressar suas ideias ou opiniões sobre quaisquer assuntos, da mesma forma que pessoas comuns podem passar a produzir informações e divulgá-las em suas redes sociais. Essa miscelânea de informações trouxe também as informações inverídicas, e por vezes inventadas com a intenção de beneficiar ou prejudicar outras pessoas, assunto que abordaremos mais à frente neste artigo.

Os canais de informações jornalísticas tradicionais, como jornais e revistas, também entraram no mundo da internet, criando seus *sites* e utilizando o novo mecanismo para atuar em tempo real. Grandes corporações jornalísticas já atuam de forma contundente na internet, as notícias são divulgadas quase que instantaneamente através de seus *sites*. Em contrapartida, a consulta a esses meios de comunicação aumentou de forma significativa; mais da metade das residências no Brasil tem acesso à rede mundial de computadores (internet)¹⁶. Essa combinação de fatores proporciona uma intensa troca de informações entre os que informam e os que são informados. Em uma lista dos 50 *sites* mais visitados, podemos observar que entre os 10 mais bem colocados estão principalmente os *sites* de busca de informações e as mídias sociais¹⁷.

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 68.

¹⁵ JENKINS, Henry. *Cultura de convergência*. Tradução de Alexandria Susana. São Paulo: Aleph, 2008.

¹⁶ Disponível em: <http://www.minhaoperadora.com.br/2017/11/segundo-ibge-636-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet.html>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁷ Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/os-50-sites-mais-acessados-do-brasil-e-do-mundo/>. Acesso em: 10 jan. 2017.

Os dados comprovam a ferocidade com que as pessoas estão buscando informações na internet e como os *sites* jornalísticos, de busca e as mídias sociais atuam de forma definitiva na relação entre a produção de informação e consumo dessa informação.

REDES SOCIAIS E FAKE NEWS

Desde a popularização da internet, na década de 1990, as redes sociais ocupam um espaço importante sob o ponto de vista das relações entre os indivíduos. Quer seja no Orkut ou no Facebook, diversas manifestações são expressas no interior desse tipo de aplicação de internet, evidenciando uma característica marcante em relação à liberdade de expressão e ao direito de informação, na medida em que cada membro, cada integrante, pode se tornar uma fonte de informação. Isso permite que a circulação de informação ultrapasse o tradicional modo jornal/rádio e passe a criar novas fontes, novas formas de abordagem na propagação de uma informação ou, até mesmo, na manipulação e posterior divulgação de uma informação. As redes sociais possuem suas próprias características, e dessa forma o que nelas circula também possui características próprias¹⁸:

Redes sociais na Internet possuem elementos característicos, que servem de base para que a rede seja percebida e as informações a respeito dela sejam apreendidas. Esses elementos, no entanto, não são imediatamente discerníveis. Por exemplo, o que é um ator social na Internet? Como considerar as conexões entre os atores *on-line*? Que tipos de dinâmicas podem influenciar essas redes? São esses questionamentos que nos interessam nesse primeiro capítulo: como podem ser percebidas essas unidades de análise no âmbito da comunicação mediada pelo computador e do ciberespaço

Os critérios de confiabilidade das fontes de informação passam a ser mitigados no atual contexto de evolução tecnológico e pela quantidade de possibilidades que surgem para o compartilhamento dessa informação. A volatilidade e a velocidade da circulação da informação, bem como a possibilidade infinita de acessos a essa informação através das redes sociais, fez com que em poucos anos as redes sociais passassem a ser o *locus* de discussão e de divulgação de informação, embora em sua grande maioria seja de conteúdo perfunctório. No padrão médio da população, as redes sociais passaram a ser o maior ponto de divulgação de notícia e de procura por essas notícias. A *timeline* do Facebook substituiu a antiga página do jornal, fazendo com os hábitos das pessoas se direcionarem para esse tipo de meio. Jean Baudrillard bem elucida essa questão:

¹⁸ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 25.

Há muito tempo a informação ultrapassou a barreira da verdade para evoluir no ciberespaço do nem verdadeiro nem falso, pois que aí tudo repousa sobre a credibilidade instantânea. Ou, antes, a informação é mais verdadeira que o verdadeiro por ser verdadeira em tempo real – por isso é fundamentalmente incerta. Ou, ainda, para retomar a teoria recente de Mandelbrot, podemos dizer, que tanto no espaço da informação ou no espaço histórico quanto no espaço fractal, as coisas não têm mais uma, duas ou três dimensões: flutuam numa dimensão intermediária. Logo, nada mais de critérios de verdade ou objetividade, mas uma escala de verossimilhança¹⁹.

As redes sociais ecoam as vozes de todos aqueles que dela fazem parte e como funcionam como uma espécie de teia, que favorece a multiplicação do conteúdo publicado naquele ambiente. Quando é uma notícia, quando é algo que provoca interesse coletivo, tem a chance de ganhar notoriedade, ter mais acessos e dessa forma ganhar credibilidade não pelo conteúdo, mas sim pela quantidade de acessos, de *likes* ou até de compartilhamentos. Um dos critérios mais importantes em relação à informação ou notícia é o fato de que a credibilidade da fonte passa a ser secundário, ganhando espaço outros atributos, como o a velocidade, a escalabilidade e a superficialidade. Dessa forma, permite-se que algo que seja falso ou que não corresponda aos fatos reais ganhe força e espaço para crescer dentro de um ambiente de constante interação. Os próprios padrões de comunicação são alterados nas redes sociais, ganhando espaço a informação ou notícia rápida e “rasteira”, aquela que informa e ao mesmo tempo desinforma. Para Bauman²⁰, essa é uma das características do momento pelo qual o homem passa:

... a tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda – pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política reside. O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo [...]. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.

Notícias falsas ou *fake news* são aquelas notícias que não possuem conteúdo verdadeiro ou verossímil de forma notada e que buscam influenciar ou atingir

¹⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Tela total: mito-ironias da era do virtual e da imagem*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 45.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 12.

de alguma forma a opinião pública²¹ ou até mesmo o senso comum. Elas podem ser definidas de forma mais completa, segundo Allcott e Gentzkow, como:

Nós definimos “notícias falsas” como artigos de notícias que são intencional e verificavelmente falsos, e poderiam enganar os leitores. Nos concentramos em artigos de notícias falsas que têm implicações políticas, com especial atenção para as eleições presidenciais de 2016 nos EUA. Nossa definição inclui artigos de notícias intencionalmente fabricados, como um artigo amplamente compartilhado do *site* agora denunciado denverguardian.com com a manchete “Agente do FBI suspeita de falhas de e-mail de Hillary encontrada morta em aparente assassinato-suicídio”. Inclui muitos artigos que se originam em *sites* satíricos, mas podem ser mal interpretados como factuais, especialmente quando vistos isoladamente no Twitter ou nos *feeds* do Facebook²².

As *fake news* representam uma forma de manifestação do pensamento e têm ligação direta com a liberdade de expressão e, principalmente, com o direito de informação no que tange à possibilidade de o emissor dessa notícia falsa promover sua circulação, amparado por um direito constitucional garantido dentro do Estado Democrático de Direito, ocorrendo abusos na emissão de notícias falsas, que são evidentemente imorais, mas não são dotadas de ilegalidade. No Brasil a questão das *fake news* não é um fenômeno recente. Notícias ficaram famosas evidenciando absurdos, mas foram absorvidas pelos receptores, que deram credibilidade a esse tipo de informação, por exemplo, o jornal *Notícias Populares*²³, que veiculou, na década de 1970, uma série de reportagens sobre um suposto bebê que era filho do diabo, que ficando conhecido como Bebê Diabo. Essas notícias ganharam visibilidade e notoriedade; embora dotadas de clara falsidade, aguçaram a curiosidade dos leitores do jornal daquela época.

Dessa forma e dentro desse ambiente marcado pela superficialidade e velocidade de informação, as *fake news* encontram espaço para seu surgimento e desenvolvimento, principalmente no interior das redes sociais, já que muitas vezes o veículo de divulgação da notícia é um indivíduo comum que faz uma postagem de sua casa e acaba atingindo um número incontável de pessoas. Esse indivíduo possui uma pluralidade de fontes sem confiabilidade alguma, possibilitando dessa forma que notícias de cunho duvidoso ou até mesmo completa-

²¹ “No nível coletivo, apreço como entidade mítica: a opinião pública é o sentimento do povo”. AUGRAS, Monique. *Opinião Pública. Teoria e Pesquisa*. São Paulo: Editora Vozes Limitadas, 1970. p. 9.

²² ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Stanford University, 2017, v. 31, n. 2, p. 217.

²³ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/banco-de-dados/2017/09/1820253-bebe-dia-bo-nasce-no-abc-paulista-mas-some-de-forma-misteriosa.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2018.

mente mentiroso e distorcido sejam divulgadas nas redes sociais, porém o emissor dessas notícias não tem preocupação com a qualidade do tipo de notícia que está sendo divulgada, e quem vai determinar a veracidade desse tipo de notícia ou informação veiculada é o receptor, que muitas vezes também não estará preocupado com a “verdade” dessa notícia. Kunczik bem evidencia essa característica:

Seja qual for a relação entre realidade divulgada e a realidade “verdadeira”, os receptores consideram as notícias como o testemunho autêntico dos acontecimentos “reais”. Isto significa que no tocante ao seu efeito ele deve colocar-se em equação com a realidade²⁴.

Portanto, as características próprias das redes sociais, bem como a volatilidade das informações, a superficialidade e o não interesse em busca da veracidade da informação ou notícia por parte dos receptores dessas notícias nas redes sociais, harmonizam perfeitamente com as características das *fake news*, que buscam justamente atingir a opinião pública ou o senso comum, por meio do sensacionalismo ou amoldamento da notícia aos assuntos que estão em voga no interior dessas mesmas redes, permitindo que a mentira junte-se à verdade e produza um resultado inadequado. Isso pode gerar consequências efetivas no mundo real, já que as notícias falsas, quando confrontadas com os fatos do mundo real e que são verdadeiros, exaurem-se, pois não conseguem se sustentar. Afinal, só a realidade é que pode dar credibilidade e veracidade a uma notícia; é o mundo real e objetivo que possibilita isso.

PÓS-VERDADE X FAKE NEWS

Existem diferenças marcantes entre o conceito de pós-verdade e as *fake news*, porém muitas vezes essas diferenças são suprimidas e misturam-se os dois conceitos, havendo confusão entre a ocorrência efetiva de um ou de outro fenômeno ligado ao direito de informação e liberdade de expressão, principalmente dentro das redes sociais. O conceito de pós-verdade é mais abrangente que o de *fake news*, embora ambos estejam ligados à manipulação ou alteração do sentido real dos fatos, mascarando isso na forma de notícia ou informação e transformando a mentira em uma “falsa verdade”.

A pós-verdade ganhou destaque após fatos recentes ocorridos, principalmente depois das eleições presidenciais de 2016 dos Estados Unidos, sendo eleita a palavra do mesmo ano pelo dicionário de Oxford. Ela denota o surgimento de uma nova forma de agir do ser humano diante da verdade quando ligada à in-

²⁴ KUNCZIK, Michael. Conceitos de jornalismo: norte e sul – manual de comunicação. São Paulo: Edusp, 2001. p. 250.

formação ou às notícias. Nesse sentido, o próprio dicionário de Oxford definiu a pós-verdade como “Relacionando ou denotando circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que atrai a emoção e a crença pessoal”²⁵.

Ela estará ligada à desonestidade do indivíduo no mundo atual ao lidar com a possibilidade de ser um emissor de notícia ou de informação, com a falta de compromisso com o conceito tradicional de verdade, segundo Keyes:

A desonestidade evoca eufemismos que vão além de copulação ou defecação. Isso está ajudando a dessensibilizar nossas implicações. No período pós-verdade, não temos apenas um fato e mentiras, mas um terceiro tipo de afirmações ambíguas que não são precisamente o fato, mas simplesmente precisam de uma mentira. A verdade melhorada seria conhecida como neoverdade, fato suave, fato falso, fato *light*²⁶.

O momento do surgimento do conceito de pós-verdade alia-se a uma transformação no modo de pensar do ser humano, na forma como o indivíduo relaciona-se com o mundo, tendo em vista a evolução tecnológica e as mudanças nas formas de relacionamento. Ocorre uma mitigação do entendimento entre mundo real e mundo virtual ou ciberespaço²⁷, dessa forma criando dentro do consciente coletivo a sensação de que é possível existirem mundos distintos, o real e o virtual, e que em ambos as consequências são distintas para os mesmos fatos praticados. Isso permite que no ambiente virtual, graças a suas características, forme-se o cenário propício para a criação de uma cultura de pós-verdade, de amoldamento da opinião pública por meio de mentiras ou falsidades disfarçadas de informação ou notícia.

Partindo da premissa de que o conceito de pós-verdade está inserido no contexto de pós-modernidade e dessa forma traz consigo as características na forma de pensar e de se relacionar desse momento sociológico pelo qual passa o ser humano, chega-se à conclusão de que é uma manifestação dotada de uma série de características peculiares, como o rompimento dos valores modernos, a superação da visão cartesiana do mundo e a busca de um entendimento mais orgânico, de uma visão sistêmica dos fenômenos sociais. Nesse sentido, Connor bem explica:

²⁵ Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁶ KEYES, R. *The post-truth era: dishonesty and deception in contemporary life*. California: St. Martin's Press, 2004. p. 58.

²⁷ “O espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores.” LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 94.

Como é natural, com esse sucesso crítico veio a controvérsia. Notável nessas controvérsias é a forma limitada e previsível que tomaram. Elas se concentraram sobretudo na questão de se saber se o termo “pós-modernismo” oferece ou não uma representação adequada dos objetos e práticas da cultura contemporânea. As perguntas feitas foram: o pós-modernismo existe mesmo, afinal? Há uma “sensibilidade unificada” presente em todas as diferentes áreas da vida cultural e entre elas? O pós-modernismo limita injustamente ou restringe de modo prematuro o “projeto inacabado” do modernismo? Há algo valioso na alegada “ruptura pós-moderna”? Em outras palavras, a cultura pós-moderna existe, e, se existe (e algumas vezes se não existe), e uma “coisa boa” ou uma “coisa ruim”?²⁸

A pós-verdade é o conceito que sustenta a possibilidade do surgimento das *fake news*, já que esse momento evidencia que não é mais importante a verdade como ela é concebida, mas sim o interesse por trás da informação ou da notícia, dessa forma legitimando um discurso que possibilita a publicação ou divulgação de notícia falsa, bem como a emoção ou até mesmo apelo sentimental pelo conteúdo da informação e não mais a tecnicidade que subjaz àquele tipo de informação.

A manipulação da informação ou da notícia com a finalidade de amoldar a opinião pública ou alcançar algum objetivo torna-se a justificativa do surgimento de uma cultura de *fake news*, ou seja, a materialização do que se entende como pós-verdade.

Nesse sentido, a pós-verdade e as *fake news* possuem ligação íntima e não se contrapõem, já que primeira é gênero do qual as segundas são espécie. Esse tipo de notícia falsa pode ser direcionado para um fim político, ganhando o nome de pós-verdade política. Foi o que ocorreu no processo eleitoral para a presidência dos Estados Unidos no ano de 2016, marcado por uma série de ocorrências de *fake news*, por exemplo, a notícia de que o Papa estava apoiando o então candidato Donald Trump²⁹, notícia falsa divulgada pela equipe do candidato. Também é exemplo a notícia falsa sobre uma mulher, moradora do litoral de São Paulo³⁰, que estaria praticando rituais de magia negra envolvendo crianças, o que culminou no linchamento e morte dessa mulher, tudo isso baseado em notícias falsas.

²⁸ CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna*: introdução às teorias do contemporâneo. São Paulo: Loyola, 1989. p. 15.

²⁹ Disponível em: <http://observador.pt/2017/02/21/as-cinco-noticias-falsas-espalhadas-por-donald-trump-e-a-sua-equipa/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁰ Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma primeira análise, pode parecer que o direito de informação não possui relação direta com as *fake news* quando analisadas no ambiente das redes sociais, principalmente no que tange à ocorrência desse tipo de fenômeno.

As *fake news*, embora imorais, pois são efetivamente uma mentira transformada em forma de notícia real, evidenciam a ocorrência do mais amplo direito de informação (informar e ser informado), estando, ainda, pareadas com o direito fundamental da liberdade de expressão. Não se permite que ocorra uma censura prévia por parte do Estado, cuja atuação geralmente, ocorrerá de forma corretiva nos casos de ocorrência de danos efetivos, já que não existe mecanismo de controle prévio ou de avaliação da veracidade do conteúdo da notícia ou informação.

As notícias falsas evidenciam a junção de dois fatores importantes, que são o reflexo desse momento histórico e a superficialidade do conhecimento ou da informação, aliados à grande oferta de conhecimento e informação, principalmente quando ligadas à velocidade de circulação. A junção desses fatores ira propiciar o surgimento da pós-verdade, que tem como espécie as *fake news*.

De forma mais específica, a pós-verdade possui interação direta com o momento social pelo qual o homem passa, pois ela se amolda perfeitamente aos sintomas da pós-modernidade, presentes hoje no tecido social ao evidenciarem o descompromisso dos indivíduos com a verdade ou até mesmo com os próprios conceitos preconcebidos. Afinal, hoje, em busca da velocidade da informação, o indivíduo em sociedade abre mão de valores cultivados ao longo do tempo, como a credibilidade da informação e até mesmo sua fonte.

Não importa que a informação seja mentira, pois o que vale é seu caráter de novidade e o apelo que ela carrega. O receptor dessa informação, dentro do conceito de pós-verdade, não possuirá compromisso com a possibilidade de representação de um conteúdo verdadeiro, mas sim com a sensação que ele terá ao receber essa informação. A emoção passa a exercer um protagonismo maior quando relacionada com a própria razão.

A internet, simbolizada no conceito do ciberespaço, permite esse tipo de dicotomia e facilita a circulação de qualquer tipo de notícia, permitindo, ainda, a proteção do emissor pelo anonimato ou pela dificuldade de identificação e responsabilização, embora a divulgação de uma notícia falsa não represente, em primeiro momento, um ilícito. Dessa forma, a possibilidade de ser um emissor ou receptor de notícia falsa une-se à possibilidade de exercitar o direito de informação, que ainda terá relação direta com a efemeridade desta, bem como com a desnecessidade de representação da verdade por essa mesma informação.

Portanto, é possível relacionar a ocorrência das *fake news* nas redes sociais e o direito de informação (informar e ser informado), pois o receptor não possui

a mínima cautela na constatação da notícia e está interessado em receber quantidade ao invés de qualidade, e que seja, principalmente, de forma rápida, pois a novidade, nesses casos, é mais importante do que a própria verdade. É como se o receptor não tivesse compromisso com a verdade, mas apenas com a quantidade ou velocidade da informação.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, John M.; SANDOVAL, Irma E. Leyes de acceso a la información en el mundo. *Cuadernos de Transparencia*, 7. ed., México, 2005.
- ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Stanford University, 2017, v. 31, n. 2, p. 211–236.
- As cinco notícias falsas espalhadas por Donald Trump e a sua equipa. *O Observador*. Disponível em: <http://observador.pt/2017/02/21/as-cinco-noticias-falsas-espalhadas-por-donald-trump-e-a-sua-equipa/>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- AUGRAS, Monique. *Opinião pública: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Vozes, 1970.
- BARBOSA, Marco Antonio. Pós-modernidade: a identidade-real ou virtual? *Revista Direitos Culturais*, v. 5, p. 72-92, 2010.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BAUDRILLARD, Jean. *Tela total: mito-ironias da era do virtual e da imagem*. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. Democracia e segredo. In: Bovero, Michelangelo (org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2003.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível (atualizada) em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- BRASIL. Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 28, maio 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CONNOR, Steven. *Cultura pós-moderna: introdução às teorias do contemporâneo*. São Paulo: Loyola, 1989.

DUCHEIN, M. *Les obstacles à l'accès, à l'utilisation et au transfert de l'information contenue dans les archives: une étude RAMP*. Paris: Unesco, 1982.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

JENKINS, Henry. *Cultura de convergência*. Tradução de Alexandria Susana. São Paulo: Aleph, 2008.

KEYES, R. *The post-truth era: dishonesty and deception in contemporary life*. St. Martin's Press, 2004.

KUNCZIK, Michael. *Conceitos de jornalismo: norte e sul – manual de comunicação*. São Paulo: Edusp, 2001.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá SP. *GI*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 6 set. 2018.

RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

Data de recebimento: 13/09/2018

Data de aprovação: 04/04/2019

EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO PARA A OBTENÇÃO DE UM MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL

EXTRAFISCALITY AS AN INSTRUMENT FOR THE OBTAINMENT OF A SUSTAINABLE ENVIRONMENT

*Flávia dos Santos Bombo**

*Tainá Fernanda Pedrini***

*Marcelo Buzaglo Dantas****

RESUMO

Analisa-se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o dever do Estado de intervir na ordem econômica visando à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para atingir tal finalidade, faz-se o corte epistemológico na extrafiscalidade tributária. Objetiva-se, portanto, harmonizar os interesses econômicos com os ambientais, buscando possível solução para a análise proposta. Assim, em primeiro lugar, estuda-se a ordem econômica, sua importância e suas diretrizes. Em seguida, delimitam-se os conceitos de meio ambiente e sustentabilidade a fim de buscar compatibilização com a extrafiscalidade. Atenta-se, nessa celeuma, às funções fiscais e extrafiscais dos tributos já instituídos no Brasil. À vista disto, conclui-se que a extrafiscalidade como instrumento direcionador da sociedade é altamente eficaz e, baseada em princípios econômicos e ambientais, pode servir como fomento a objetivos “público-ambientais”. O método utilizado foi o indutivo.

* Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: flavia@bomboegeraldoadvogadas.com.br.

** Assessora Jurídica. Mestre em Ciência Jurídica pela *Widener University, Delaware Law School* e pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e em Direito Registral e Notarial pela Faculdade Damásio. E-mail: tainapedrini@live.com.

*** Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com estágio de Doutorado na *Pace Law School*. Pós-Doutor e Docente Permanente nos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) do Programa de Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor Visitante na Universidad de Alicante e na *Widener University Delaware Law School*. E-mail: marcelo@buzaglodantas.adv.br.

Palavras-chave: Direito tributário ambiental; Extrafiscalidade ambiental; Sustentabilidade.

ABSTRACT

It is analyzed, considering Brazilian legal system, the duty of the State to intervene in the economic order aiming the protection of the environment ecologically balanced. To achieve this purpose, the epistemological cut is made in tax extrafiscality. The objective is, therefore, to harmonize economic interests with environmental ones, seeking a possible solution to the proposed analysis. Thus, in first place, it studies the economic order, its importance and its guidelines. Next, the concepts of environment and sustainability are delimited to seek compatibilization with extrafiscality. The tax and extra-fiscal functions of the taxes already instituted in Brazil are attentive to this disturbance. In view of this, it was concluded that extrafiscality as a guiding instrument of the society is highly effective and, based on economic and environmental principles, can serve as a promotion to “public-environmental” objectives. The method used was inductive.

Keywords: Environmental tax law; Environmental extrafiscality; Sustainability.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com o relatório da pesquisa, expor a análise realizada sobre a extrafiscalidade ambiental como instrumento em busca de um meio ambiente¹ sustentável² no âmbito do Direito Tributário e Ambiental.

Inicialmente, exploram-se aspectos da ordem econômica brasileira, identificando-a na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e observando a intervenção estatal como instrumento para a con-

¹ Meio ambiente é categoria cujo conceito operacional se descreve da seguinte forma: “[...] conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 8 maio 2018).

² Com relação à categoria sustentável, relativa à sustentabilidade, tem-se o conceito operacional: “É a compreensão ecosófica acerca da resiliência na relação entre os seres e o ambiente para se determinar – de modo sincrônico e/ou diacrônico – quais são as atitudes que favorecem o reconhecimento da Natureza como ‘ser próprio’, a sobrevivência, a prosperidade, a adaptação e a manutenção da vida equilibrada, seja humana ou não humana, por meio da integração e interdependência entre os critérios biológicos, químicos, físicos, informacionais (genéticos), éticos, territoriais, culturais, jurídicos, políticos, tecnológicos, científicos, ambientais, históricos e econômicos” (AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; CARVALHO, Sonia Aparecida de. O modelo de decrescimento, crescimento e desenvolvimento sustentável diante do paradigma de sustentabilidade. *Revista FSA*, v. 14, n. 1, art. 4, p. 79-105, jan.-fev. 2017. p. 81. Disponível em: <http://www4.fsanet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/1268>. Acesso em: 29 jan. 2018).

dução do desenvolvimento econômico – o papel do Estado³ interventor por meio dos princípios constitucionais estabelecidos.

Em seguida, aborda-se o meio ambiente, com ênfase em seu tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compatibilizar a categoria com a sustentabilidade e o desenvolvimento.

Por fim, estuda-se o fenômeno da extrafiscalidade ambiental sob a ótica do Direito Tributário, discutindo as finalidades do tributo – fiscal e extrafiscal –, com análise de casos instituídos pela legislação.

Em razão do descrito, levanta-se o problema a ser respondido com a pesquisa: É possível utilizar a extrafiscalidade tributária em busca de um meio ambiente sustentável?

Quanto à metodologia empregada na fase de investigação, utilizou-se o método indutivo. Acionaram-se as técnicas do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica.

O PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O Direito Econômico, no entendimento de Fabiano Del Masso⁷, traduz-se como “conjunto de regras ornadoras da economia em sua dinâmica de produção, circulação, distribuição e consumo”. Seu surgimento, como ramo didaticamente autônomo do Direito⁸, ocorreu apenas após a Segunda Guerra Mundial, quando houve a “consolidação da importância da atuação jurídica do Estado na economia, confirmando a necessidade de um novo Direito, o Direito Econômico”⁹.

³ Categoria cujo conceito operacional consiste na: “(...) ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122).

⁴ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 54).

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 25).

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 37).

⁷ MASSO, Fabiano Del. *Direito econômico esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 27-28.

⁸ Direito: categoria que contém o seguinte conceito operacional: “Elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da justiça” (PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 9. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 80).

⁹ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16.

Isso porque, à época, tornou-se incompatível com os interesses públicos a liberalidade de um sistema econômico sem intervenção estatal eficiente¹⁰. O início da proatividade do Estado, portanto, foi resultado da carência de diretrizes nas inúmeras técnicas inovadoras de produção e distribuição¹¹ e, conseqüentemente, visou harmonizar as atividades econômicas com os princípios existentes e a regulamentação paulatinamente inserida nos ordenamentos jurídicos.

A CRFB/88¹², em seu Título VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, aborda os princípios gerais da atividade econômica. No art. 170, dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Washington Peluso Albino de Souza¹³ conceitua ordem econômica como a composição “de princípios fornecidos pela ciência econômica, baseando-se na explicação dos fatos econômicos harmonizados segundo valores jurídicos”.

Nessa conceituação estabelecida, atribui-se ao Estado o papel de intervir na eventualidade de condutas humanas conflitarem com normas constitucionais, bem como utilizar instrumentos legais a fim de fomentar condutas quistas¹⁴. Nessa seara, João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁵ apresenta a seguinte interpretação:

O Estado intervém sob várias formas, mas, fundamentalmente, adotando políticas para direcionar a relação entre o jurídico e o econômico. Para atingir esse objetivo, o Estado valer-se-á de normas jurídicas, para organizar a economia, conduzindo-a de forma a obter situações de equilíbrio, através da disciplina macroeconômica das relações estabelecidas entre os diversos poderes que se confrontam.

¹⁰ Diz-se, pois, a evolução e o crescimento econômico às custas de recursos ambientais, de forma indeliberada, trouxe danos ambientais irreversíveis à Sociedade. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas do direito econômico*. p. 189.

¹¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 13.

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2018.

¹³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas do direito econômico*. p. 189.

¹⁴ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrajudicialidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, 2007. p. 20. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e2084379dd9fb4de7d78b08c72a2b29d.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

¹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 18-19.

A intervenção do Estado é imprescindível, assim descreve Celso Ribeiro Bastos¹⁶, “nos momentos de grande demanda, e nos momentos de crise, [quando] atua incentivando, instigando o mercado. É por isso que se tem no nosso sistema, o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica”.

Aprende-se, no entanto, que há formas de intervenção caracterizadas pela excepcionalidade. Conforme preceitua o art. 173 da CRFB/88¹⁷, entendido como meio de intervenção em sentido estrito, o desempenho direto, isto é, do próprio Estado, de atividades econômicas se encaixa nessa proposição:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Apesar de manter a concepção liberal como proposta de limitação do Estado, tolera-se, desse modo, a utilização desses instrumentos interventivos quando necessário¹⁸. Quanto ao sentido amplo¹⁹ de intervenção, há possibilidade prevista no art. 174 da CRFB/88²⁰:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Observa-se que a diferença entre as intervenções em sentido lato e estrito consiste na forma de atuação do Estado, nesta desempenhando atividades diretamente e, naquela, de forma indireta.

A intervenção estatal, em sentido amplo, é um instrumento direcionador, consistindo em normas coatoras e de incentivos²¹. Nessa concepção, Maria Luiza Machado Granziera²² aponta: “a fim de implementar políticas públicas ou corrigir disfunções de mercado, o Estado tanto impõe restrições à atividade econômica como estabelece instrumentos econômicos que a condicionam”.

Exemplo de materialização dessas condutas se vislumbra com a edição de incentivos fiscais ou ainda com o aumento do valor da tributação a fim de de-

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 258.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

¹⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas do direito econômico*. p. 321.

¹⁹ PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 105.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

²¹ PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 106-107.

²² GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

sestimular condutas – tributos reconhecidos como extrafiscais, em razão de sua principal função, direcionadora de políticas públicas²³.

Diante da aplicabilidade do Direito Econômico, nota-se uma relação de interdependência entre as formas interventivas de que o Estado se utiliza para fins de interesse público e, neste contido, a busca por um meio ambiente sustentável, no qual se faz o corte epistemológico para o desenvolvimento do relatório da pesquisa²⁴.

Economia ambiental

A economia ambiental deriva do grego “*oikonomos*”, significando “*oikos*”, casa, e “*nomos*”, lei, ou seja, lei de uma casa. Com ela, visa-se gerenciar as relações econômicas²⁵, harmonizando a necessidade de consumo dos recursos naturais pela indústria com a qualidade de vida sustentável²⁶.

Os malefícios do uso descomedido dos recursos naturais é uma preocupação mundial. À vista disso, hodiernamente, a não admissão do progresso à custa da degradação do meio ambiente parece convergir no cenário internacional²⁷. Contudo, somente poupá-lo para as gerações futuras não constitui proteção razoável e suficiente, e, em razão disso, a proposta de uma economia ambiental visa estabelecer um regime “governamental-ambiental” que acolha tanto as necessidades da sociedade atual quanto as da que está por vir²⁸. Nessa seara, Cristiane Derani²⁹ assevera:

A economia ambiental tem como foco de preocupação os efeitos externos, e procura fixar o emprego da monetarização para responder à questão do uso dos recursos renováveis e não renováveis. O ideal estaria em que cada fração de recurso natural utilizado obtivesse um preço no mercado.

²³ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado em Direito). p. 23.

²⁴ IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (org.). *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 52.

²⁵ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, 2007. p. 20.

²⁶ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89-90.

²⁷ Há quem fundamente, no entanto, que a legislação ambiental internacional, em razão de sua baixa eficiência, tem como objetivo ser propulsora de políticas nos países atingidos, já que sua finalidade precípua não é totalmente atingida. Ver: MAY, James R.; DALY, Erin. *Global environmental constitutionalism*. Cambridge University Press, 2015.

²⁸ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 89-90.

²⁹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 90.

A inserção da preservação ambiental no desenvolvimento econômico decorreu da crença de que os recursos naturais seriam finitos e, por isso, a necessidade de idealizar e elaborar instrumentos que compatibilizem a necessidade da sociedade com a proteção do meio ambiente³⁰.

Essa consciência também acarretou a denominada “crise do meio ambiente”³¹. Segundo Antônio Carlos Brasil Pinto³², “a crise ambiental e a importância das políticas a ela relacionadas constituem desdobramento central das transformações em curso da economia mundial”, cuja finalidade é estabelecer o desenvolvimento sustentável, solucionando a problemática da insuficiência dos recursos naturais, combinado ao bem-estar social e, arduamente, sem estagnar o mercado.

O crescimento e a extinção da produção mercadológica estão intimamente relacionados à existência do meio ambiente. O papel do Estado no desenvolvimento econômico sustentável é, em suma, gerenciar a adequação da utilização dos recursos ambientais em detrimento do avanço da economia, assim resultando um meio ambiente ecologicamente equilibrado³³.

A RELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E O DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL

O meio ambiente compreende o que está ao nosso redor. Segundo José Afonso da Silva³⁴, “a palavra ambiente indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos”. Nesse sentido, Cristiane Derani³⁵ complementa: o meio ambiente não pode ser reduzido a “ar, água, terra, mas deve ser definido como o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento”.

Sob o aspecto jurídico, Toshio Mukai³⁶ destaca: “a conceituação legal é ampla, não limitando a relação do ambiente ao homem, mas sim a todas as formas de vida”. Norma Sueli Padilha³⁷ amplia o descrito, afirmando:

³⁰ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, 2007. p. 40.

³¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 90.

³² PINTO, Antonio Carlos Brasil. A globalização, o meio ambiente e os movimentos ecológicos. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (org.). *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 353.

³³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 89-100.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

³⁵ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. p. 52.

³⁶ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 4.

³⁷ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 120.

O meio ambiente é, sem dúvida alguma, uma temática interdisciplinar, objeto de inúmeras ciências de áreas diversificadas, portanto, as definições legais não têm o condão de estabelecer conceitos definitivos sobre temas tão abrangentes e interdisciplinares, mas apenas apoia a aplicação das normas ambientais.

Em 1981, por meio da Lei n. 6.938³⁸, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) foi instituída, objetivando a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental compatível com a vida. Posteriormente, a CRFB/88³⁹, no art. 225, consolida em nosso ordenamento jurídico a busca pelo equilíbrio ecológico, livrando-se da singela conotação científica para compor os objetivos da coletividade⁴⁰. Afirmou-se que o meio ambiente harmônico é direito fundamental de todo indivíduo⁴¹.

Corroborando o exposto, Paulo de Bessa Antunes⁴² aduz:

O direito ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais que um direito autônomo, o direito ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra transversalmente em todos os ramos do direito. O direito ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado.

A defesa do meio ambiente também está fixada nos arts. 170, VI, e 225 da CRFB/88⁴³. Este possui a seguinte redação:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nas lições de Vicente Bagnoli⁴⁴, a defesa do meio ambiente cumpre a função de “limitação da propriedade privada, destacadamente industrial e agrícola, para

³⁸ BRASIL. Lei federal. *Lei n. 6.938*. Brasília: Senado, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 8 maio 2018.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 108.

⁴¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. *Direito ambiental*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2013. p. 39.

⁴² ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 9.

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁴⁴ BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 62.

que assim se proteja o interesse maior, da coletividade. O todo deve prevalecer sobre o único”.

Acompanha essa visão o intento da CRFB/88 de resguardar o meio ambiente e promover o desenvolvimento economicamente sustentável, recriminando a degradação do meio ambiente e incentivando o bem-estar de forma compatível com o suportado pela natureza. Denota-se que essa finalidade corrobora as atuais diretrizes da ordem econômica, já destacadas⁴⁵.

Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável

A partir de inúmeras Conferências e Tratados Internacionais é possível obter uma noção acerca do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade. Como marco inicial, utiliza-se a Conferência de Estocolmo, em 1972, que abordou o meio ambiente como um todo, chamando a atenção para os problemas ambientais decorrentes do desenvolvimento descomedido. Em seus princípios estabeleceu diretrizes para diversos temas, incluindo o desenvolvimento sustentável e destacando a necessidade urgente de encontrar soluções para a poluição⁴⁶.

Em 1987, a Comissão Mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento⁴⁷, de maneira revolucionária, declarou que o desenvolvimento sustentável deve atender para as necessidades hodiernas e as vindouras, considerando a sustentabilidade. Nesse panorama, aplicado à sociedade, observa-se o anseio, concomitante, pela satisfação das necessidades públicas, demandando uma evolução acelerada, junto ao desenvolvimento sustentável – aliando, portanto, desenvolvimento, em seus aspectos, e sustentabilidade⁴⁸⁻⁴⁹.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, a ECO/92, reforçou as diretrizes de 1987, por meio de seus princípios 3, 4 e 8, apresentando orientações a respeito da obtenção do desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, da sustentabilidade⁵⁰.

⁴⁵ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, 2007. p. 34.

⁴⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 37.

⁴⁷ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

⁴⁸ VANDRESEN, Thais; FERNANDES, Rodrigo. Tributação ambiental: a extrafiscalidade tributária na busca do meio ambiente sustentável. *XXIV Congresso Nacional do COMPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Belo Horizonte-MG*, 2015. p. 138-163. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/t9513697/dbgW4w77k7U87982.pdf>. Acesso em: 8 maio 2018.

⁴⁹ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46-48.

⁵⁰ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48.

Por conseguinte, realizou-se em Joanesburgo, na África do Sul, em 2002, a Conferência denominada Rio+10, ratificando questões acerca do desenvolvimento sustentável, incluindo o cumprimento da Agenda 21⁵¹, considerada instrumento de “planejamento participativo para o desenvolvimento sustentável e que tem como eixo central a sustentabilidade, compatibilizando a conservação ambiental, a justiça social e o crescimento econômico”. Em conjunto, os diplomas legais confirmam que o crescimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente no sentido local, nacional, regional e global permanecem colunas indispensáveis⁵².

A Conferência seguinte aconteceu no Rio de Janeiro, em 2012, denominada Rio+20. Dentre seus objetivos principais, destacam-se: auxiliar o planejamento a respeito do desenvolvimento sustentável para os próximos anos; abordar temas como economia verde e da erradicação da pobreza; e a estrutura institucional à sustentabilidade⁵³.

Essas circunstâncias originaram as concepções de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, que, embora similares, distinguem-se em suas particularidades. Norma Sueli Padilha⁵⁴ aborda o conceito de desenvolvimento sustentável:

Trata-se de um novo paradigma para abordar um velho desafio: o desenvolvimento. Nesta ótica, a noção de desenvolvimento, por muito tempo identificado ao progresso econômico, extrapola o domínio da economia através da sua integração com as dimensões social, ambiental e institucional, apoiando-se em novos paradigmas.

Nesse conceito compreende-se: a base da atividade econômica, as diretrizes estabelecidas pelo desenvolvimento sustentável, bem como identificar as contravérsias e os riscos, ou seja, analisar a viabilidade econômica e social⁵⁵.

O desenvolvimento sustentável eficaz parte da compreensão de que a determinação ética jurídico-constitucional consiste na observação da previsão normativa brasileira acerca da preservação do bem-estar, na responsabilização do

⁵¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Brasileira*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>. Acesso em: 8 maio 2018.

⁵² PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 97.

⁵³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Brasileira*.

⁵⁴ PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 29.

⁵⁵ BINSWANGER, Hans Christoph. Fazendo a sustentabilidade funcionar. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 41.

Estado em aplicar a prevenção⁵⁶ e na precaução⁵⁷ necessárias à manutenção das políticas públicas e das condutas privadas em harmonia com o desenvolvimento, utilizando por referência a sustentabilidade⁵⁸.

Considerando os danos causados ao meio ambiente ao logo da história e a utopia da possibilidade do retorno ao *status quo*, observar também os ideais de sustentabilidade auxilia na atuação contra a degradação acelerada. Juarez Freitas⁵⁹ assim define sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Foi no cenário da Rio-92 que surgiu a proposta acerca de uma Carta da Terra⁶⁰. Algumas reuniões e esboços resultaram em sua ratificação no ano 2000. Ainda no preâmbulo, apresenta-se a ideia de urgência da tomada de novas atitudes, requerendo a união dos esforços de todos os habitantes da Terra, uma vez que a sociedade sustentável será obtida por meio da conscientização da responsabilidade e do papel de cada indivíduo para com a coletividade.

⁵⁶ “(...) a prevenção consiste em impedir a superveniência de dano ao meio ambiente por meio de medidas apropriadas, ditas preventivas, antes da elaboração de um plano ou da realização de uma ou atividade” (GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 61). Ressalta-se a essencialidade da prevenção, uma vez que não há sentido em degradar e poluir o meio que se habita para depois reparar as agressões causadas, pois, dificilmente haverá possibilidade de retornar à situação anterior, ainda na hipótese de ser viável, o procedimento seria extremamente gravoso, ou seja, economicamente não compensa. Alexandra Aragão conceitua: “O princípio da prevenção implica então a adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são conhecidas, como fim de evitar a verificação desses danos ou, pelo menos, de minorar significativamente seus efeitos” (ARAGÃO, Alexandra. *Direito constitucional do ambiente da União Europeia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44).

⁵⁷ A diferença entre precaução e prevenção está no foco. A precaução abarca o risco hipotético e a probabilidade de risco, já a prevenção considera o risco certo, probabilidade de acidente e perigo. Segundo Paulo Afonso Leme Machado, “[...] o princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta” (MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23 ed. São Paulo Saraiva, 2017. p. 56).

⁵⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-34.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

⁶⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Carta da Terra*. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf. Acesso em: 12 maio 2018.

Os pressupostos estabelecidos na Carta da Terra atuam como bússola para um novo começo, baseado no respeito aos valores importantes, harmonia à diversidade e colaboração do governo, da sociedade civil, bem como do setor empresarial.

A sustentabilidade constata-se ao sentir a busca do envolvimento de todos de modo igualitário na sociedade, a fim de obter meios de vida adequados. A atual insustentabilidade social da humanidade é consequência da injustiça social. As crises desencadeadas resultam no distanciamento da realidade em relação a esse ideal⁶¹.

A preocupação é de escala mundial. Leonardo Boff⁶² assevera sobre o tema: “gritos lancinantes de famélicos e miseráveis se elevam ao céu; poucos são os que ouvem seus lamentos. Alcançamos níveis de barbárie e desumanidade como em poucas épocas de nossa história”.

Diante do desequilíbrio, a insustentabilidade da ordem socioecológica mundial anuncia catástrofes iminentes em face das condições ambientais atuais. A ausência de conscientização e sensibilização resultou no enriquecimento de um pequeno grupo (injustiça social) à custa da devastação mundial da natureza, sobrecarregando o planeta. A natureza possui gigantesca resistência às agressões a ela infligidas, contudo o ser humano tem exigido mais do que o planeta pode suportar. Essas constatações são imprescindíveis a fim de averiguar o caráter urgente de novas atitudes⁶³.

TRIBUTAÇÃO E EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL

As funções fiscais e extrafiscais são definidas, em geral, por meio da doutrina e referem-se à finalidade do tributo. A fiscalidade remete ao caráter primordial do tributo de arrecadar e abastecer o erário. Diz-se primordial, pois os tributos, apesar da classificação apresentada, apresentam em maior ou menor grau os dois objetivos, prevalecendo para a classificação aquele que, na prática, tem um ou outro em maior intensidade⁶⁴.

Como o papel do Estado não se limita ao fornecimento de serviços como educação, cultura, segurança, previdência, assistência, dentre outros, mas possui o dever de refrear o progresso do dano social, nasce a necessidade de intervenção

⁶¹ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 19-21.

⁶² BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 20.

⁶³ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 17-29.

⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 234-236.

estatal a fim de obter os fins almejados ao bem comum. Um dos meios passíveis de serem utilizados é a tributação com finalidade extrafiscal⁶⁵.

Flávio de Azambuja Berti, citado por Thais Bernardes Maganhini⁶⁶, assevera:

A extrafiscalidade é tema em voga no direito tributário, sendo objeto de inúmeras considerações por parte da doutrina em razão de sua importância e do desenvolvimento do seu uso, particularmente com o advento do Estado Social em substituição ao modelo de Estado Liberal a partir do período que sucedeu o final da Segunda Guerra Mundial.

Para Cleucio Santos Nunes⁶⁷, “a extrafiscalidade é uma forma de revolução social por meio do direito”, pois consiste na utilização das ferramentas disponibilizadas por meio da legislação atual a fim de concretizar políticas públicas, conquistando, assim, condições de vida adequada.

Hugo de Brito Machado⁶⁸, quanto à finalidade dos tributos, é considerado “fiscal, quando seu principal objetivo é arrecadação de recursos financeiros para o Estado; extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico buscando efeito diverso da simples arrecadação de recursos”.

O art. 170, VI, da CRFB/88 indica que a defesa ambiental é um princípio da ordem econômica, e, para aplicar esse objetivo de maneira eficaz, é essencial que esse pressuposto seja um direcionador da intervenção estatal.

A finalidade dos tributos ambientais consiste em: arrecadação de verbas que acarretarão ações de preservação do meio ambiente e promoção de condutas ecologicamente corretas. Afirma-se ser impossível separar a função fiscal e a extrafiscal dos tributos ambientais, e a esse respeito Alfredo Augusto Becker, citado por Fernando Magalhães Modé⁶⁹, preleciona:

É em síntese a seguinte: na construção jurídica de todos e de cada tributo, nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão sempre – agora de um modo consciente e desejado – na construção de cada tributo apenas haverá maior ou menor prevalência neste ou naquele sentido a fim de melhor estabelecer o equilíbrio econômico social do orçamento cíclico.

⁶⁵ NUNES, Cleucio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 104-106.

⁶⁶ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (*Mestrado em Direito*). p. 75.

⁶⁷ NUNES, Cleucio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. p. 105.

⁶⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 69.

⁶⁹ MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 75.

Para a finalidade extrafiscal ambiental ser eficiente, os princípios a serem analisados ultrapassam a seara do Direito Tributário e mesclam-se a princípios ambientais, econômicos e constitucionais. Assim, ao aplicar corretamente as diretrizes estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico, é possível incentivar condutas ecologicamente compatíveis e desestimular as atitudes causadoras de danos ambientais⁷⁰, o que torna a extrafiscalidade uma modalidade de intervenção estatal extremamente saudável, justamente por compatibilizar e aplicar os princípios convergentes expostos em prol da sociedade.

O Sistema Tributário Nacional, em relação aos tributos incidentes sobre a importação, exportação, produtos industrializados, operações financeiras e em casos de guerra, converge no sentido da extrafiscalidade. Diante disso, em razão de a CRFB/88 não definir a possibilidade de extrafiscalidade e a fim de aplicá-la, faz-se necessário considerar que, além da arrecadação inerente aos tributos, há igualmente o caráter direcionador desse sistema, tornando possível a extrafiscalidade. Corroborando essa ideia, Augusto Becker, citado por Cleucio Santos Nunes⁷¹, afirma:

Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo.

É importante frisar que a extrafiscalidade estimula a prática, pelos contribuintes, de condutas ecologicamente sustentáveis e, portanto, assim como o próprio conceito de tributo traduz, não tem finalidade sancionatória⁷². Da mesma forma, deve respeitar o princípio da capacidade contributiva⁷³ de cada contribuinte.

Hodiernamente, percebe-se que a espécie de tributo mais utilizada é o imposto, para fins extrafiscais, em razão de ser um tributo não vinculado. Utiliza-

⁷⁰ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental*. um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente. Dissertação (*Mestrado em Direito*). p. 79.

⁷¹ NUNES, Cleucio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. p. 109.

⁷² VANDRESEN, Thais; FERNANDES, Rodrigo. Tributação ambiental: a extrafiscalidade tributária na busca do meio ambiente sustentável. *XXIV Congresso Nacional do COMPEDI*. p. 155-157.

⁷³ A capacidade contributiva locomove-se em conjunto com a isonomia, visto que sua materialização consiste em cargas tributárias justas aliadas na busca da justiça social, Roque Antonio Carrazza define: “quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza”. Ressalta-se a existência de divergências doutrinárias. Hugo de Brito Machado afirma. em relação ao princípio em epígrafe. que este é aplicado somente aos impostos, contudo Roque Antonio Carrazza emprega o termo “impostos” de maneira genérica, entendendo que não há nada que obste a aplicação do referido princípio às outras espécies de tributo (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 96-97; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. p. 40).

-se, em primeiro lugar, o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) extrafiscal, de exercício de competência municipal, a título exemplificativo.

Nele, observa-se o princípio da progressividade⁷⁴, adequando a conduta às necessidades sociais da cidade e considerando o meio ambiente artificial. Assim, a CRFB/88 possibilita aos municípios o emprego da alíquota progressiva, concedendo benefícios, a fim de estimular a função social da propriedade⁷⁵.

No âmbito da União, igualmente se aplica a extrafiscalidade ambiental ao Imposto sobre Propriedade Rural (ITR), pois a Lei n. 9.393, de 1993⁷⁶, fixou alíquotas progressivas, considerando a utilização das propriedades rurais e, logo, a diminuição da improdutividade⁷⁷.

Já o Decreto n. 755, de 1993⁷⁸, estabeleceu a redução das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre veículos automotores, atribuindo a função extrafiscal ao tributo. A redução da tributação referente aos automóveis movidos a álcool (veículos de uso misto) reflete, conseqüentemente, no preço, atraindo o consumidor à compra de automóveis ecologicamente corretos.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), cuja competência é estadual, também pode ser aplicado em benefício do meio ambiente. Apesar de representar boa parte da arrecadação dos Estados, a CRFB/88 fixou o percentual a ser repassado aos municípios. Diante dessa determinação, alguns Estados destinam parte da parcela deliberada aos Municípios que possuem limitações ambientais e, assim, auxiliam seu desenvolvimento⁷⁹.

O Estado de São Paulo, por meio da Lei n. 8.510, de 1993⁸⁰, destinou o percentual de 0,5% da parcela do ICMS arrecadado (25% direcionado aos Municí-

⁷⁴ Com a progressividade, ocorre o agravamento do ônus tributário conforme o aumento da base de cálculo. A alíquota, pois, aumenta de acordo com o aumento da base de cálculo. Ressalta-se que a maioria dos tributos é proporcional, e, nesses casos, ocorre o aumento da base de cálculo, mas a alíquota é fixa. Aquela forma de instituição do tributo, portanto, opera-se nitidamente de maneira mais gravosa.

⁷⁵ FUSO, Rafael Correia. *Extrafiscalidade do IPI, ICMS e IPTU*. Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/75f7/extrafiscalidade-do-ipi-icms-e-iptu-rafael-correia-fuso>. Acesso em: out. 2016.

⁷⁶ BRASIL. *Lei n. 9.393*, de 19 de dezembro de 1996. Brasília: Senado, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9393.htm. Acesso em: 8 maio 2018.

⁷⁷ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (*Mestrado em Direito*). p. 69.

⁷⁸ BRASIL. *Decreto n. 755*. Brasília: Senado, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0755.htm#anexo. Acesso em: 8 maio 2018.

⁷⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. p. 115-120.

⁸⁰ BRASIL. Estado de São Paulo. *Lei n. 8.510, de 29 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a parcela percentente aos municípios do produto da arrecadação do ICMS. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1993/lei-8510-29.12.1993.html>. Acesso em: 8 maio 2018.

pios) às cidades que possuam superfícies resguardadas – áreas de preservação ambiental, reservas ecológicas, parques estaduais, entre outros⁸¹.

Observa-se também a Lei Complementar n. 101, de 2000⁸², que estabelece normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, em seu art. 14⁸³, e propõe condições vinculantes para a concessão ou ampliação de benefícios ou incentivos cuja natureza implique a renúncia da receita⁸⁴.

Em 15 de dezembro de 2016, a Emenda Constitucional cujo teor altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para instruir o Novo Regime Fiscal, em seu art. 107, assim dispôs:

“Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para a despesa primárias:

I – do Poder Executivo;”

Em caso de descumprimento do limite supracitado, complementarmente, no ano seguinte poderá ser proibida a concessão ou ampliação de incentivos que resultem em abstenção na arrecadação de tributos, conforme o art. 103, parágrafo único, II, da PEC 241/2016, caso venha a ser aprovada pelo Congresso Nacional. As novas condições estabelecidas em alguns casos poderão restringir a possibilidade de dispor da extrafiscalidade ambiental, porém, considerando que o instrumento em

⁸¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. p. 116-117.

⁸² BRASIL. Lei federal. *Lei Complementar n. 101*. Brasília: Senado, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 8 maio 2018.

⁸³ “Artigo 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso” (BRASIL. Lei federal. *Lei Complementar n. 101*).

⁸⁴ MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (*Mestrado em Direito*). p. 97-99.

epígrafe não deve causar prejuízos para as contas públicas, a determinação é razoável.

CONCLUSÃO

Observa-se que o conjunto de normas tributárias e ambientais prevê a utilização da extrafiscalidade tributária como instrumento da preservação ambiental. Confirma-se o problema levantado à vista disso, uma vez que se tem na finalidade extrafiscal do tributo uma forma eficaz de direcionar a sociedade à concretização de interesses públicos, especificamente à pesquisa, ambientais.

A extrafiscalidade, como fomentadora de condutas ecologicamente corretas, converge à efetivação de um desenvolvimento sustentável. Parte-se do dever de intervir inerente ao Estado, em que surge a possibilidade de alteração das finalidades dos tributos, transformando o caráter meramente arrecadatório da fiscalidade em direcionador de políticas públicas ambientais – extrafiscalidade, portanto.

Isso porque, em razão da possibilidade de diminuição da carga tributária imposta aos contribuintes, estes se esforçarão para obter os benefícios singulares dispostos àqueles que, justamente, cumprirem as diretrizes tributárias estipuladas para obter minoração do pagamento ou, ainda, para não incorrer no aumento do imposto. Há incentivo, desse modo, à conscientização.

A aplicação desse instrumento, entretanto, requer harmonia dos princípios que norteiam o Direito Econômico, o Direito Ambiental e o Direito Tributário, considerando que a sustentabilidade não é um objetivo inerente exclusivamente a esse. Além disso, a capacidade contributiva dos contribuintes deve ser verificada com base na aplicação dos fins objetivados com a majoração ou minoração de tributos advindos do instrumento extrafiscal e o respeito à capacidade contributiva de cada sujeito.

A interdisciplinaridade ficou evidenciada ao longo do relatório da pesquisa e tem como objetivo uma sociedade em que se desfrute de um meio ambiente, e outras áreas do Direito, equilibrado.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; CARVALHO, Sonia Aparecida de. O modelo de decrescimento, crescimento e desenvolvimento sustentável diante do paradigma de sustentabilidade. *Revista FSA*, v. 14, n. 1, art. 4, jan./fev. 2017. Disponível em <http://www4.fsanet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/1268>. Acesso em: 29 de jan. de 2018.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BINSWANGER, Hans Christoph. Fazendo a sustentabilidade funcionar. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2018.
- BRASIL. *Decreto n. 755*. Brasília: Senado, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0755.htm#anexo. Acesso em: 8 maio 2018.
- BRASIL. Lei federal. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 8 maio 2018.
- BRASIL. Lei federal. *Lei Complementar n. 101*. Brasília: Senado, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 8 maio 2018.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Brasileira*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>. Acesso em: 8 maio 2018.
- BRASIL. São Paulo. *Lei n. 8510, de 29 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a parcela pertencente aos municípios do produto da arrecadação do ICMS. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1993/lei-8510-29.12.1993.html>. Acesso em: 8 maio 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FUSO, Rafael Correia. *Extrafiscalidade do IPI, ICMS e IPTU*. Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/75f7/extrafiscalidade-do-ipi-icms-e-iptu-rafael-correia-fuso>. Acesso em: 11 maio 2018.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello (org.). *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 23 ed. São Paulo Saraiva, 2017.

MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrafiscalidade ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, 2007. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e2084379dd9fb4de7d78b08c72a2b29d.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2013.

MASSO, Fabiano Del. *Direito econômico esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

MAY, James R.; DALY, Erin. *Global environmental constitutionalism*. Cambridge University Press, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

NUNES, Cleucio Santos. *Direito tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 9. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

RAFAT, Rokhsareh. Opportunities, priorities and challenges for the industrial development of Bushehr Province, from the perspective of experts, professionals and industrialists of Bushehr. *American Journal of Industrial Engineering*, v. 4, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VANDRESEN, Thaís; FERNANDES, Rodrigo. Tributação ambiental: a extrafiscalidade tributária na busca do meio ambiente sustentável. *XXIV Congresso Nacional do COMPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Belo Horizonte-MG, 2015*. p. 138-163. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/t9513697/dbgW4w77k7U87982.pdf>. Acesso em: 8 maio 2018.

Data de recebimento: 26/07/2018

Data de aprovação: 20/12/2018

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: CRITÉRIOS MATERIAIS DE APRECIÇÃO

THE JURISDICTIONAL CONTROL OF DISCRETIONARITY IN PUBLIC HEALTH POLICIES: MATERIAL CRITERIA FOR ASSESSMENT

*Zaiden Geraige Neto**

*João Pedro Silvestrini***

*Thiago Ribeiro Franco Vilela****

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central demonstrar a viabilidade e a legitimidade da judicialização da política de áreas de saúde, ainda que versem sobre ato administrativo discricionário. Defende-se inicialmente a relação entre política e constituição, bem como os direitos concebidos dessa relação, tornando-se obrigação de contraprestação estatal de acesso à saúde como condição de dignidade humana. Em seguida, compreende-se que a matéria administrativa, mesmo que discricionária, apresenta elementos capazes de inferência do Poder Judiciário, em razão do permissivo constitucional. A questão é polêmica, haja vista diversos posicionamentos que condenam essa conduta do Judiciário, atribuindo-lhe o

-
- * Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade de Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto-SP (Unaerp). Professor Convidado do curso presencial de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto-SP (FDRP/USP). MBA Executivo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro efetivo e diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do IASP. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Advogado. E-mail: zgneto@uol.com.br.
- ** Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (Unaerp). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto-SP (FDRP/USP). Advogado. E-mail: joapedrosilvestrini@hotmail.com.
- *** Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (Unaerp). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). 5º promotor de justiça de Paraíso do Tocantins. E-mail: thiagofvilela@hotmail.com.

ativismo judicial. Todavia, a jurisprudência vem construindo rico aporte de critérios objetivos capazes de dar maior validade e segurança jurídica às decisões de implementação de políticas públicas de saúde, devido a critérios objetivos de análise, elencando a dignidade humana como fator primordial de preponderância na hipótese de conflitos de direitos.

Palavras-chave: Direito à saúde; Controle jurisdicional; Discricionariedade política.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to demonstrate the feasibility and legitimacy of the judicialization of the health area policy, even though it deals with a discretionary administrative act. The relationship between politics and the Constitution is defended initially, as well as the conceived rights of this relation, becoming an obligation of the State consideration regarding health as a condition of human dignity. Besides, it is understood that the administrative matter, although discretionary, presents elements capable of inference of the Judiciary, due to the constitutional permissive. The issue is controversial, given various positions that condemn this conduct of the Judiciary, attributing it as judicial activism. However, the jurisprudence has been building a rich contribution of objective criteria capable of giving greater validity and legal certainty to the decisions of public health policies implementation. These policies will arise due to objective criteria analysis, listing human dignity as the primary factor of preponderance in the hypothesis of rights' conflicts.

Keywords: Health rights; Jurisdictional control; Political discretion.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais representam a percepção de que toda pessoa é merecedora de existência digna, razão pela qual são elencados à condição de bem jurídico tutelado com relevância primordial, por isso sua inclusão no rol do Título II, art. 6º, *caput*, dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O silogismo descrito é medida de justiça, afinal os direitos sociais representam o direito legítimo do cidadão a usufruir das riquezas que direta ou indiretamente contribuem para sua formação. Mormente, a contraprestação estatal está na disponibilização de serviços públicos de qualidade, e o acesso ao sistema público de qualidade é dever do Estado, por conseguinte do gestor que age em seu nome.

A elaboração de políticas públicas de saúde, voltadas às peculiaridades de cada localidade, implicam atos administrativos discricionários, porém a margem de liberdade conferida tem imbricado em limitações ou absoluta impossibilidade de usufruto desse direito, de modo que o mínimo existencial resta comprometido. A gradação de eventos danosos em razão de uma postura política ineficiente alcança a ruína da eficácia constitucional.

A crítica mais severa está acentuada no efeito indesejado da judicialização da política, o ativismo judicial, capaz de alterar a ordem jurídica da maneira mais absorva em predileções, carecendo de meios para combate, conseqüentemente, ilegítima.

Malgrado os infortúnios apresentados para a atuação do Poder Judiciário quando provocado, uma vez que a praxe administrativa revela-se abusiva e indiferente à condição mais primária de sobrevivência (acesso à saúde), o contínuo trabalho jurisdicional, quando analisado e aliado à *expertise* doutrinária, tem demonstrado a validade do instituto em questão, em forte tendência a dar efetividade às disposições constitucionais.

Outro importante reflexo é o aperfeiçoamento do direito, mais concatenado com a realidade social e imprimindo o bem-estar esperado, além do refinamento das hipóteses jurídicas capazes de dar referendo à possibilidade de controle objetivo de políticas públicas, mesmo enquanto dotadas de discricionariedade.

Para tanto, a análise perpassa por uma conjuntura histórica do perfil estatal, entabulando uma visão política que define os objetivos gerais a que os Poderes Legislativo e Executivo estão vinculados. A ligeira liberdade de administração distorce, porém, o sentido real esperado, autorizando a interferência do Poder Judiciário, desde que provocado, e favorecendo a integração de direitos a seus reais destinatários, tendo em vista a primazia do mínimo existencial, por julgamentos balizados de elementos materialmente apreciáveis e de posterior controle.

Para chegar à hipótese ora defendida, a teoria de abordagem utilizada foi de uma pesquisa prescritiva, apontando a prática dos tribunais em sintonia com a prescrição doutrinária. O método utilizado é o sistêmico, pois a análise recai sobre os elementos de ciência política, filosofia e de direito administrativo reunidos em conjunto que obedece a uma lógica de ordem constitucional.

A CONJECTURA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A concepção de direitos humanos elege a dignidade humana a bem da vida de seu maior interesse. Essa terminologia alcança o objetivo de resguardar o desenvolvimento saudável de qualquer pessoa, garantindo-lhe a proteção de sua integridade física e psicológica, dado que sem o devido amparo não há como sustentar a centralidade da existência em seu sentido biológico, condenando a possibilidade de qualquer pessoa ter uma vida digna.

A partir dessa ideia universal, o direito à saúde é previsto no art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos¹, auferindo um *status* além do direito

¹ “Art. 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica.”

legal, um ideal jusnaturalista de parâmetro minimamente ético a toda a sociedade organizada. Esse direito ganhou desdobramentos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, sendo internalizado pela atual ordem jurídica brasileira, por meio do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, colocando como dever do Estado o acesso de seus cidadãos ao mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Apesar do lapso temporal de reconhecimento da obrigação estatal com a saúde pública de *alto nível*, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, fundada sob a aura do Estado do bem-estar social, já entabulava, em seu art. 6º, o direito social e fundamental à saúde, obrigando-se a prestações positivas nesse sentido, o que está sacramentado em seu art. 196.

O legislador constituinte entabulou a regulação da saúde como um dos componentes da seguridade social, que também engloba ações de previdência e assistência social, por entender a relevância do trabalho na construção de uma nação desenvolvida, merecendo assistência pública como questão estratégica, a partir de políticas destinadas a reduzir riscos de doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação da saúde individual e coletiva.

Outra razão para compreender a saúde como um componente de seguridade social está no quantitativo de seus beneficiários, o que implica grande volume de investimento, passando à sociedade o dever de financiá-la, conforme estabelece o *caput* do art. 195 da Constituição Federal de 1988. Isso por si só é paradoxal, visto que sua categoria, enquanto direito social (art. 6º da Constituição Federal de 1988), decorre da contraprestação que o Estado tem com o cidadão de lhe oferecer o usufruto de serviços públicos, uma vez que o pagamento de tributos diversos compõe a fonte primária de receita do Leviatã.

Apesar dessa preliminar constatação, o próprio texto constitucional estabelece as diretrizes gerais de organização do serviço público de saúde, podendo-se deduzir princípios que orientam as políticas públicas vindouras e responsáveis pela efetividade desse direito.

Didaticamente, os estudiosos² da saúde pública elaboram dois gêneros de princípios, os doutrinários e os organizativos. Conforme dito anteriormente, é primordial a efetividade do direito em questão. Diretrizes em torno apenas do ideal tornar-se-iam inócuas se não implementadas com racionalidade e operacionalidade, e é justamente esse viés que guia os princípios organizativos, sendo eles: (a) regionalização e hierarquização (art. 198, I, da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, I, da Lei federal n. 8.080/90); (b) descentralização e comando

² CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.

único (art. 198, I, da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, IX, da Lei federal n. 8.080/90); e (c) participação popular (art. 198, III da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, V e VIII, da Lei federal n. 8.080/90).

Nada obstante os direitos difusos em primeiro plano, a Constituição Federal não trata a atividade de saúde no setor privado *in albis*; pelo contrário, apesar do direito de autodeterminação que assiste a cada brasileiro, além da livre-iniciativa ao empreendedor, a coletividade de pessoas usuárias de serviços médicos particulares (hospitais, clínicas e laboratórios) e farmacêuticos compreende questão de direitos coletivos, no mínimo em sentido estrito, o que reclama o controle e a fiscalização do Estado, nos termos de seu art. 200.

Além disso, existe a possibilidade de participação do capital privado no sistema público de saúde, segundo o art. 199 da Constituição Federal de 1988, porém no sentido de complementariedade, tanto que a ordem é de preferência por contratos junto às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Restabelecendo o interesse público em discussão, denota-se, da leitura das diretrizes supramencionadas, que a Constituição Federal foi além da previsão geral do direito à saúde, arquitetando a organização e os procedimentos para seu alcance, notadamente por prever uma estrutura organizacional denominada Sistema Único de Saúde (SUS), posteriormente disciplinado por lei própria, bem como a Lei federal n. 8.142/90, que, além de tratar da participação da comunidade na gestão do SUS, disciplina as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

A partir da ineficiência apontada, resta discorrer sobre a possibilidade e validade de socorro ao direito fundamental à saúde por meio de judicialização.

SENTIDO POLÍTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA JUDICIALIZAÇÃO

É de grande valia, a partir deste ponto, explicitar, ainda que em rápidas linhas, o que se entende por “política”. Esse alcance de sentido é primordial para que se possa comprovar a validade da inferência jurisdicional sobre direitos fundamentais, em especial a saúde, que representam decisão política originária.

Em sentido amplo, pode-se entender política como a organização de pessoas para atingir determinado objetivo. *Stricto sensu*, Max Weber escreveu, em *A política como vocação*: “Entenderemos por política apenas a direção do agrupamento político hoje denominado ‘Estado’ ou a influência que se exerce em tal sentido”³. O sociólogo analisa a política dos nossos tempos, preocupando-se com o que acontece no plano do Estado e, fora dele, com as articulações das pessoas para influenciar as ações do Estado.

³ WEBER, Max. *A política como vocação*. Brasília: UnB, 2003. p. 52.

Para entender melhor esse conceito e como se vincula à ideia de Estado, veja-se o que escreveu o politólogo italiano Norberto Bobbio:

Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, as funções e a divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão [...] sobre as coisas da cidade⁴.

Sinteticamente, diz-se que a política é a conquista de poder pertencente ao Estado, entendendo-se o poder como o monopólio do exercício do direito e da força. Contudo, o termo torna-se mais volátil, pois a ideia de política como exercício do poder, o ato decisório final, corresponde aos interesses do grupo ou classe em determinado momento histórico.

Então, considerando os pormenores históricos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tem-se no art. 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo”. Logo, para a pátria brasileira, o fim da política voltou-se para a garantia do bem-estar e da prosperidade social de quem detém o poder e é seu próprio destinatário, sedimentada no documento próprio para isso. Consagraram-se assim os rumos em que os poderes deveriam articular-se para a concreção dessa expectativa.

Depreende-se que elencar a saúde como alvo de direito fundamental não decorre de mera subserviência de comandos internacionais, que entendem ser o melhor para qualquer povo, mas de uma decisão acertada pelo poder originário constituinte de compreender que essa é a vontade geral, desdobrando-se em bem tutelado constitucionalmente. A partir dessa ligeira asserção tem-se um exemplo prático da relevância de atribuir à Constituição um sentido político.

Sobre esse aspecto tem-se a obra de Carl Schmitt⁵ *Teoria da Constituição*, que assevera a existência do Estado na unidade política de um povo, representando-a sob a forma de uma Constituição. Nesse documento está pautada a “decisão política fundamental”, estabelecendo a estrutura do Estado, quanto a sua forma, governo, sistemas, regimes, órgãos, direitos e garantias fundamentais. A positividade dessa decisão coletiva “contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política”.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 954.

⁵ SCHMITT, Carl. *Apud* MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-55.

Desse apanhado, deduz-se que a Constituição (lei maior) passou a ser a vontade política coletiva dirigida, ainda que operada via representantes políticos. Aliás, a reunião desses interesses é algo intrínseco à natureza humana de se organizar em busca de um objetivo comum, conforme Aristóteles:

Se é natural o homem viver em sociedade, é necessário que entre os homens exista alguma coisa pela qual a multidão é dirigida [...] em todas coisas que se ordena a um fim, em que se deve proceder de um modo ou de outro, é necessário um dirigente, através do qual se chegue diretamente ao fim devido⁶.

O que resta aos Poderes Legislativo e Executivo é o dever/vinculação com os ditames constitucionalizados da política, em que o acesso à saúde, como direito fundamental (art. 6º da Constituição Federal de 1988), significa pauta política preordenada. Ou melhor, não se deve olhar a questão de forma tão central a ponto de esquecer uma peculiaridade da política, referente à discricionariedade do administrador público. Afinal, essa é uma das propriedades dos atos administrativos, que se compõem como verdadeira “política pública”.

O ato discricionário é aquele em que o legislador, justamente por não conseguir definir os estritos termos da melhor conduta da Administração para cada caso concreto, relacionado a uma disposição legal específica (Constituição ou lei infraconstitucional), confere ao administrador a faculdade de decidir, diante da situação factual, qual deve ser a solução que melhor atenda ao interesse público. Esse sentido transcreve o que usualmente se habitua dizer “política pública”, conforme as palavras de Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁷.

A noção de governo relaciona-se com o comando, coordenação, direção e estipulação de planos de atuação do Estado, que são as políticas públicas, porém isso não significa agir ao arrepió da lei (parâmetro da conduta administrativa).

⁶ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 142.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39. *Apud* XAVIER, Marina Corrêa. O controle judicial de políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011 (on line). Disponível em: <http://www.portalde-periodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/438/285>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Destarte, as políticas públicas significam o emaranhado de ações do Poder Público para materializar direitos fundamentais, previamente estabelecidos na Constituição como opção política, mais precisamente os direitos sociais, revelando exímia metaindividualidade de direitos coletivos *lato sensu*.

Isto posto, reclama a atenção para a necessidade de cobrança em razão de sua indisponibilidade, remanescendo à sociedade socorrer sua assistência à saúde por meio da prestação jurisdicional. O poder estatal restante, seja mediante provocação ou tarefa de ofício, cabe aos órgãos constitucionalmente estabelecidos para tanto, no caso, o Ministério Público ou até mesmo a Defensoria Pública⁸.

Em que pese tratar-se de alternativa perante a ingerência estatal, a doutrina tem compreendido a necessidade de um debate muito atento à possibilidade de o Judiciário desempenhar atividade alienígena a sua natureza, muito além da autogerência (art. 96 da Constituição Federal de 1988, legislar e administrar), alcunhada de “judicialização da política”, pois, apesar da promoção de satisfação social, tem-se o pensamento generalizado de que as decisões judiciais não compreendem parâmetros seguros de fundamentação ou controle, corroborando um quadro de “ativismo judicial”, alçando a sobreposição de poderes da República.

Apesar da advertência supracitada, a possibilidade de apreciação judicial da administração pública, quanto à real efetividade de direitos fundamentais, revela compasso com o “constitucionalismo da efetividade”, de maneira a romper com uma administração pública corporativista para um modelo de gestão democrática, comprometido com o alcance do real interesse público, a título de exemplo, um sistema de saúde público eficiente.

O efeito provocado pelos julgadores é genuinamente “educativo” para o gestor público, demonstrando que o ato administrativo, sob a forma de política pública, não é blindado pela discricionariedade, uma vez que a providência adotada entre as várias que se têm à disposição deve ser razoável, a fim de adequá-la à realidade jurídica e social, como requerem os princípios da moralidade e eficiência, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Além disso, judicialização da política e ativismo judicial não se confundem, como o Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente deixado evidente em seus julgados. Até mesmo soaria a deturpação do espírito de Guardião da

⁸ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

Constituição que lhe cabe caso tratasse a questão sem fundamentos. Portanto, é necessário discorrer a respeito das características dos institutos.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Tate e Vallinder⁹ foram os primeiros a tratar da “politização da justiça”. De acordo com os autores, a judicialização atua de forma a revisar os atos do Legislativo e Executivo “frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político, tomando como base do *decisum* a Constituição”. O breve conceito demonstra a atuação de um poder sobre o outro, o que significa “*checks and balances*”, “freios e contrapesos”¹⁰, decorrente da provocação da sociedade, seja por setores sociais ou indiretamente por órgãos constitucionais incumbidos para tanto.

Denota-se que por meio desse balanceamento de poderes, com a devida disposição constitucional de harmonização, existe uma autorregulação engendrada, corroborando o controle do poder uno e garantindo o bem-estar dos cidadãos. Assim, a ideia é limitar os poderes por meio da cobrança.

Na atual conjuntura, o esforço para que a disposição Magna do direito à saúde, com o devido amparo do sistema público, é exímio exemplo de politização esculpida como norma constitucional de eficácia plena. Aliás, o direito à saúde é condição elementar para a dignidade humana, todavia as desventuras do desinteresse político expõem a população à notável ausência de acesso ao referido direito. Compulsoriamente, há liame suficiente que autoriza a judicialização da política, de maneira que não se há falar no comprometimento da harmonização dos poderes. Outro não é o entendimento pretoriano¹¹.

Desse modo, alcança-se um Estado que se ajusta às contingências populares, para que não sejam prejudicadas pela lentidão dos chefes de cada poder, uma vez que se fala no sistema de freios e contrapesos, pelo qual, resguardada a independência e harmonia dos poderes, há a possibilidade de controle e vigilância recíprocos, no intuito de valer o cumprimento das funções constitucionais acometidas a cada um.

⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Apud* CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociológica e Política (Universidade Federal do Paraná)*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004 (*on line*).

¹⁰ A autoria do sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*) é um tanto quanto tortuosa. Há interpretações que dão a paternidade a Aristóteles, em suas concepções de formas de governo, ou até mesmo ao direito inglês, mas seu despontar teria ocorrido no clássico caso “*Marbury vs. Madison*”, em 1803, nos Estados Unidos, fundamental para a jurisdição constitucional, ocorrendo a absorção de seus reflexos no ordenamento pátrio, resultando no modelo de controle de constitucionalidade misto.

¹¹ STF, RE 700227/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.04.2013, Segunda Turma, DJe-102, divulg. 29.05.2013, public. 31.05.2013.

Exemplo disso é o controle de constitucionalidade, forma de jurisdição constitucional, notadamente por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, a amostra mais lícita da judicialização da política. Essas ações são apenas um pequeno arcação constitucional, que não exclui outras ferramentas jurídicas para o mesmo fim, como a ação civil pública, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de segurança e a ação popular¹².

José Afonso da Silva lembra quão natural é a judicialização da justiça a nosso modelo constitucional:

Não se pode, a toda evidência, porém, a sociedade permanecer à espera de vontade política para a criação de leis e a adoção de práticas que executem os comandos constitucionais. Diante da omissão legislativa ou executiva para a adoção de políticas emerge, extraordinariamente, ao Judiciário a função de assegurar, através da justiciabilidade de políticas públicas, a implementação de políticas públicas que concretizem os ditames constitucionais¹³.

A ineficácia do Poder Executivo e Legislativo para, no mínimo, absorver as demandas populares, além de episódios famigerados contra a proibidade administrativa, atrelados ao digladiar de posicionamentos partidários ideológicos antagônicos, têm corroborado o descrédito desses poderes.

Sem dúvida, a maior crítica em torno da politização da justiça reside na concepção de uma “usurpação” do poder político. Todavia, há que repensar a validade dessa crítica, pois, em uma primeira análise, o Poder Judiciário é provocado pela sociedade ou por órgãos instituídos por lei, não há atuação *ex officio*. Partindo da provocação dos sujeitos citados, tem-se a expressão da democracia daqueles insatisfeitos com a administração pública, ou do próprio Estado Democrático de Direito. As decisões tomadas pelos julgadores têm arrimo nas disposições constitucionais e legais preestabelecidas, não se criando julgamentos casuísticos.

CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O ATIVISMO JUDICIAL

Malgrado o uso do Pretório Excelso como referencial para validade e legitimidade da judicialização da política, mormente outras instâncias judiciárias,

¹² OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *O Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988: existe uma judicialização da política?* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 45. Disponível em: <http://repository.usp.br/single.php?id=001295583>. Acesso em 12 fev. 2018.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 778.

o que não repele por completo até mesmo o Pretório Excelso, por vezes este pode expressar um efeito indesejado em suas decisões, isto é, acórdãos embebidos de convicções pessoais, invocando interpretações alheias ao sentido original da lei, travestem-se de conjecturas políticas e sociológicas próprias sob a aparência de legalidade, imprimindo na decisão seu desejo de acelerar a mudança social, ou, pelo contrário, sua inércia. A esse efeito indesejado atribui-se o nome de “ativismo judicial”.

O ativismo é muito mais uma postura, um ato de escolha, é a deliberada expansão do Judiciário, que, com base na interpretação constitucional, supre lacunas, sana omissões legislativas ou determina políticas públicas ausentes ou ineficientes. Esse modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e o alcance real, normalmente surge em períodos de crise do Poder Legislativo, que se mostra indiferente aos reclamos da sociedade, descuidando da fiscalização do Executivo ou se desinteressando das demandas coletivas, que veem no Poder Judiciário a salvação para as mazelas.

Portanto, não se confunde judicialização com ativismo, sendo este incompatível com o Estado Constitucional. Afinal, no fim, autoriza o Poder Judiciário a decidir discricionariamente, tornando a decisão incontrolável, visto que não há um padrão estabelecido, o que no máximo pode deixar margem a críticas, porém não pode ser considerado desobediente. Se não há padrão de controles, abre-se espaço para arbitrariedades, o que, decerto, não está sintonizado com a jurisdição constitucional.

No entanto, não há como ser indiferente à dura realidade do risco comportado no ativismo judicial, ou mesmo à necessidade de falar em judicialização da política. De fato isso não ocorreria se existisse o adequado funcionamento de toda a arquitetura constitucional, por meio de um sistema político comprometido. Logo, não há que macular a ideia de resgatar o bem-estar social, por meio do socorro pretoriano. Para Rafael Tomaz de Oliveira e Tassinari:

... a judicialização não representa um *mal in se*. Ela pode se tornar inconveniente quando encontrada em níveis elevados, mas se mostra necessária em vários âmbitos que caracterizam a sociedade contemporânea, como nas relações de consumo, na preservação do meio ambiente, nas questões envolvendo direitos sociais etc., questões que merecem ser discutidas judicialmente, na medida em que aquilo que foi projetado pela Constituição apresentar-se na forma de descumprimento¹⁴.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Marcio Gil Tostes dos (org.). *Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71.

Sob o patrocínio dos autores supramencionados, a judicialização é “inexorável” resultado do próprio modelo político experimentado pela sociedade, especialmente a brasileira. Logo, pode ter sua procura relativizada pela solução dos conflitos em outra esfera política. O limiar dos institutos está na interpretação da Constituição, ou seja, se devidamente perpassada por um juízo prelibatário e a conclusão apontar que o protagonista é a sociedade, correta é a direção do Poder Judiciário na garantia de direitos, judicializando uma temática política absorvida na Constituição. Caso o protagonismo evidencie o Judiciário como legislador negativo, tem-se um papel proativo e temerário.

O CONTROLE JURÍDICO-MATERIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Demonstrada a viabilidade conceitual da judicialização da política, resta implementar parâmetros técnicos de apreciação, ou melhor, apontar meios ou pressupostos capazes de empregar mecanismos hábeis à subsunção da realidade fática de socorro do direito à saúde no plano da tutela jurisdicional, com o objetivo de suplantiar debates que impliquem longos questionamentos a ponto de comprometer o acesso ao bem da vida, no caso, medicamentos, exames, cirurgias, tratamentos etc. de responsabilidade estatal.

O que se está a propor são critérios capazes de mensurar objetivamente a exequibilidade do acesso à saúde por meio de provocação jurisdicional, além da mera legalidade, já que esta intrinsecamente sempre carreará qualquer decisão, e também conjecturar meios materiais de melhor apreciação em julgamentos que impliquem fatalmente a judicialização da política. Para tanto, podem-se afigurar dois macrocritérios: o controle material da discricionariedade e a relativização da cláusula de reserva do possível.

CONTROLE MATERIAL DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme apontado anteriormente, o poder discricionário implica a liberdade de atuação do administrador público para que eleja, diante da situação fática do dever de agir, qual das soluções disponíveis melhor atende ao interesse público, de acordo com a conveniência (condições que possibilitam a conduta do agente) e a oportunidade (em que momento será oportuno agir). Os atributos da conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário não impõem dever de vinculação legal aos elementos do motivo e objeto, bastando apenas que ao executor caiba preenchê-los de acordo com os atributos mencionados, sendo essa a chave da discricionariedade.

Considerando a peculiaridade do mérito, sabe-se que predomina o entendimento da impossibilidade de apreciação do mérito dos atos administrativos

pelo Poder Judiciário. Mesmo que o exercício da administração pública seja pautado pela lei, nem sempre o legislador é capaz de prever todas as situações do cotidiano, razão pela qual deve ele conferir o “mínimo de liberdade” (discricionariedade) ao agente público, pois está mais próximo da realidade social, portanto mais apto a compreender o interesse público, algo de que o julgador está distante.

Também porque isso revela o perfil político pelo qual determinada autoridade foi alçada ao cargo público, ou seja, existe um casamento feliz no plano de governo oferecido pelo gestor, motivo de sua escolha por vontade popular (eleições democráticas), nas situações em que a lei confere o exercício de discricionariedade para colocar em prática o seu plano, resguardado exímio respeito tanto à representatividade política eleita (soberania popular) como à separação dos poderes (não cabe ao juiz fazer as vezes de administrador).

Apesar da relativa liberdade de escolha, o princípio da legalidade impõe que o artifício empregado esteja previsto nos termos legais e tenha competência para tanto. Em outras palavras, apesar da vedação de análise do mérito do ato administrativo, a doutrina chancela a possibilidade de controle em relação à legalidade e à legitimidade de qualquer espécie de ato administrativo, inclusive o discricionário. Isso porque, por vezes, o motivo e o objeto fogem às possibilidades legais, atingindo indiretamente a conveniência e a oportunidade.

É evidente que não existe “cheque em branco” para o administrador; antes de tudo a legalidade é a espinha dorsal do direito administrativo, sendo passível de se reformar a ideia de *estrita legalidade*. Para o embasamento da disciplina concatenada ao Estado Social moderno, o princípio da legalidade é reformado para outro patamar, abrangendo também a legitimidade e a juridicidade¹⁵.

Assim, diante das políticas públicas que atentem contra a legalidade e forem levadas ao conhecimento do julgador, este, devidamente provocado, deve realizar profunda análise exauriente da problemática, confrontando-a com a leitura das diretrizes constitucionais, destacando-se a ilegalidade pelo abuso (omissão) nos casos atinentes aos direitos sociais (saúde), que, em contrapartida, compromete o princípio da moralidade e o da eficiência, além do mais grave dano, a dignidade humana, elencada como o fundamento da República.

Compreende-se que as políticas públicas, ainda que dotadas da discricionariedade política, não estão imunes a eventual apreciação jurisdicional, pois, quando de sua edição, observa-se a ausência de meios concretos para o exercício do direito ou dificuldades para o devido acesso, situações que configuram abuso.

¹⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 145.

A moralidade administrativa está abalada pela figura do mau administrador (teoria do órgão). Consequentemente, mostra-se comprometida a eficiência, visto que sem isso não falar em efetividade do mínimo existencial, garantir acesso à saúde, colocando a dignidade humana como fundamento falacioso.

Portanto, existem critérios que fornecem ao Judiciário não só a legitimidade e a validade de seu julgamento, mas também a propriedade de aferir materialmente o controle de políticas públicas, conforme se observa na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, julgada em 2004:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo¹⁶.

Desde então, outros julgados do Supremo Tribunal Federal têm-se prestado a criar parâmetros que aperfeiçoem a judicialização da política, quanto à matéria que verse sobre direito à saúde. A Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, no ano de 2010, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que em contrapartida, por unanimidade, fez o plenário acompanhar seu voto, deixou claro que não se há de discutir a judicialização de políticas públicas de saúde, pois elas já existem; o que não ocorre é o devido acesso.

Logo, o primeiro padrão fora determinado: deve haver a previsão legal da política em questão. Caso exista e ocorra o abuso suportado pela parte, é inegável implementar a assistência. O segundo padrão reside em avaliar as razões da ausência de política pública específica (dispensação de medicamentos ainda não regularizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Sendo assim, a judicialização da política, quando se debruça sobre as nuances do direito prestacional à saúde, encontra critérios materiais para sua detida análise, afastando resquícios de ativismo judicial. Comprovado que a moralidade e a eficiência da administração pública estão expostas à maledicência, em razão da precariedade de prover assistência à saúde, configura-se atentado à dignidade humana, autorizando o Poder Judiciário a dirimir os efeitos nocivos da política arbitrária; caso contrário, perpetuar-se-á insulto a direito básico assegurado constitucionalmente.

RELATIVIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL.

Ao se discutir a politização da justiça, o instrumento hábil preordenado racionalmente para o alcance do bem da vida direito à saúde é o devido proces-

¹⁶ STF, ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.2004, p. 12, RTJ, v. 200-01, p. 191.

so legal. Por óbvio, trata-se de natureza processual congênere ao processo civil, uma vez que, como colocado anteriormente, seja para interesse individual, difuso ou coletivo *stricto sensu*, desde a ação civil pública ao mandado de segurança individual ou coletivo, caberá a aplicação do Código de Processo Civil, Lei federal n. 13.105/2015¹⁷, de acordo com seu art. 15, como fonte a suprir a ausência de disposição de rito em qualquer das ações pertinentes.

Desse modo, torna-se pertinente que o exercício da ação preencha requisitos intrínsecos a tal mister. Apesar de o novo Código de Processo Civil não prever expressamente o termo “condições da ação”, a doutrina ainda entende que se faz presente, em razão da impossibilidade de afirmar que fora adotado pela nova lei o direito abstrato de ação. Sob o forte patrocínio de Liebman, as condições da ação abrangem o interesse de agir (possibilidade jurídica do pedido) e a legitimidade.

A partir do reconhecimento da íntima ligação entre a concretização de direitos sociais e a realidade econômica e financeira do Estado, há de se levar em conta o contraste de que recursos são limitados e as necessidades sociais, não. Isso obriga a administração pública a pautar prioridades e escalonar preferências de políticas públicas à margem de verbas disponíveis.

A contingência apresentada tem origem no *leading case* “*numerus clausus*”¹⁸, perante o Tribunal Federal, alemão na década de 1970. Na situação discorria-se sobre a ampliação do número de vagas universitárias em instituições públicas para o curso de Medicina, e o tribunal entendeu que o “direito à prestação positiva estava sujeito à reserva do possível”, enfim, aquilo que seria admissível para o indivíduo exigir da sociedade, pois, mesmo o Estado dispondo de recursos, não se pode falar na compulsoriedade da prestação se esta foge ao que é proporcionalmente razoável.

Essa teoria nos remete a reconhecer que o Estado não se dedica exclusivamente aos direitos sociais, pois outras áreas também são estratégicas para a melhoria dos índices financeiros e a conseqüente qualidade de vida. São áreas governamentais estratégicas.

Mas, se a reserva do possível tem sua fundação na disposição de recursos estratégicos, nasce uma lógica incômoda ao Estado: se na vida privada de cada

¹⁷ O antigo Código de Processo Civil de 1973 não previu a regulação de microsistema jurídico, em especial aqueles voltados a segmentos da vida social específica, como consumidor, criança e adolescente etc., sendo acatada pela doutrina a presunção de sua aplicação subsidiária. O novel diploma de ritos processuais civis, de 2015, estabeleceu sua aplicação integrativa nos seguintes termos: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Como a redação mostrou-se limitada, o raciocínio empregado para o Código antigo é válido para o presente caso.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 290.

indivíduo as limitações financeiras o obrigam a eleger prioridades correlatas a sua capacidade de receita, por que o mesmo dever não é oponível ao Estado?

Com o objetivo de rotular prioridades, que implicam o sacrifício temporário de planos, deve-se se falar por decorrência da “relatividade da cláusula de reserva do possível”, tomando por interpretação análoga a decisão no Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, em 2011, que, versando sobre a efetividade do direito à educação, assentou que o alcance da dignidade da pessoa humana constrói-se com a erradicação da pobreza e consequente desigualdade social, por meio da alocação das reservas financeiras nas decisões governamentais (políticas públicas) que tenham como parâmetro e prioridade a promoção da dignidade humana, revelando como maior valor o cumprimento de direitos sociais, já que esse preceito define a ordem social e econômica da própria Lei Fundamental.

Ou seja, o gestor público que não compreende a preponderância de valores (relativização) na questão compromete a eficácia da Carta Magna¹⁹. Depreende-se que somente após o atendimento do mínimo existencial, como a assistência à saúde, é que se pode cogitar a efetivação de demais gastos, uma vez que a dignidade humana é a primeira das escolhas estratégicas no manuseio e destinação das verbas públicas.

Em que pese esse silogismo, boa parcela das demandas que envolvem diretamente a judicialização da política de saúde parte de pretensões individuais, resplandecendo um sistema de justiça individualista, em razão da sorte daqueles que têm acesso à assistência jurídica especializada, reproduzindo a sensação de um Judiciário que não se preza à universalização desse serviço público, mas à preferência de um litigante.

Isso não é defeito a ser depositado ao referido poder, porém às instituições públicas que representam os interesses difusos e coletivos, Ministério Público e Defensoria Pública, que devem antes de tudo estar vigilantes às demandas sociais na área da saúde. Afinal, o Judiciário é balizado pelo princípio da imparcialidade, não podendo agir de impulso, e sim provocado, colocando-se nos autos o bem da vida que a coletividade requer.

Na senda de demandas exclusivamente individuais do direito à saúde, que representariam violação à razoabilidade e à proporcionalidade da gestão pública, por meio de provimentos judiciais políticos, o impacto econômico suportado pela Administração Pública é alvo de profunda discussão no Pretório Excelso, conforme se afigura no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN (ainda pendente de julgamento), em que se discute a possibilidade de o Estado ser compelido a

¹⁹ STF, ARE 639.337/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2011, DJe-123, divulg 28.06.2011, public 29.06.2011.

fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para custeá-lo, à luz do direito fundamental à saúde.

Apesar da ausência de proferimento definitivo, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso chama a atenção, seja pelo reconhecimento incontestado do direito à saúde, entretanto restrito, seja pela necessidade de dar pacificação à questão, realçando-se a mitigação de impactos financeiros (alternativa à cláusula de reserva do possível) devido ao individualismo de ações.

A proposição do Ministro é a adoção sistêmica de padrões mínimos para a judicialização do fornecimento de medicamentos, estabelecendo duas modalidades de judicialização de saúde viáveis: a) a que envolve pedido de medicamento já incorporado pelo SUS, devendo ser atendida de plano, independentemente de custos, uma vez que existe política pública pertinente; b) ações que envolvam dispensação de medicamento não incorporado no âmbito do SUS; por se tratar, por vezes, de indisponibilidade do direito à vida, o julgador acrescenta cinco requisitos cumulativos²⁰.

A curiosidade no entendimento pretoriano reside no fato de que, apesar de seu discurso, em que é descabida a judicialização de políticas públicas de saúde, essencialmente por seu caráter individualista, *a contrario sensu*, o voto profere meios capazes de apreciar a problemática, aliás, oferecendo alternativa em relação às limitações arguidas por Procuradorias de Estado ou Municípios à reserva do possível.

Em arremate, quanto à reserva do possível, há duas situações que dão arrimo à relativização defendida. A primeira, porque fontes de receita por meio da majoração de tributos sempre existirão como alternativa a se desvencilhar da escassez de recursos (como ocorreu com a antiga Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira). Noutro giro, já existem políticas públicas de saúde bem definidas e consagradas²¹, que carecem exclusivamente de boa administração dos recursos já dotados. Sua inoperância decorre exclusivamente de improbidade administrativa, cabendo ao Judiciário apenas a determinação de sua imediata execução.

²⁰ (i) A incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União.

²¹ De acordo com a organização do SUS, as diferentes ações de saúde estão alocadas em blocos de financiamento. Nos termos da Portaria GM/MS n. 204/2007, no caso da assistência farmacêutica, tal bloco constitui-se de três componentes: (i) o Componente Básico, que oferece medicamentos para o tratamento de problemas de saúde com maior incidência na população (Municípios); (ii) o Componente Estratégico, que disponibiliza fármacos para o tratamento de doenças de caráter transmissível e/ou de alto impacto na saúde, como DST/Aids e tuberculose, (Estados); e (iii) o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF) (União).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contínuo fluxo histórico das sociedades impulsionou novas fisionomias estatais. A nova alvorada acena para um Estado capaz de atender às necessidades populares, com base em um tratamento equânime e democrático, sedimentando o compromisso sob a forma da lei. Essa nova tendência é fomentada pelo ideal de direitos humanos, momento que a nação brasileira experimenta, décadas depois, por meio da Constituição Federal de 1988, elevando direitos sociais à condição de direitos fundamentais e satisfazendo o ideal de comprometimento com a dignidade humana.

Esse *status* jurídico permite compreender a relevância que os direitos sociais assumem, desdobrando-se em várias estirpes, como educação, moradia, lazer, meio ambiente e saúde, porque se trata de bens jurídicos endereçados ao Estado e, portanto, devem ser protegidos por sua prestação positiva, garantindo o bem-estar social, como medida de opção política da coletividade.

A saúde tem ganhado forte atenção da comunidade jurídica em geral, pois é o núcleo do mínimo existencial condigno à condição humana. Todavia, são notórios os descasos da Administração Pública para o acesso desse direito, haja vista a insipiência de gestores e legisladores no assunto, ou mesmo desinteresse, por compreenderem existir pautas mais relevantes.

O descrédito dos Poderes eminentemente políticos da República acaba por esvaziar tentativas de diálogo, restando aos prejudicados acionar a *ultima ratio*, a judicialização do direito à saúde, que comumente tem recebido a alcunha de *judicialização da política*, uma vez que as determinações judiciais têm apreciado e conferido imediata eficácia a políticas públicas, o que, por impulso natural, seria mister dos poderes Executivo e Legislativo.

A essa anômala atividade têm-se conjurado duras críticas, inicialmente por ser um atentado à ideia de separação dos poderes, bem como pela falta de legitimidade do Judiciário, que não teria a representatividade política eleita pela população, envaidecendo tribunais com decisões judiciais lastreadas de convicções pessoais dos julgadores, fenômeno que se chamaria de ativismo judicial. Isso soaria como um atentado à segurança jurídica, pela ausência de contornos idôneos de fundamentação.

No entanto, sob profunda análise e embates de posicionamentos, restou configurada a validade da judicialização da política, em vários aspectos. Sob a primeira óptica, da ciência política e do direito, sabe-se que a política é o pleno exercício do poder, representado pelo interesse de um grupo em dado momento histórico. A realidade tupiniquim elegeu o direito à saúde como medida de política fundamental, nos termos dos arts. 6º e 196 da Carta Magna em 1988, que se desdobraram em leis e políticas preestabelecidas para seu acesso. Assim,

quando o Judiciário tem de se manifestar a respeito, dá apenas executividade a uma pauta já estabelecida, o que em contrapartida afasta as alegações de eventual ativismo ou usurpação de função.

Aliás, a atividade judiciária nesse sentido representa exímio exercício do enlace constitucional de freios e contrapesos. Não há que se falar em invasão de esferas do poder, dado que a própria arquitetura constitucional prevê meios de cobrança entre os poderes estatais para se ajustarem às continências populares. Ademais, a maior prova desse pretexto está na previsão dos remédios constitucionais, no controle de constitucionalidade e nas instituições voltadas para a tarefa de garantir a ordem jurídica.

Sobre o crivo do direito administrativo, tem-se que a discricionariedade, manifesta em políticas públicas, é ato voltado à liberdade de escolha da Administração em face do dever de agir, com a diversa realidade factual. Em tese essa ampla faculdade promoveria maior agilidade na atividade administrativa.

Entretanto, isso não significa uma benesse oponível a qualquer propósito do gestor. Inegavelmente, o mérito deverá corresponder à expectativa legal, perspectiva essa global que abrange muito mais que o texto expresso de lei, ou seja, a Constituição e princípios, se não existirá atentado à moralidade, situação que corrobora o controle judicial de atos administrativos discricionários, evitando a erosão constitucional, além de empregar a máxima efetividade do Texto Magno.

Ressalta-se ainda a dimensão da teoria da “reserva do possível”, como empecilho o bastante para servir de fundamento ao Poder Público na inviabilização e implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, em razão da escassa capacidade financeira. Isto é, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, frustram-se ambições individuais, por vezes até coletivas, de acesso à saúde, pela primazia de um interesse público primário que estaria comprometido.

Todavia, cabe ao administrador adotar um viés norteador de metas da gerência pública, escalonar tarefas e objetivos a serem adimplidos. O referencial é o próprio tratamento constitucional dispensado aos direitos sociais, que representam o mínimo existencial da dignidade humana e ocupam o ápice da diretriz constituinte e, por simetria, deve ser o padrão do gestor público.

Essa atividade em defesa da saúde tem sido o árduo labor dos tribunais pelo país, destacando-se os vários julgamentos que o STF tem enfrentado, que servem de referencial a outras instâncias e à própria administração pública. Apesar de diferentes posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, quando colocada a discussão sobre o choque de direitos na perspectiva política, jurídica e social, o “mínimo existencial” é o fiel da balança, capaz de colmatar qualquer impasse no conflito de princípios ou bens jurídicos colocados.

Em relação a esse legado em construção, já é firme a validade da judicialização pertinente e a satisfação do direito tratado. Cabe apenas empregar maior racionalidade na ocasião, deixando evidente o papel de cada esfera de governo na questão, além de contar com a atuação oficiosa das instituições erigidas para garantir a ordem jurídica e os interesses sociais, mitigando eventuais ações individuais e construindo, por fim, um cenário que privilegia o bem-estar e a saúde de todos.

Finalmente, diante da necessidade de politização da justiça, ao juiz é dado desenvolver o direito não exclusivamente com fidelidade cega à lei, mas em harmonia com os anseios da vida social, avaliando os interesses em jogo, de forma que há situações nas quais o ordenamento jurídico deve ser flexível e adaptável ao caso concreto. Afinal, interpretar normas e problemas antigos com critérios atualizados cientificamente é favorecer o ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociológica e Política (Universidade Federal do Paraná)*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699/2949>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Marcio Gil Tostes dos (org.). *Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *O Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988: existe uma judicialização da política?* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002. p. 45.

Disponível em: http://repository.usp.br/single.php?_id=001295583. Acesso em 12 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WEBER, Max. *A política como vocação*. Brasília: UnB, 2003.

XAVIER, Marina Corrêa. O controle judicial de políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/438/285>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Data de recebimento: 10/10/2018

Data de aprovação: 10/01/2019

O PREÇO DA LIBERDADE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO DANO MORAL POR PRISÃO ILEGAL

THE PRICE OF LIBERTY: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS ABOUT MORAL DAMAGES CAUSED BY AN UNLAWFUL ARRESTMENT

*Louise Ribeiro do Nascimento**
*Luana de Carvalho Silva Gusso***
*Nestor Castilho Gomes****

RESUMO

O artigo problematiza a indenização por danos morais decorrente de prisão ilegal por erro judiciário, mediante uma análise jurisprudencial realizada nos Tribunais de Justiça brasileiros, entre agosto de 2007 e agosto de 2017. Utilizando diferentes metodologias, como a pesquisa quali-quantitativa e a bibliográfica, destacamos a coleta de dados em seção própria do presente trabalho. Encontraram-se 1.623 casos, sendo que 50,8% deles reconheceram a ilegalidade na prisão. Constatou-se que São Paulo e Minas Gerais foram os estados com maior incidência de casos, sendo que a região Centro-Oeste foi a que apresentou a concessão de indenizações elevadas, ao passo que a região Sudeste, as mais baixas. Dos casos encontrados, 36% foram ocasionados por prisão provisória ilegal. O valor médio de indenização concedido pelo Poder Judiciário ficou entre 10 e 30 mil reais. A partir da análise dos dados, discorreu-se acerca do erro judiciário, da responsabilidade civil do Estado, das espécies de prisão ilegal e do pleito de indenização por dano moral em uma perspectiva jurídico-constitucional.

* Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville (Univille). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). E-mail: louisenascimento@outlook.com.

** Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Pós-doutora em Democracia em Direitos Humanos – UC – Portugal e Ius Gentium Conimbrigae. Professora adjunta I na Universidade da Região de Joinville (Univille) – *Campus Bom Retiro*. E-mail: lu_anacarvalho@yahoo.com.br.

*** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Professor adjunto II na Universidade da Região de Joinville (Univille) – *Campus Bom Retiro*. E-mail: nestorcastilho@bh.adv.br.

Palavras-chave: Constituição Federal; Responsabilidade civil; Prisão ilegal; Erro judiciário.

ABSTRACT

The article problematizes the indemnification for moral damages resulting from an illegal imprisonment for judicial error, through a jurisprudential analysis carried out in the Brazilian Courts of Justice, between August 2007 and August 2017. Using different methodologies, such as qualitative-quantitative and bibliographical research, we highlight the collection of data in a section of the present work. There were 1,623 cases, of which 50.8% acknowledged the illegality in prison. It was found that São Paulo and Minas Gerais were the states with the highest incidence of cases, and the Central-West region was the one that presented the concession of high indemnities, while the Southeast region, the lowest. 36% of the cases found were caused by illegal provisional arrest. The average amount of indemnity granted by the Judiciary was between 10 and 30 thousand reais. Based on the analysis of the data, there was a discussion about the judicial error, the civil responsibility of the State, the species of illegal imprisonment and the suit for compensation for moral damages from a juridical-constitutional perspective.

Keywords: Federal Constitution; Civil liability; Illegal arrestment; Mis-carriage of Justice.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é estudar a indenização por dano moral concedida às pessoas que foram condenadas por erro judiciário no Brasil. A pesquisa limitou-se às prisões ilegais no âmbito penal, compreendendo o período de agosto de 2007 a agosto de 2017. Como se sabe, as prisões ilegais, bem como o erro judiciário atentam contra inúmeros dispositivos constitucionais e legais, em especial a honra e a liberdade do ser humano.

É necessário analisar o tema sob três perspectivas: nacional, legal e judicial. O contexto em que o país vive se reflete no sistema prisional brasileiro. A situação carcerária do Brasil se encontra entre as piores do mundo. O seu propósito é continuamente questionado, diante do cenário de descaso e maus-tratos ocorridos nos estabelecimentos prisionais. Atualmente, “o sistema prisional se tornou uma escola do crime que leciona o ódio, a vingança, a violência e a impiedade”¹. Isso porque a estrutura oferecida, não consegue suportar a demanda carcerária. Interessante destacar que o total de presos no Brasil em junho de 2016 era de

¹ SANTOS, César Romero Marques dos *et al.* Sistema carcerário brasileiro. *Jicex*, Curitiba, v. 5, n. 5, 2015. p. 2.

726.712, sendo que havia vagas para, tão somente, 368.049 presos, conforme relatório do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*².

O que causa inquietação é que, entre os 726.712 detidos, há aqueles que foram presos ilegalmente por falha do sistema judiciário. Em decorrência dessa ilegalidade, surge o contexto legal. A legislação brasileira prevê a responsabilização do Estado em casos de prisão penal ilegal. Por conseguinte, é possível pleitear ao Poder Judiciário indenização pelo tempo que a prisão ilegal perdurou e suas consequências inerentes.

O intuito da presente pesquisa é analisar os dados obtidos na pesquisa jurisprudencial, a fim de traçar o panorama decisório dos Tribunais pátrios. Metodologicamente, far-se-á uma análise jurisprudencial das ações que tramitaram no Judiciário, cujo pedido consiste em indenização por prisão ilegal.

ERRO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a responsabilização do ente estatal por erro judiciário. Dispõe o art. 5º, LXXV: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”³.

Sobre o assunto, dessa forma se manifesta o Superior Tribunal de Justiça:

A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao “*status libertatis*” (art. 5º, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido à prisão processual e posteriormente absolvido⁴.

Nas palavras de Gonçalves:

O texto assegura a reparação à vítima do erro judiciário, sem condicioná-la à revisão da sentença condenatória. E, por outro lado, “impondo ao Estado a obrigação de indenizar àquele que ‘ficar preso além do tempo fixado na sentença’, está implicitamente também assegurando

² INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, junho de 2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, jun. 2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro de 2015; IBGE, 2016.

³ BRASIL. Constituição (1988). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.899-1. Relator: Ministro Vicente Leal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 3 jun. 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500109140&dt_publicacao=03/06/1996. Acesso em: 18 jun. 2018.

ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão ‘sem sentença condenatória.’ (...)’⁵.

Com efeito, o texto constitucional não recepcionou o art. 630 do Código de Processo Penal, que dispõe que “o tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”⁶. Na vigência da Constituição Federal de 1967, o lesado deveria requerer ao juízo criminal que reconhecesse o erro judiciário a fim de que, em juízo cível, fosse arbitrada a indenização. Atualmente, tal procedimento deixou de ser aplicado. Assim, pode ser ajuizada de imediato a ação indenizatória no juízo cível.

O erro judiciário é conceituado na doutrina como “todos os atos típicos de mau funcionamento do serviço público jurisdicional, evidenciando menosprezo do órgão jurisdicional ao princípio da eficiência do serviço público”⁷.

Segundo Fernandez:

O erro se traduz em engano ou falsa concepção sobre determinada coisa ou fato. No que se refere à responsabilidade civil extracontratual do Estado, o erro deve ser decorrente da atividade judiciária, tanto pela ação, seja do magistrado ou de servidor designado para a prática de algum ato específico, como pela omissão, quando a prestação jurisdicional não é entregue ao indivíduo, tendo a demora lhe causado prejuízo⁸.

Para além disso, aduz Falcão:

O erro judiciário é o que resulta de errônea interpretação dos fatos (erro de fato) ou de violação a regras de natureza processual ou material (erro de direito). Tais falhas podem ocorrer na condução do processo (*in procedendo*) ou no próprio julgamento (*in judicando*). Em outras palavras, erro judiciário é a má subsunção do comportamento à norma em vigor, à época do fato. É o erro de perspectiva ou a falsa percepção dos fatos, podendo resultar, ainda, da falsa percepção que o julgador tem do

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 185.

⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689C/Compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.

⁷ FRANCO, João Honório de Souza. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. 2012. 290 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 155.

⁸ FERNANDEZ, Elizabeth. Responsabilidade do estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 88, jul./ago. 2011. p. 22. *Apud* KNOERR, V. S.; VERONESSE, E. F. O erro judiciário e o responsabilidade civil do Estado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, jul.-dez. 2016. p. 13.

preceito legal em abstrato, dando-lhe inadequada interpretação no exato momento de aplicá-lo ao caso concreto⁹.

O erro judiciário explicitado no referido diploma legal, segundo Cavaliere Filho, restringe-se aos atos jurisdicionais do Estado, os quais diferem dos atos da atividade judiciária. Segundo o autor, para haver indenização fundamentada no erro judiciário é preciso que haja um “ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional”¹⁰, ou seja, sentenças, despachos e decisões interlocutórias, de forma que os “casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários e mazelas do aparelho policial”¹¹, fazem parte da atividade judiciária e são regulamentados pela responsabilidade objetiva do Estado genérica (CRFB/88, art. 37, § 6º).

Na mesma esteira, leciona Falcão:

(...) devem-se entender por atos jurisdicionais, em consideração à responsabilidade civil deles decorrente, aqueles atos praticados pelo juiz, no âmbito de um processo judicial (...). Há outros atos praticados pelo juiz que se caracterizam como não jurisdicionais, tendo, assim, natureza materialmente administrativa, embora no exercício da atividade judiciária (*lato sensu*). Quanto a esses atos, não há dúvida de que, se vierem a causar prejuízo, ensejarão a aplicação do regime geral de responsabilidade civil do Estado, previsto na Constituição da República¹².

Para os fins do presente artigo, em que pese a diferenciação terminológica entre atos jurisdicionais e atos da atividade judiciária, tratar-se-á de ambas. Apesar de a primeira possuir previsão legal mais específica do que a segunda, a consequência jurídica que delas resulta tem o mesmo corolário: a responsabilidade objetiva estatal.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O instituto da responsabilidade civil possui diversas ramificações, como a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. A contratual diz respeito àquela responsabilidade decorrente de negócio jurídico

⁹ FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. *Responsabilidade civil do juiz por atos jurisdicionais: um olhar sobre o direito brasileiro*. 2015. 74 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015. p. 405.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 362.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 365.

¹² FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. *Responsabilidade civil do juiz por atos jurisdicionais*, cit., p. 414.

(contrato) entre dois ou mais sujeitos, exurgindo a responsabilidade caso a obrigação objeto daquele contrato seja descumprida. De outro lado, a responsabilidade extracontratual não está vinculada a um contrato, mas decorre da infração a um dever legal.

Acerca do assunto, dispõe Gagliano e Pamplona Filho:

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual (...). Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual¹³.

Para os fins do presente trabalho, importa discorrer acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, pois a responsabilidade contratual rege-se por princípios próprios na área de contratos administrativos¹⁴. Dessa forma, “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”¹⁵.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou positivada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, no art. 37, § 6º, no sentido de que este responderá objetivamente pelos danos causados a terceiros, em virtude da atuação de seus agentes públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa¹⁶.

Com efeito, emerge no Brasil a teoria do risco administrativo, a fim de fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado. A respeito do tema, sustenta Cavalieri Filho:

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 815.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 816.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes¹⁷.

Sobre a mesma teoria, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-lo pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventos damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da ilicitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417)¹⁸.

Não obstante, é o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho:

De fato, parece-nos que, sem sombra de qualquer dúvida, a responsabilidade civil prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente *objetiva*, prescindindo da ideia de culpa, como pressuposto para a obrigação de indenizar. (...). Essa afirmação, todavia, não implica dizer que o nosso sistema tenha adotado as teorias do risco integral ou risco social, mas sim do risco administrativo, que admite, portanto, a quebra do

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 324.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 163/1107. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000320546&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 18 jun. 2018.

nexo causal pela comprovação de uma das excludentes de responsabilidade civil¹⁹.

Logo, o Estado responderá objetivamente pelos danos causados por seus agentes a terceiros, ou seja, o pleito independerá da comprovação da existência de culpa. Nesse caso, será necessário que estejam presentes os requisitos do dano e do nexo causal. Assim, “responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular”²⁰, não havendo, dessa forma, “indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração”²¹.

Em síntese, “o mínimo necessário para determinar a responsabilidade do Estado é que o cargo, a função ou atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito”²². Logo, tem-se que a responsabilidade do Estado será objetiva, desde que o causador do dano tenha sido agente público de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviços públicos, no exercício de sua função.

Por fim, importante salientar que a conduta geradora da responsabilidade por parte do Estado pode ser uma ação (positiva) ou omissão (negativa). A primeira compreende um “agir” estatal, enquanto a segunda consiste na negligência do Estado.

A grande controvérsia a respeito do tema é a aplicabilidade do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Há divergências doutrinárias sobre o cabimento da responsabilidade objetiva do Estado aos casos omissivos, sustentando alguns autores que, em se tratando de omissão, deveria incidir a responsabilidade subjetiva. Di Pietro adota posição no sentido de ser cabível a responsabilidade subjetiva do Estado. Nesses casos seria necessária a comprovação da culpa (ou culpa anônima) do serviço público, de modo que o Estado responderia caso funcionasse atrasado ou mal, ou, ainda, quando não funcionasse quando deveria funcionar²³.

A autora discorre sobre o assunto:

Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior,

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, cit., p. 257.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 323.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 323.

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 330.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, passim.

é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável²⁴.

Por outro lado, Cavalieri Filho adota posição contrária, isto é, a de que, mesmo nos casos de omissão, o Estado deverá responder objetivamente pelos danos causados, dispondo que “o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva”²⁵.

Na presente pesquisa, fez-se a coleta de dados com relação aos dois casos. Foram pesquisados pleitos de indenização, pouco importando qual a posição adotada pelo órgão julgador.

A PRISÃO ILEGAL

A liberdade individual do ser humano é direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988. A partir do momento em que a liberdade é desrespeitada, surge o dever de indenizar.

A liberdade pessoal, sendo um direito personalíssimo (inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável) não pode ser vulnerada pelo Estado sem motivo justo, e, pelo contrário, o seu exercício deve gozar de sua proteção e a ninguém é dado privar-se do próprio direito de locomoção em razão da indisponibilidade desse sagrado direito do Homem²⁶.

Assim, temos a chamada “prisão ilegal”, “prisão injusta” ou, ainda, “prisão indevida”. Prisão nada mais é do que “a privação da liberdade de locomoção, em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”²⁷. Dessa forma, a prisão ilegal ocorre quando não ocorreu o flagrante ou quando a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente é emanada de erro. Em virtude disso, “a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais”²⁸, de forma que a restrição injusta da liberdade, decorrente de decisão eivada de erro ou por ato de abuso de autoridade, deverá ser repesada.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 828.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 336.

²⁶ ALMEIDA, A. Q. de. Os fundamentos da reparação de danos pela restrição da liberdade pessoal pelo estado. *R. Universidade de Guarulhos*, Guarulhos, v. 3, n. 1, p. 32-39, fev. 1998.

²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 491.

Dessa forma, quando houver decisão condenatória (seja de caráter definitivo ou provisório) ou ato administrativo, decorrentes de erro, executados por agente estatal e que resultem na ocorrência de uma prisão ilegal, haverá a responsabilização do Estado.

Cabe ressaltar que, apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, foram ampliadas as espécies de prisão que poderão ensejar a responsabilização do Estado.

Nesse sentido, explana Nucci:

(...) o conceito de erro judiciário deve transcender as barreiras limitativas da sentença condenatória impositiva de pena privativa de liberdade, para envolver toda e qualquer decisão judicial errônea, que tenha provocado evidente prejuízo à liberdade individual ou mesmo à imagem e à honra do acusado²⁹.

Logo, os casos de prisão indevida poderão ocorrer tanto em casos de prisão-pena, decorrente de sentença penal condenatória, quanto em casos de prisões processuais (flagrante, preventiva e temporária), ou, ainda, prisões decorrentes de falha estatal propriamente dita, como nos casos de prisão por homonímia, por erro de pessoa, por mandado de prisão em aberto e por mandado de prisão com erro material.

Sobre a temática, Macera dispõe:

Acrescenta-se a isso o fato de que a prestação dos serviços judiciários não é feita somente com a prática de atos de natureza jurisdicional. Há uma gama de atos e atividades de natureza eminentemente administrativa que compõem tal atividade (...) até a prática de atos de natureza administrativa no próprio processo judicial. Assim, embora a jurisdição não se confunda com a atividade da administração, é possível afirmar que muitos dos institutos e espécies de controles da Administração Pública podem ser aproveitados quando se fala em controle do Poder Judiciário³⁰.

Assim sendo, quanto às prisões processuais, “se há erro judiciário em virtude de sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção”³¹. Aliás, não parece viável que a pessoa presa sem sentença condenatória seja menos injustiçada que aquele que ficar preso além do

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1258.

³⁰ MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão*. 2015. 265 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 5.

³¹ DIAS, Aguiar. *Apud* CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 492.

tempo fixado na sentença³². Dessa forma, restando demonstrado que no ato jurisdicional houve erro grosseiro, arbitrariedade ou abuso de poder, é devida a indenização pela Administração Pública.

Assim, a responsabilidade objetiva do Estado atingirá as prisões-pena ilegais e as prisões processuais ilegais, tanto por atos jurisdicionais quanto por atos administrativos (que também serão objeto do presente estudo).

DA REPARAÇÃO DOS DANOS

Existem dois meios de reparar o dano provocado pela prisão ilegal: pela via administrativa e pela via cível.

A reparação de danos por revisão criminal não é mais utilizada. Havia essa hipótese prevista nos arts. 621 e 630 do Código de Processo Penal. Neste caso, a vítima do dano poderia, diante de sentença penal condenatória contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, requerer a revisão da decisão prolatada, bem como justa indenização pelos prejuízos sofridos. Em caso de procedência, o tribunal declararia o equívoco e reconheceria o direito à devida indenização, a qual deveria ser posteriormente pleiteada na esfera cível. No entanto, essa hipótese não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXV), que não estabelece qualquer limitação formal ao pleito de reparação de danos.

A reparação do dano no âmbito administrativo é plenamente possível, mas dependerá do reconhecimento da Administração acerca da responsabilidade, bem como de consenso entre as partes acerca do valor indenizatório³³.

De outro lado, na reparação pela via cível haverá um processo de conhecimento para demonstrar a existência do erro judiciário, bem como para estabelecer o *quantum* indenizatório. Portanto, “o direito à reparação por erro judiciário (criminal) independe de revisão da sentença, como se depreende do art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’”³⁴.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda traz a possibilidade de o Estado ingressar com ação regressiva em face do agente estatal responsável pelos danos causados a terceiro, desde que tenha agido com dolo ou culpa³⁵.

³² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 494.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 837.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

³⁵ É o que dispõe a segunda parte do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988: “(...) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa”. BRASIL. Constituição (1988). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.

Diante da possibilidade de ação de regresso, surge o questionamento: o Estado não poderia denunciar à lide o responsável pelos danos (em vez de ajuizar ação regressiva)? A dúvida decorre do disposto no art. 70, III, do Código de Processo Civil: “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”³⁶.

Acerca do tema, Di Pietro sintetiza as duas propostas de Cahali:

1. quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúncia não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor;
2. quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúncia da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente contra o agente público³⁷.

No entanto, há corrente doutrinária no sentido contrário, cujos principais fundamentos são:

- a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; b) essa diversidade de fundamento retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria, com a denúncia à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre vítima e Estado; c) o inciso III do art. 70 do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional³⁸.

Por fim, quanto à quantificação do dano moral pleiteado, é importante tecer algumas considerações sobre os fatores a serem ponderados:

A avaliação do dano moral deve revestir-se de caráter compensatório, produzindo-se uma contrapartida pelo mal sofrido (dor, sentimento de perda, constrangimento, etc.). Deve, pois, ser levado em consideração para a apuração do valor da indenização, dentre outros fatores: a gravidade do dano, a situação familiar e social do lesado, bem como sua reputação; ou seja, a quantia a ser arbitrada deve observar a situação pessoal do ofendido e, sendo o caso, também as posses do ofensor, de maneira a permitir que a compensação seja a mais justa possível e,

³⁶ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.

³⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 186. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 838-839.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 838.

por outro lado, não se permitindo que haja enriquecimento sem causa do lesado³⁹.

No caso concreto, além dos elementos indicados acima, deve-se avaliar: (i) o tempo em que a vítima teve sua liberdade cerceada; (ii) a exposição sofrida na mídia e redes sociais; (iii) o impacto que a prisão ilegal gerou na vida pessoal da vítima, seja no ambiente familiar, seja no ambiente de trabalho.

Sob essa perspectiva, afirma Gonçalves:

A reparação do dano decorrente de erro judiciário deve ser, assim, como se tem proclamado, a mais completa possível, compreendendo o *material* efetivamente ocorrido, que abrange os danos emergentes e os lucros cessantes, e o *moral*, cumulativamente (cf. Súmula 37 do CTJ). Dispõe o art. 954 do Código Civil que a indenização por ofensa à liberdade pessoal “*consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido*”. Acrescenta, porém, que “*tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente*”, se o ofendido não puder provar prejuízo material. O referido parágrafo único diz que, nesse caso, “*caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso*”. Refere-se ao dano moral. Por essa razão, correto se nos afigura afirmar que, reconhecida a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário, a indenização há de ser a mais completa possível⁴⁰.

A adoção dos critérios acima mencionados serve de baliza para uma compensação justa, a despeito da franca impossibilidade de quantificação/monetização da liberdade humana.

METODOLOGIA APLICADA

O presente estudo surgiu da leitura de notícias polêmicas acerca de pessoas que foram presas ilegalmente, seja no Brasil ou no exterior. Para além disso, chama a atenção a questão filosófica da irreparabilidade total do dano. Isso porque não há indenização que consiga ressarcir os anos perdidos no cárcere.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa com abordagem qualiquantitativa. Segundo entendimento de Souza e Kerbauy:

As abordagens qualitativas e quantitativas são necessárias, mas segmentadas podem ser insuficientes para compreender toda a realidade investigada.

³⁹ QUIRINO, Arthur Henrique. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. 2013. 52 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Curso de Direito, Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga, Ponte Nova, 2013. p. 44.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 186-187.

Em tais circunstâncias, devem ser utilizadas como complementares. Logo, a literatura da área aponta claramente que a pesquisa quantitativa/quali-quantitativa e/ou mista consiste em uma tendência que indica o surgimento de uma nova abordagem metodológica. Uma abordagem que possibilite mais elementos para descortinar as múltiplas facetas do fenômeno investigado, atendendo os anseios da pesquisa. Caracteriza-se como um movimento científico, que se opõe à histórica dicotomia quantitativa-qualitativa.⁴¹

Assim sendo, a referida abordagem permite que a análise da jurisprudência e bibliografias realizadas ultrapasse o campo teórico, trazendo a questão tratada para a prática, contribuindo para o processo investigatório de forma complementar.

Sobre o tema, expõe Silva:

Pesquisa quantitativa, em geral, feita a partir da análise apenas das ementas. O objetivo principal é identificar a existência de decisões judiciais acerca de um determinado tema ou com a presença de algum critério especificado (p. ex. precedentes que tenham negado provimento a embargos declaratórios). Também é possível fazer pesquisa qualitativa, a partir dos precedentes judiciais, mas o pesquisador deve dominar teoria do discurso, para que a análise não ocorra de forma leviana (senso comum). Daí a necessidade de atentar para técnicas específicas, a partir de uma investigação fulcrada em análise de discurso⁴².

Dessa maneira, a utilização de pesquisa qualiquantitativa procura aproximar a questão teórica da prática, por meio dos dados numéricos da pesquisa jurisprudencial. Essa nova abordagem metodológica permite tornar a pesquisa mais completa, garantindo o cruzamento de informações teóricas com os números estatísticos colhidos mediante a análise dos dados bibliográficos.

A pesquisa constituiu-se em investigação bibliográfica, tendo sido analisados livros, revistas, internet, jurisprudência e outros meios de comunicação pertinentes ao assunto.

O método de pesquisa utilizado no presente artigo científico foi o dedutivo, o qual, “de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas

⁴¹ SOUZA, Kellcia Rezende; KERBAUY, Maria Teresa Miceli. Abordagem quanti-qualitativa: superação da dicotomia quantitativa-qualitativa na pesquisa em educação. *Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 31, n. 61, p.21-44, abr. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/UserNB/Downloads/29099-Texto%20do%20artigo-168500-1-10-20171128%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/UserNB/Downloads/29099-Texto%20do%20artigo-168500-1-10-20171128%20(2).pdf). Acesso em: 01 ago. 2019.

⁴² SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em Direito. *Universitas Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília*, Brasília: ano 6, n. 11, p. 25-43, dez. 2004.

verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica⁴³. Assim, pretendeu-se partir de uma análise genérica até chegar ao particular, construindo uma conclusão a respeito do assunto.

A pesquisa teve nível de aprofundamento descritivo, pois “tem como finalidade principal a descrição das características de determinada população ou fenômeno, ou o estabelecimento de relações entre variáveis”⁴⁴.

Com relação à coleta de dados, a pesquisa utilizou a ferramenta de busca de jurisprudências dos *sites* dos Tribunais de Justiça brasileiros. A consulta ocorreu da mesma forma em todos os *sites*, utilizando-se como parâmetro de pesquisa três combinações de palavras-chave: a) indenização, prisão ilegal, erro judiciário e responsabilidade; b) indenização, prisão ilegal e responsabilidade; b) indenização, erro judiciário e responsabilidade.

Cada combinação pesquisada apresentou uma determinada quantidade de jurisprudências, cujas ementas continham as palavras-chave contidas na combinação. Assim, dos resultados processados, analisou-se cada uma das jurisprudências encontradas e analisou-se a possibilidade de seu encaixe na hipótese do presente artigo. Sendo positiva a resposta, começava-se a examinar o caso concreto.

A fim de organizar os resultados obtidos com a pesquisa, elaborou-se uma tabela no programa do Pacote Office chamado Excel, pela qual se registrou cada um dos resultados encontrados, por meio das seguintes colunas: a) número do processo; b) comarca de origem do processo; c) relator do processo; d) data do julgamento; e) deferimento ou indeferimento do recurso; f) se deferido, o valor da indenização concedida; g) o fundamento utilizado para pleitear a indenização; h) o *link* do acórdão proferido; e i) as palavras-chave utilizadas.

Cumpre-se ressaltar que, dentro da coluna “fundamento utilizado para pleitear a indenização”, as hipóteses que podiam ser utilizadas eram, tão somente: a) prisão provisória ilegal; b) prisão-pena ilegal; c) prisão em flagrante ilegal; d) prisão por mandado não recolhido; e) prisão por homonímia; f) prisão por erro de pessoa; e g) prisão por mandado expedido erroneamente.

Nesse sentido, cabe esclarecer no que consiste cada uma delas. A prisão provisória compreende as prisões preventivas e temporárias. Por sua vez, a prisão-pena ilegal é aquela decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, enquanto a prisão flagrante ilegal é aquela realizada nos termos do

⁴³ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. p. 27.

⁴⁴ GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. *Apud* OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. *Metodologia científica: um manual para realização de pesquisas em administração*. Catalão: UFG, 2011. Disponível em: https://adm.catalao.ufg.br/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018, p. 22.

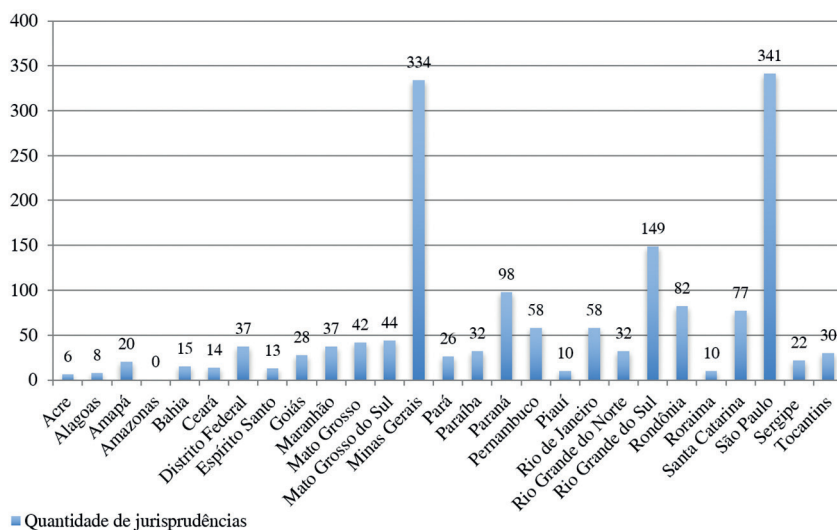
flagrante delito. Já a prisão por mandado não recolhido ocorre quando o Estado deixa de baixar do sistema eletrônico interno mandado de prisão já cumprido. Cumpre-se elucidar, também, que a prisão por homonímia é quando um terceiro acaba sendo preso por conter o mesmo nome daquele que efetivamente deveria ser encarcerado, ao passo que a prisão por erro de pessoa diz respeito ao equívoco do suposto autor dos fatos, mas não por decorrência do nome. Por fim, a prisão por mandado expedido erroneamente acontece quando, por algum erro qualquer, o mandado foi expedido de maneira errada, seja por erro material, seja por equívoco na sua criação.

Ao final, conseguiu-se alcançar um panorama nacional e judicial sob a perspectiva de todos os Tribunais de Justiça brasileiros. Foram obtidos dados: (i) referentes ao valor indenizatório concedido; (ii) a espécie de prisão que é a maior causa de indenização; (iii) a quantidade de casos, por Estado, no âmbito dos Tribunais de Justiça; (iv) os percentuais de deferimentos e indeferimentos no Brasil inteiro.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Com a pesquisa jurisprudencial realizada nos sítios eletrônicos de todos os Tribunais de Justiça brasileiros, foram encontrados os dados explicitados a seguir.

Gráfico 1 – Quantidade de jurisprudências por estado



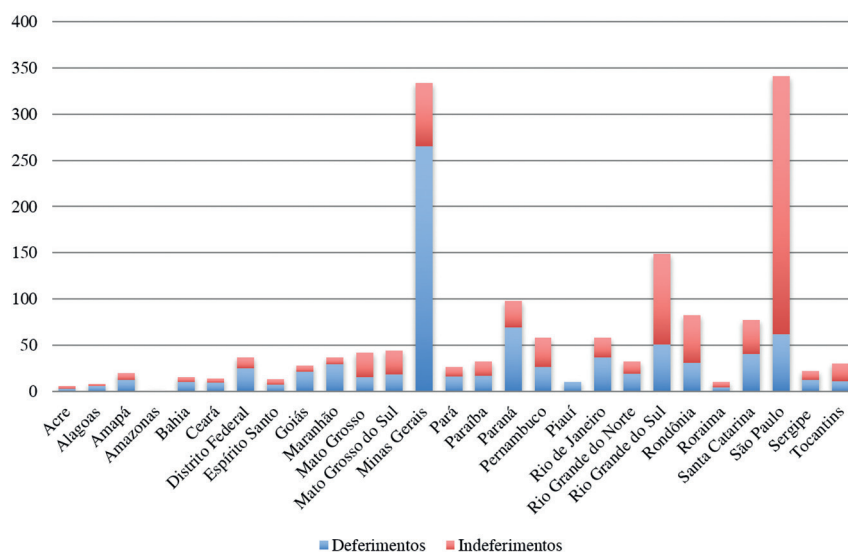
Fonte: adaptação da autora da pesquisa jurisprudencial.

Entre o período de agosto de 2007 a agosto de 2017, foram encontradas 1.623 jurisprudências no total, em todos os Tribunais de Justiça do Brasil, com exceção do estado do Amazonas, cuja pesquisa não encontrou nenhum resultado. Com

base no gráfico a seguir, pode-se observar que houve dois estados que se destacaram sobre os demais: Minas Gerais, com 334 casos; e São Paulo, com 341 casos. O terceiro estado que demonstrou grande incidência de casos foi o Rio Grande do Sul, com 149 jurisprudências encontradas. No entanto, é interessante destacar que, em que pese os resultados apresentados pelos estados de São Paulo e Minas Gerais sejam próximos, a população do primeiro é o dobro (45,09 milhões de habitantes) do segundo (21,1 milhões de habitantes)⁴⁵.

Dessas 1.693 jurisprudências encontradas, 825 delas foram no sentido de deferir o pleito de indenização, ao passo que 798 no sentido de negá-lo. Interessante destacar que, apesar de a quantidade de casos ser muito próxima, há um evidente antagonismo nos resultados das decisões proferidas entre os estados de São Paulo e Minas Gerais, pois apenas 18,18% das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foram procedentes ao pleito indenizatório, enquanto no Tribunal de Justiça de Minas Gerais houve um percentual de 79,34% de deferimentos. Numa perspectiva geral, por fim, percebe-se que o resultado foi deveras equilibrado, havendo uma pequena diferença, mas ainda prevalecendo as decisões de deferimento do pedido indenizatório, conforme demonstra o gráfico a seguir.

Gráfico 2 – Quantidade de deferimentos e indeferimentos por estado

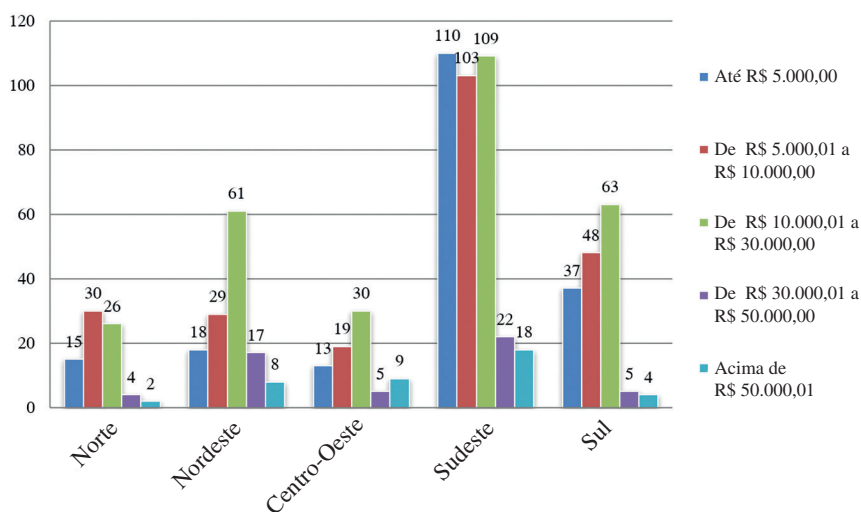


Fonte: adaptação da autora da pesquisa jurisprudencial.

⁴⁵ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativas da população residentes no Brasil e unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2017*. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf. Acesso em: 16 jun. 2017.

Dos casos de deferimentos acima reportados, fez-se uma análise, por região do Brasil, a respeito do valor indenizatório concedido pelos Tribunais. Assim, dividiu-se o gráfico nas seguintes regiões: a) Norte; b) Nordeste; c) Centro-Oeste; d) Sudeste; e e) Sul. Não obstante, para cada estado foi analisado o seguinte parâmetro de indenização: a) até R\$ 5.000,00; b) de R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00; c) de R\$ 10.000,01 a R\$ 30.000,00; d) de R\$ 30.000,01 a R\$ 50.000,00; e e) acima de R\$ 50.000,01.

Gráfico 3 – Valor indenizatório por região



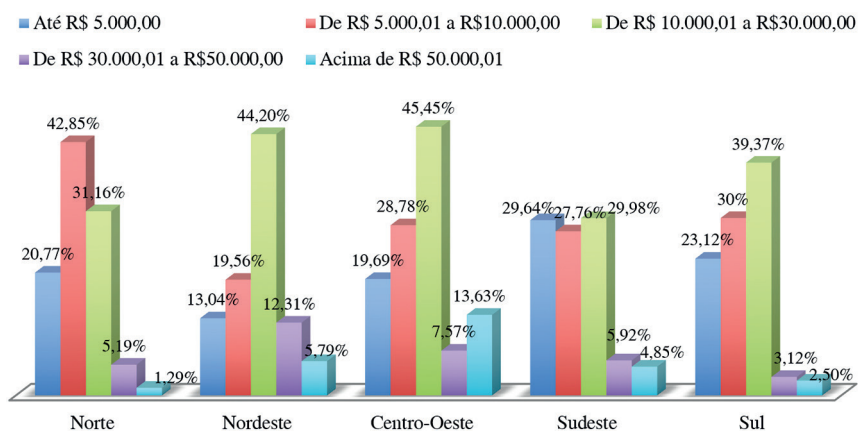
Fonte: adaptação da autora da pesquisa jurisprudencial.

O gráfico acima limita-se a expor a quantidade de decisões em cada região do Brasil, por valor indenizatório, de modo que não se consegue obter dados comparativos entre as regiões, tendo em vista que cada uma possui uma quantidade de decisões proporcional à população que lá habita. Dessa forma, a fim de possibilitar uma visualização comparativa entre as regiões brasileiras, elaborou-se um gráfico baseado em percentuais, conforme se ilustra no Gráfico 4.

Dessa forma, pelo gráfico ilustrado, verifica-se que a região Sudeste foi a que mais proferiu decisões procedentes concedendo valor indenizatório de até R\$ 5.000,00, perfazendo, assim, 29,64% de suas decisões. Por outro lado, a região Norte teve 42,85% das decisões procedentes com valor indenizatório de R\$ 5.000,01 a R\$ 10.000,00. Já a região Centro-Oeste teve maior incidência nas decisões com valor indenizatório arbitrado entre R\$ 10.000,01 e R\$ 30.000,00. Ainda, 12,31% das decisões proferidas na região Nordeste obtiveram valor indenizatório no patamar de R\$ 30.000,01 a R\$ 50.000,00. E, por fim, a região que

concedeu o maior número de decisões com valor indenizatório acima de R\$ 50.000,00 foi a região Centro-Oeste. Assim, podemos chegar à conclusão de que a região Centro-Oeste tende a proferir decisões com valor indenizatório mais alto que as demais regiões do Brasil, ao passo que a região Sudeste costuma arbitrar decisões com valor indenizatório mais baixo do que as demais regiões brasileiras.

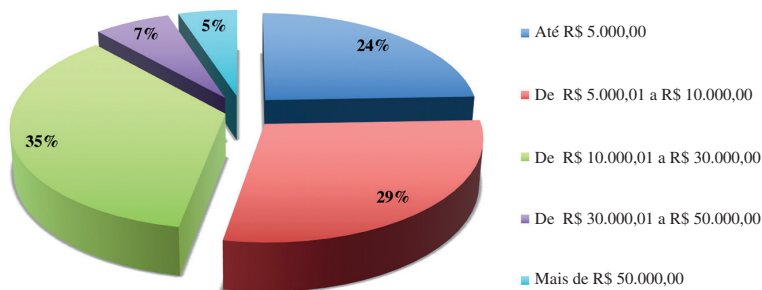
Gráfico 4 – Percentual relativo ao valor indenizatório por região



Fonte: adaptação da autora da pesquisa jurisprudencial.

Ainda, em outra perspectiva, elaborou-se gráfico em âmbito nacional:

Gráfico 5 – Valor indenizatório em âmbito nacional



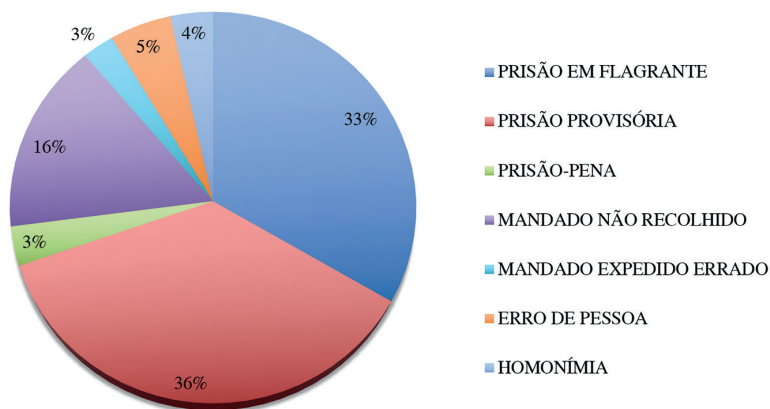
Fonte: adaptação da autora da pesquisa jurisprudencial.

Constata-se que 35% das decisões proferidas em ações de indenização por dano moral decorrentes de prisão ilegal arbitraram valor indenizatório entre a faixa de R\$ 10.000,01 e a de R\$ 30.000,00. Por outro lado, verifica-se que o menor percentual respalda-se nas decisões cujo valor indenizatório atinge um patamar superior a R\$ 50.000,01.

Pode-se concluir que, para o Estado brasileiro, a liberdade do ser humano vale em torno de dez a trinta mil reais, valor este, muitas vezes, menor do que indenizações concedidas nos casos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.

De todos os casos acima relatados, sejam eles deferimentos ou indeferimentos, 36% dos pleitos de indenização por dano moral foram decorrentes de prisão provisória ilegal, compreendendo as prisões preventivas e temporárias. Muito próximo encontra-se a prisão em flagrante ilegal, com 33% dos casos estudados. A terceira prisão com maior incidência foi a prisão por mandado não recolhido, com 16% dos casos. Em seguida estão a prisão por erro de pessoa, com 5%; a prisão por homonímia, com 4%; a prisão por mandado expedido errado, com 3,5%; e, por fim, a prisão-pena ilegal, com 3,25% dos casos.

Gráfico 6 – Percentuais relativos as espécies de prisões em âmbito nacional



Fonte: adaptação da autora da pesquisa jurisprudencial.

Dessa forma, pode-se perceber que a maioria dos casos de prisão ilegal no Brasil decorre das prisões provisórias (preventiva e temporária) e em flagrante. A prisão com a menor incidência é aquela derivada de sentença penal condenatória transitada em julgado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo consistia em analisar os dados acerca dos processos de indenização por dano moral decorrente de prisão ilegal por erro judiciário, almejando obter um panorama nacional e judicial da questão, por meio da coleta de dados jurisprudenciais.

Constatou-se a existência de 1.623 casos cujo fundamento principal era a prisão ilegal por erro judiciário, sendo que, destes, 825 reconheceram a ilegali-

dade na prisão. Não obstante, verificou-se que Minas Gerais e São Paulo foram os estados com maior incidência de casos, bem como que os deferimentos do primeiro foram inversamente proporcionais aos deferimentos do segundo. Ainda, pôde-se observar que a região Centro-Oeste foi a que concedeu indenizações com os valores mais altos, ao passo que a região Sudeste apresentou os mais baixos. Aferiu-se, ainda, que existem sete espécies de prisões penais ilegais, sendo que a prisão provisória foi responsável por 36% dos casos. Por fim, concluiu-se que, para o estado, o preço da liberdade está entre dez e trinta mil reais.

Diante dos resultados obtidos, percebeu-se que, atualmente, ainda há centenas de pessoas inocentes ocupando o cárcere por puro descuido do Poder Estatal. Seres humanos que perdem anos de suas vidas, por simples negligência, falta de atenção ou abuso de poder. Pessoas que, após anos de encarceramento e perda da dignidade, têm reconhecida a ilegalidade de suas estadias carcerárias. Indivíduos que, apesar de receberem indenização do Estado, perderam a família, a honra, a saúde etc. A questão que se coloca é: qual o preço da liberdade? Ou melhor: a liberdade tem preço?

Aos próximos acadêmicos e pesquisadores da área sugere-se continuar a presente pesquisa, especialmente a análise comparativa do lapso temporal de encarceramento e o valor indenizatório recebido.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, A. Q. de. Os fundamentos da reparação de danos pela restrição da liberdade pessoal pelo estado. *R. Universidade de Guarulhos*, Guarulhos, v. 3, n. 1, fev. 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 61.899-1. Relator: Ministro Vicente Leal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 3 jun. 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500109140&dt_publicacao=03/06/1996. Acesso em: 18 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 163/1107. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário Oficial da União*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000320546&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. *Responsabilidade civil do juiz por atos jurisdicionais: um olhar sobre o direito brasileiro*. 2015. 74 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.
- FERNANDEZ, Elizabeth. Responsabilidade do estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações. *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 88, jul./ago. 2011.
- FRANCO, João Honório de Souza. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. 2012. 290 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GALAN, Javier; BERNAL, David; ALESSI, Gil. *A bomba-relógio da população carcerária no Brasil*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483624203_712909.html. Acesso em: 1º dez. 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativas da população residentes no Brasil e unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2017*. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf. Acesso em: 16 jun. 2017.
- INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, junho de 2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, junho de 2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro de 2015; IBGE, 2016.
- KNOERR, V. S.; VERONESSE, E. F. O erro judiciário e o responsabilidade civil do Estado. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 2, jul.-dez. 2016.
- MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão*. 2015. 265 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. *Metodologia científica: um manual para realização de pesquisas em administração*. Catalão: UFG, 2011. Disponível em: https://adm.catalao.ufg.br/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.
- PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

QUIRINO, Arthur Henrique. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. 2013. 52 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Curso de Direito, Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga, Ponte Nova, 2013.

SÁ-SILVA, Jackson Roniê; ALMEIDA, Cistóvão Domingos de; GUINDANI, Joel Felipe. Pesquisa documental: pistas teóricas e metodológicas. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais Eletrônica*, v. 1, n. 1, jun. 2009.

SANTOS, César Romero Marques dos *et al.* Sistema carcerário brasileiro. *Jicex*, Curitiba, v. 5, n. 5, 2015.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em Direito. *Universitas Jus: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília*, Brasília: ano 6, n. 11, dez. 2004.

Data de recebimento: 23/08/2018

Data de aprovação: 1º/02/2019

POLICIES TO ENCOURAGE THE PRESERVATION OF CULTURAL HERITAGE: THE MINEIRO EXAMPLE

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL: O EXEMPLO MINEIRO

*Giovani Clark**

*Patrícia Felizalle Guimarães***

ABSTRACT

Culture, an important driver of the human, economic and sustainable development of any region, is linked to the Constitutional Economic Order that imposes development and dignified existence – article 170 of the Federal Constitution of 1988. This article analyzes, through literature review, the appreciation of the cultural heritage of our Nation and specifically examines the paradigm of the State of Minas Gerais in the municipalization of protective policies of its cultural heritage. Minas Gerais has excelled in its successful experience of creating revenue of financial and fiscal incentives to safeguard cultural heritage through a program that enables the participation of private and public entities, including citizens aware of the need to preserve and revitalize Minas Gerais cultural heritage.

Keywords: Cultural heritage; Public policies; Municipalization; Minas Gerais.

RESUMO

A cultura, importante condutora do desenvolvimento humano, econômico e sustentável de qualquer região, está vinculada à Ordem Econômica Constitucional que impõe o desenvolvimento e a existência digna – art. 170 da Constituição da República de 1988. O presente artigo analisa, através da revisão bibliográfica, a valorização do patrimônio cultural de

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) nos cursos de graduação e pós-graduação e da Faculdade de Direito da UFMG, no curso de graduação. E-mail: giovaniclark@gmail.com.

** Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (Unisal). Doutoranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Gestão do Patrimônio Cultural. Professora licenciada no curso de graduação do Centro Universitário de Lavras (Unilavras). E-mail: patriciafelizalle@gmail.com.

nossa nação e especificamente examina o paradigma do Estado de Minas Gerais na municipalização de políticas protetivas de seu acervo cultural. O Estado tem sobressaído em sua bem-sucedida experiência de criação de incentivos financeiros e fiscais revertidos à salvaguarda do patrimônio cultural via programa que possibilita a participação das entidades privadas e públicas, inclusive dos municípios conscientes da necessidade de preservar e revitalizar o patrimônio cultural mineiro.

Palavras-chave: Patrimônio cultural; Políticas públicas; Municipalização; Minas Gerais.

INTRODUCTION

The gregarious nature recognized in human beings has produced behavioral patterns that imposed, without much chance of choice, the creation of norms, written or customary rules, and the rise of a common sense, that have installed a *logos* over time. It is noted that this new “state of knowledge” has sought to produce power, duty and rights, in line with the need for maintenance of social life. In the role of socialization¹, the need to socialize arises from the reality of memory, the connection to the values of a concrete past. A reality from which one cannot escape its vestiges. Then comes the need to create effective instruments for safeguarding the cultural heritage of a given people.

Some rules of Law are emerging as a viable and promising alternative to preservationist means, towards the urgency of regulating some relations and protecting others, a sign of alterity from the system that seeks coherence within the Brazilian legal system. The implementation of factors that establish economic rights and duties also demands respect for cultural heritage.

Therefore, an economic policy oriented to state intervention and participation in the economic domain makes the composition of the basic premises of the democratic regime possible. This also occurs in the protection of diffuse interests (such as cultural heritage) and the rights of minorities, seeking to protect the common good of the people and dignity.

In the same way and with the same intention, public policies that encourage the preservation and identification of cultural heritage emerge. Policies that must have their effectiveness and efficacy constantly analyzed in the face of the creation of a collective awareness that the cultural heritage has a fundamental nature to the functioning of the State and society itself – a fundamental right needed to enjoy human dignity. Such material and immaterial goods are becoming

¹ T.N.: The Portuguese version of the present work makes reference to the Brazilian word “conviver”, “live-with”, in free translation, which does not have an English equivalent, but would come close to the idea of socialization expressed above.

indispensable instruments for social ordering, political and cultural manifestation, and the philosophical rise of certain groups of people.

An auspicious instrument to the protection of cultural heritage has been the policy of redistributing part of the revenue from the State Tax on Circulation of Goods and Services (ICMS, the acronym in Portuguese) collection to the municipalities, a policy created in the State of Minas Gerais by Law n. 12.040/95, currently amended by Law n. 18.030/2009, called ICMS Cultural Heritage. The initiative to provide municipalities with resources to promote public policies for cultural preservation is supported by the constitutional provisions of Law of Title VIII, named “The Social Order”, on its article 216, paragraph 3, which states that “the law shall establish incentives for the production and knowledge of cultural assets and values” (BRASIL, 1988).

The main objective is to analyze the establishment and redistribution of the ICMS Cultural Heritage in Minas Gerais as a form of planning of public policy to encourage the protection of a community’s cultural heritage and its connection with the local government, including encouraging tourism (article 180 of the Federal Constitution of 1988). The present study has bibliographical review as methodological option, with an emphasis on the study carried out by Professor Washington Peluso Albino de Souza on public planning.

Initially, a brief analysis will be made about the need to encourage cultural preservation through financial transfers to Brazilian municipalities. For a comparative view of precautionary actions, a brief description of some instruments of incentive for cultural preservation in other Nations will be reviewed. Under the bias of the Economic Constitution, the distribution of the ICMS Cultural Heritage quota will be examined as a possible instrument in the implementation of public policies to safeguard cultural heritage in Brazil. At the end, the role of the State of Minas Gerais in the adoption of such preservationist public policy will be addressed and discussed.

STATE OF THE ART: THE CHALLENGES OF VALUING CULTURAL HERITAGE AND THE INCENTIVES TO OWNERS OF PRIVATE GOODS

The economic order must aim at ensuring a dignified existence for all (article 170 of the Federal Constitution), while the social order aims at the realization of social justice (article 193 of the Federal Constitution), as well as the creation of an educational system aiming the personal development and the preparation to the exercise of citizenship (article 205 of the Federal Constitution), among many other rights (BRASIL, 1988).

From the economic point of view, the factors of sociocultural interest of a municipality such as tourism, ecological and cultural values are characteristics that outline the political, economic, and space sustainability, etc. Therefore, they

are components that require a perspective of State action regarding the effectiveness of public policies for the protection of cultural heritage.

The production of public policies can be considered as resulting from a form of indirect State intervention – a mean of public action within the economic life of the municipality (though indirectly) – articles 174 and 173, paragraph 4, of the Federal Constitution, which state that the municipality can renounce to part of the revenue of the Tax on Urban Land and Property (IPTU) aiming at the preservation of property listed as protected private property (article 156, I, of the Federal Constitution).

For Nunes, in contemporary times we experience a “neoliberalism of regulation” and now “of austerity”² commanded by what money dictates. However, the Federal Constitution calls for the rationalization of resources, actions and measures that are fundamental to the effectiveness of the Constitutional text, translated through public planning, considered by Souza³ as a “political act of intervention”, as shown in the following lines:

(...) it is clear that in the rationalization of material resources to pursue health, education and any other objectives, we already have an undeniable economic commitment that allows them to be included in the Economic Plans. Moreover, they are made up of the very objectives implicit in the “ideology” adopted in the Constitution, as well as the use of the expression “Economic and Social Plan”, which is so common, and which gives it economic emphasis, from its scope. In the “ideology” of “national development” and “social justice” defined in the Brazilian Constitutions, there is no way to exclude this economic connotation from the broader aspects of national life. As a result, there is no way to stop taking these aspects into the National Development Plans, if not into the Sectoral Government Plans.

It cannot be denied that there are many difficulties in implementing policies for the protection of cultural heritage in Brazil, and we are currently experiencing a situation of inaction in the practical evolution of the proper rules for valuing cultural heritage.

On the other hand, at the end of the last century, questions based on the ideal of solidarity began to gain voice. Bonavides⁴ underscores the emergence of so-called third-dimensional rights, which, filled with a good deal of “humanism and universality”, favors intergenerational dialogue.

² NUNES, Antônio José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 126.

³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 379.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 518.

However, as the concept of cultural heritage brought about by the current Federal Constitution has been broadened, not only considering material goods and those of “exceptional” artistic, historical or architectural value, there is a new way of considering the cultural good⁵. This reveals an advance in its conception, as it reflects a significance of the appreciation of the living, transcendental and humanized culture.

The article 216 of the Federal Constitution states that the identity of a community or Nation emerges as a good to be worked on, studied, understood and protected in its fundamental conception. Also, the actions, the way of acting, the cultural traditions that mark this way of being, of doing, of existing of a determined people are connected to the concept of cultural heritage that those who have written the Constitution have made a point of pointing out.

The Federal Constitution also indicates the practical basis of the said established fundamental right. The forms of expression, special ways of creating, doing and living, which make a concrete identity, punctuate the facts to be explored here. Identity here understood, in Haal’s⁶ words, as “what stabilizes both the subjects and the cultural worlds they inhabit, making them both more unified and predictable”.

The constitutional legislator therefore indicated the need for selection and protection of a full range of fundamental rights and institutional duties closely linked to the cultural environment.

For another quadrant of analysis, in the same article 216 of the Federal Constitution, are present the nature of cultural heritage of scientific, artistic and technological creations, as well as works, objects, documents, buildings and other spaces intended for artistic and cultural manifestations. Urban heritage and sites of historical, landscape, artistic, archaeological, paleontological, ecological and scientific value were also foreseen as cultural heritage.

Häberle⁷ understands that “a Constitution is not just a grouping of precepts, it is directed at the citizen”. Thus, it is clear that the constitutional commandment considered here as the “costume of a people” reveals to be a definition that does not exhaust the exhaustive content of what should be regarded as cultural heritage, only indicates a priority central line for the State’s action in relation to their obligations of cultural promotion and protection via public policy.

⁵ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 4.

⁶ HALL, Stuart. [1932-2014]. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015. p. 11.

⁷ HÄBERLE, Peter. [1996] *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor. p. 104-105.

State action is guided by article 170 of the 1988 Constitution, holder of the commands of the Brazilian Economic Order. The principles embodied in this article, such as national sovereignty, the right to private property, the social function of property, the right to free competition, are articulated with the principles of environmental protection, including cultural heritage (article 225 of the Federal Constitution).

Intervention in the economic domain is the function of the state to achieve what the Constitution commands. Among these is the need to “internalize the identifying signs of a common culture for the recognition of each of us in our history”, fulfilling one of the foundations of democracy, says Gomes⁸. In this way, it is up to the State to create instruments to promote the fulfilment of the objectives and principles related to cultural preservation.

The practical challenges of valuing cultural heritage – and the consequent lack of incentive for the owner of private or public good – are based on the lack of planned policies and efficient instruments that see cultural heritage as a good to be valued and that, in a way, can transversally generate socioeconomic impacts, such as via tourism profiteering.

Moreover, the Federal Constitution admits productive pluralism, as it fixes mitigations and impositions on the capitalist economic model. Clark, Corrêa and Nascimento⁹ note that the implementation of productive pluralism must occur in a planned manner, being encouraged and protected by the Union, the states and Municipalities.

The Federal Constitution itself establishes mechanisms to make claims to “social justice” effective by restricting the production process. These mechanisms are, for example, consumer protection, the reduction of regional and personal inequalities, the pursuit of full employment and the protection of the environment. The latter comprises, according to the prevailing doctrine, four aspects, according to Fiorillo¹⁰: “the natural environment, the artificial environment, the labor environment and the cultural environment”.

The cultural environment, though being the result of man’s interference in nature, the result of human construction and creation, is considered one of the axes that condition human life (article 225 of the Federal Constitution). It has the power to reflect the history and identity of human beings, “remaining what

⁸ GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do patrimônio cultural e de direito do urbanismo*. Lisboa: AAFDL. p. 16.

⁹ CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, número especial em memória do Prof. Washington Peluso, p. 265-300, 2013. p. 293.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

matters most”, for Bosi¹¹. The cultural value of a good may be materialized in the heritage itself, but what most importantly reflects its importance are the evoked symbolic values. Values in constant transformation.

The intrinsic dynamism of cultural values demands a great effort of social tuning and planning of a Nation. Therefore, it must adapt to the political regime as well as to the stage of the local economy¹². Thus, within a spectrum of difficulties in the implementation of lasting policies, the study of Economic Law appears for the realization of social, economic and cultural rights in the democratic rule of law. According to Clark’s¹³ lessons there is the possibility of endogenous economic policy-making by States, distinct from those engendered by international economic powers, including for the sovereignty and cultural heritage of peoples.

The political-administrative decentralization established by the 1988 Constitution recognized that the municipality also holds responsibilities for public policies for the preservation of local cultural heritage. Municipalization must be considered essential due to the wide variety of cultures, climate, purchasing power and social power, existing in Brazil. Through this municipalization there is the possibility of local authorities to embrace the management of cultural heritage according to their own demands and characteristics.

On the other hand, it must be considered that only the transfer of public policy responsibilities to the municipalities does not solve conflicts and mishaps. The municipalities face difficulties with the collection of taxes, the lack of trained and qualified staff to meet all cultural demands. Hence the importance of effective popular participation in the management councils for the defense of cultural heritage in order to adapt the local reality to social concerns.

The Union, with the intention of alleviating these difficulties and fostering the capacity of cultural heritage to generate local social and economic development, as well as giving effect to the Constitution of the Republic, has “invested” in this area for a decade, via the National Bank for Economic and Social Development, the Brazilian Development Bank, BNDES¹⁴.

¹¹ BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade: memórias de velhos*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

¹³ CLARK, Giovanni. Política econômica e Estado. *Estudos Avançados*, n. 22, Belo Horizonte: UFMG, p. 207-217, 2008.

¹⁴ BRASIL. *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)*. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-fundo-cultural>. Acesso em: 18 out. 2018.

The National Bank for Economic and Social Development – BNDES created a program in 1997 to support projects for the preservation and revitalization of the Brazilian cultural heritage (material and intangible heritage, memorial collections and cultural institutions recognized as bearers of Brazilian cultural identity)¹⁵ that establishes the general guidelines, in the sense that:

It is necessary to strengthen the productive chains of the Economy of Culture in the country; decentralize and increase the supply of cultural goods and services in the country; promote the articulation between cultural institutions, government, companies and civil society, aiming to boost economic activity and promote social inclusion through art and culture, heritage education and training of the workforce¹⁶.

BNDES also established the need to preserve the material and immaterial national cultural memory; expand the use and enjoyment of Brazilian cultural heritage, especially its access by society. Another important guideline is also “to promote the sustainability of the Brazilian cultural heritage; strengthen the management of a cultural or historical institution responsible for preserving the Brazilian cultural heritage; and to promote cultural diversity” (BRASIL, 2017).

Actions as mentioned above becomes of great relevance in the conduct of public policies aimed at the protection and promotion of cultural heritage. BNDES evaluates the granting of financial support with a focus on the social, environmental, cultural and economic impact in Brazil, thus distancing itself from the mere objectification of profit. For the institution’s priority functions are incentive, innovation, regional development and social and environmental development (BRASIL, 2017).

PERSPECTIVES FROM OTHER NATIONS ON CULTURAL HERITAGE PROTECTION

Before making any consideration about the title above, it is appropriate to bring to the text the basic clarification that State economic policy is considered a kind of public policy. Economic policy can be defined, according to Clark, as a set of public decisions that are designed to meet socioeconomic and individual needs and shortages with less effort. They usually materialize through planning¹⁷.

¹⁵ In total numbers, there are more than 180 monuments of multiple nature, including archaeological sites, colonial architectural heritage, libraries, theaters and technological museums, located in all Brazilian regions. Until 2016, it allocated R\$ 565 million to preservation projects.

¹⁶ BRASIL. *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-fundo-cultural>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁷ CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. *Estudos Avançados*, n. 22, Belo Horizonte: UFMG, p. 207-217, 2008., p. 207.

On the other hand, one cannot neglect, in the contemporary world, the analysis of the State economic policy in the international scenario. Especially because of the enormous influence that transnational economic powers have on the national economy, as the author cited in the article Economic Policy and State:

Logically, State economic policies cannot be analyzed in isolation, outside of an international context, because they are subject to the influences of transnational economic powers, from developed and notably communitarian states, international entities (such as the World Trade Organization, International Monetary Fund, World Bank), without excluding, however, their interdependence with the economic policies of national private capital. In fact, contemporary democracies have been shaken by the distortions of State economic actions, given the power of the private sector¹⁸.

Benhamou¹⁹ points out that the cultural heritage is alive, in constant development and is “the object of collective interests that can be expressed, depending on the circumstances and events, at the local, national and even world levels”.

At the international level, we highlight the activities of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco), which involves governments, global civil society organizations and transnational organizations with the objective of promoting the application of normative instruments in the cultural field. Brazil is one of the participants that has a prominent role among developing countries in the development of cultural public policies. Benhamou²⁰ provides a brief overview of protective actions worldwide:

The United Kingdom, France, Italy and Europe in general adopted their policies earlier. The first major law in France is from 1913. It supports two types of preservation: the labeling as heritage of buildings whose preservation is of national and historical interest and the recording in an additional public inventory of historical monuments, both public and private, who do not demand immediate labeling as heritage, but which contain historical or artistic interest that makes preservation necessary. In the United Kingdom, citizens are involved in preservation. Many people feel responsible for taking care of cultural heritage. In Asia, there are interesting experiences of joint preservation of cultural and natural heritage.

¹⁸ CLARK, Giovanni. Política econômica e Estado. *Estudos Avançados*, n. 22, Belo Horizonte: UFMG, p. 207-217, 2008. p. 208.

¹⁹ BENHAMOU, Françoise. *Economia do patrimônio cultural*. São Paulo: Edições Sesc, 2016. p. 12.

²⁰ BENHAMOU, Françoise. Há uma forte propensão a se considerar tudo como patrimônio cultural. 20.03.2017. *Revista Época*. Entrevista acessível em: <http://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2017/03/ha-uma-forte-propensao-se-considerar-tudo-como-patrimonio-cultural.html>. Acesso em: 20 jul. 2018.

In 2006, in Latin America, the Regional Center for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage in Latin America, CRESPIAL, was created, following the signing in Paris of the agreement between Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) and the Peruvian Government, with the objective of promoting and supporting actions to safeguard and protect the vast cultural heritage of the peoples of Latin America.

This integration between nations regarding cultural heritage protection has yielded important results in the face of the exchange of legislation, the creation of legal instruments and the overcoming of the difficulties encountered.

TAX INCENTIVE IN MINAS GERAIS: THE ROBIN HOOD ACT

It is currently possible to see a slight increase in the forms of fiscal and financial incentives for the preservation of cultural heritage. The Constitution of 1988 itself stipulated in article 216, paragraph 3, that “The law shall establish incentives for the production and knowledge of cultural assets and values”. The tax incentives may be local, regional or national, and may act in urban or rural areas, encouraging the participation of civil society in the preservation of cultural heritage.

In Brazil, the municipalities have constitutional autonomy to manage their own assets and create their own laws (article 18 of the Federal Constitution). This decentralization conditions the municipality to “increase” its interest in taking better care of its local heritage. In particular, the cultural heritage, represented by cultural goods, which can even generate profit, through tourism. But it also establishes the need for strategic management from the urban perspective.

The municipal government can and should use its administrative powers to protect, if there is interest or need, the local cultural heritage, thus respecting our Major Law, preserving its own history and the rights of its citizens, by Le Goff’s²¹ perspective, seeking to save the past to serve the present and the future.

In Minas Gerais, for example, for such cultural purpose, there is Law n. 22.627 of 07/31/2017 (Law establishing the State Plan for Culture of Minas Gerais). Its format was constituted after public consultations and dialogues with cultural sectors were delivered. Over time, anchored in the economic reality of our Nation, public announcements and calls were issued, reducing the counterpart percentage for encouraging companies in order to increase the number of sponsorships for cultural projects.

²¹ LE GOFF, Jacques [1924]. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão [et al.]. 5. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2003. p. 471.

In this context, the 2018 Resolution²² that regulates the policy of cultural incentives is also based on democratization and internalization, that is, it aims to prioritize the decentralization of resources, opening greater possibilities for attracting projects from proponents from the interior of the state, where the range of companies encouraging such activities is scarce.

Another option for the promotion of cultural preservation is the exemption from IPTU (Tax on Urban Land and Property) – article 156 of the Federal Constitution –, designed to make it easier for owners of properties listed as cultural heritage to care about their maintenance.

Thus, for example, when there is legal designation in the municipality, the owner of a property inscribed as protected in the Book of Heritage, that means, the owner of a listed property, may be exempt up to ninety percent (90%) in payment of the corresponding property tax to this said property. In addition, it was a means found to encourage the owner to conserve his property and to be compensated by the administrative limitations caused by the act of listing the property as heritage.

The municipality of São Paulo, for example, even allows full exemption of the property tax to the owner of a property that keeps it well preserved. It is worth mentioning that the exemption is not automatic, it is necessary to prove the good conditions of the property to achieve such benefit. There are indirect forms of economic intervention in the public domain²³, provided for by law, to encourage preservation actions such as sponsorship of renovations or restorations through private initiative²⁴, as already mentioned.

The Brazilian federative order allows the coexistence of a multiplicity of power centers in harmony – called cooperative federalism – between a “central government” and subnational units (the states and municipalities). It is worth remembering that the 1988 Constitution “implemented” and improved mechanisms for the generation and distribution of resources among these federative entities. These include transfers of portion of the funds raised by the State through the ICMS (the State Tax on Circulation of Goods and Services) to its municipalities, called the ICMS share. Each Member State creates or defines its own criteria to fulfil the constitutional determination. The state of Minas Gerais, however, has created a complex system that has generated promising results in safeguarding cultural heritage.

²² Resolução SEC n. 136, de 4 de julho de 2018. Secretaria de Estado de Cultura de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.cultura.mg.gov.br/images/documentos>. Acesso em: 2 out. 2018.

²³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

²⁴ Lei Rouanet – Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991; em São Paulo, a Lei Mendonça – Lei municipal n. 10.923, de 30 de dezembro de 1990.

Thus, at the state level, in a special way, the State of Minas Gerais promotes the redistribution of the State Tax on Operations Regarding the Circulation of Goods and Services and the Provision of Interstate and Intermunicipal Transport Services and Communication – ICMS – prioritizing some criteria (population, geographic positioning, health, education, tourism, etc.). One of them is called ICMS Cultural Heritage and was set to direct larger quotas to cities that present actions to preserve memory and protect their cultural heritage, according to State Law n. 18.030, of January 12, 2009 (Article 1, item II).

Despite numerous forms of intergovernmental transfer of resources, the latter is the main focus of this study, as it is the collection of taxes by the member states and the consequent distribution to municipalities, in order to promote and articulate municipal public policies for the preservation of cultural heritage.

In 1995, in a pioneering experiment, in Minas Gerais, Law n. 12,040 approved the transfer of ICMS to the municipalities when a series of requirements and criteria elaborated by the Institute of National Historic Artistic Heritage (IEPHA-MG) were met, especially with regard to concerns about the protection of cultural heritage. Such a law had to undergo several adjustments over the years.

However, the establishment of criteria and mechanisms for the apportionment of public resources became essential. The supervision and setting of the criteria fell under two public institutions, in partnership: the João Pinheiro Foundation and the Institute of National Historic Artistic Heritage of Minas Gerais – IEPHA-MG.

There are criteria with annual, semi-annual, quarterly and monthly apportionment ratios. The beneficiaries are, in general, the most populous municipalities, the mining companies, the holders of imprisonment facilities, those who fight tax evasion and investors in the areas of: education, health, environmental preservation, conservation of historical and cultural heritage, production of food, sports and tourism.

Known state-wide as the Robin Hood Act, for its redistributive potential in relation to tax revenue, Law n. 12,040/95 was later amended by Law n. 12,734/1997 and amended again, in 2000, by Law n. 13,803. Finally, after lengthy discussions, Law n. 18,030 was approved in 2009, which added six criteria to the current distribution methodology, namely: tourism, sports, municipalities that hold imprisonment facilities, water resources, shared ICMS, cultural heritage and a minimum *per capita*, as well as an ecological ICMS sub criterion (on regional dry forest).

All changes and developments in legislation have converged not only on an effort to adjust to the enforceability of the law itself, but also in response to its main focus: reducing socioeconomic inequalities between municipalities and encouraging the promotion and allocation of resources in social areas with use

of its own resources, aiming at improving the quality of life of the population of Minas. Hence the nickname of Robin Hood Act.

The State of Minas Gerais, by enacting the Robin Hood Act, regulated the commandment of the 1988 Constitution (Constitutional Amendment 17/80), namely: “Article 158, item IV – The following shall be assigned to the municipalities: IV – twenty-five per cent of the proceeds from the collection of the state tax on transactions regarding the circulation of goods and on rendering of interstate and intermunicipal transportation services and services of communication” (BRASIL, 1988).

It is also stated in its sole paragraph that:

(...) The revenue portions assigned to the municipalities, as mentioned in item IV, shall be credited in accordance with the following criteria: at least three-fourths, in proportion to the value added in the transactions regarding the circulation of goods and the rendering of services carried out in the territory of the municipalities; up to one-quarter, in accordance with the provisions of a state law or, in the case of the territories, of a federal law²⁵.

Resources are distributed through the Cultural Heritage Index (PPC), which corresponds to the ratio between the score of each municipality and the sum of the score of all municipalities in Minas. All calculated in accordance with Annex III of Law n. 13.803/2000 and in accordance with the guidelines of IEPHA-MG. It is also up to IEPHA-MG to define the control of public cultural heritage management actions and the municipalities’ scoring methodology for the calculation of ICMS apportionment indexes, which are reviewed every year.

Not all municipalities are indiscriminately expected to count on the transfer. To apply for the ratio, municipalities must prove the existence of municipal legislation for the protection of cultural heritage and of a Municipal Council for the Protection and Defense of Cultural Heritage, of a local technical staff to act in the area and of heritage education projects, among other requirements. The score reverts to the transfer of resources to the municipality, hence the interest in meeting the goals each year established by IEPHA-MG. The higher the score, the greater the returning of financial resources to municipalities, through monthly transfers.

It is important to note that the actions required by IEPHA-MG directing the transfer of the so-called ICMS Cultural Heritage have provided, as a consequence, an updated knowledge of the cultural collections in the state and of

²⁵ BRASIL. *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-fundo-cultural>. Acesso em: 18 jul. 2018.

cultural power of each municipality. Actions such as records, inventories, listing and making of dossiers, for example, enable the most effective action of the municipality in the protection of its cultural heritage. The constant vigilance and observation of the state of conservation of local cultural assets encourage the municipality to invest in the restoration of cultural assets to increase the value of the score and, consequently, the transfer of values.

With the aim of greater involvement of municipal public managers in local preservation and guidance to municipalities on preservation policies, IEPHA-MG offers Regional Rounds²⁶ from March to July of each year. These are meetings that enable the exchange of experiences and debate of topics related to the performance of managers with the purpose of building collective and coordinated actions to preserve the heritage of Minas²⁷.

The participation of each municipality in the ICMS Cultural Heritage can be found and read by any citizen, which favors transparency in protective actions enabling the citizens to integrate with their local roots and references and actively participate in preservation actions. The Score Table, the Analysis Sheet and listing of Protected Cultural Goods for each municipality are available for consultation²⁸. Thus, the Robin Hood Act stipulates for the protection of cultural heritage exercised by municipalities.

The ICMS apportionment under the cultural heritage criterion has been steadily increasing. From 1996 to 1999, the adhesion of the qualified municipalities grew from 106 to 233 municipalities, in 2004 there were 457²⁹, and in 2017 it reached a total of 582 municipalities³⁰. It is important to clarify that one of the requirements for qualification in the apportionment is the creation of patrimony

²⁶ The 8th Regional Round of Cultural Heritage, held by IEPHA-MG, in partnership with the Minas Gerais municipalities, took place from March to July 2018. The meetings were held in 11 of the 17 regional territories of the state. Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/noticias/323-municipios-mineiros-recebem-a-8-rodada-regional-do-patrimonio-cultural>.

²⁷ MINAS GERAIS. *Secretaria de Estado de Cultura de Minas Gerais*. 29.09.2017. Disponível em: <http://www.cultura.mg.gov.br/documentos/story/4468-secretaria-de-estado-de-cultura>. Acesso em: 15 ago. 2018.

²⁸ The João Pinheiro Foundation publishes monthly the sum received by the municipalities through ICMS Cultural Heritage on the website www.fjp.mg.gov.br.

²⁹ BIONDINI, Isabella Virginia Freire; STARLING, Mônica Barros de Lima; CARSALADE, Flávio Lemos. A política do ICMS Patrimônio Cultural em Minas Gerais como instrumento de indução à descentralização de ações de política pública no campo do patrimônio: potencialidades e limites. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 16, n. 25, jan.-jul. 2014. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/25/11-Capitulo5-Cadernos-25.pdf. Acesso em: 4 out. 2018.

³⁰ MINAS GERAIS, *Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – Iepha/MG*. Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/noticias/231-iepha-mg-divulga-pontuacao-provisoria-do-icms-patrimonio-cultural>. Acesso em: 4 out. 2018.

councils. The existence and functioning of these councils and the increase in the number of inventoried goods (one of the requirements for scoring) greatly enhances the protection of cultural heritage. The Legislative Assembly of Minas Gerais makes this information available on its website³¹.

Pontes and Faria³² point out that, in 2016, more than 1/3 (one third) of Minas Gerais municipalities were included in this apportionment, many of them received significant amounts to be applied to the benefit of local cultural goods generating tourism, leisure and education.

The favorable data presented on the website of the Minas Gerais State Secretariat of Culture and IEPHA-MG itself are more prominent regarding the creation of councils. Since 1996, 727 Municipal Councils of Cultural Heritage have been installed in the state. Also the result of the program of induction to the municipalization of preservationist policies was the approval of legislation to protect the cultural heritage and the creation of the Cultural Heritage Preservation Fund by 665 municipalities of Minas Gerais, and important step in directing financial resources solely for heritage preservation purposes. In total, 4,200 assets have been protected by the municipalities, as counted on the year of 2017, and almost six hundred Minas Gerais cities have had effective actions of heritage education³³.

From one year to another there may be a significant change in the number of municipalities receiving transfers. This is what can be observed, for example, recently: from 2017 to 2018 the number of municipalities that submitted documentation within the deadline for analysis and consequent score increased from 582 to 675 municipalities, according to data extracted from the IEPHA-MG website³⁴.

Even though the state law does not explicitly state that the resources from the ICMS Cultural Heritage should be invested directly in the area of cultural heritage, the administrative reasonability itself points to such destination when protective intervention is necessary. The justification is that if the assets that generate their income are not preserved, they will be doomed to disappear and,

³¹ MINAS GERAIS. *Revista ICMS solidário 2016*. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/.../publicacoes_assembleia. Acesso em: 15 ago. 2018.

³² PONTES, Ana Cristina de Carvalho; FARIA, Gustavo Rafael da Silva. Critério Patrimônio Cultural, cap. 8. *ICMS Solidário 2016*. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/.../icms_solidario/capitulo8.pdf. Acesso em: 13 set. 2018.

³³ MINAS GERAIS. *Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – Iepha/MG*. Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/noticias/231-iepha-mg-divulga-pontuacao-provisoria-do-icms-patrimonio-cultural>. Acesso em: 8 out. 2018.

³⁴ MINAS GERAIS. *Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – Iepha/MG*. Disponível em: http://www.iepha.mg.gov.br/images/Documentos/Pontuacao_Definitiva_Exerc_2019-Publicacao.pdf. Acesso em: 5 out. 2018.

if this happens, the source of funds will disappear as well, causing a decrease in municipal financial revenues, as well as irreversible damage to the Nation's cultural heritage.

Also the Ministry of Cities and the Ministry of Tourism have programs directed to the maintenance and conservation of listed property. Also from this perspective, the National Program of Support to Culture (PRONAC), the National Culture Fund (FEC) and the Diffuse Rights Defense Fund (FUNDIF) offer real possibilities for the acquisition of funds for the purpose of preserving and defending the cultural heritage³⁵.

Finally, the actions mentioned above give rise to the exercise of citizenship, which inevitably results from the affirmation of the identity of a people, the construction of a collective memory, and the safeguarding of values and cultural goods.

FINAL CONSIDERATIONS

The current state of the art in the critical analysis of the protection of cultural heritage in the State of Minas Gerais brings the conclusion that the challenges to the effective evaluation of cultural heritage persist, even with concrete incentives to the owners of private property.

Regarding the barriers to the valuing of cultural heritage, one can glimpse the very difficult related to the conceptualization of cultural heritage and the precarious understanding of the guarantees of patrimonial protection in favour of communities where engaged social actors, public managers, professionals of the area and residents appear.

The scarce resources directed to the cultural sector and the existence of strong bureaucracy create obstacles related to the raising of financial resources for financing cultural projects. In addition, public assets management agencies such as IEPHA-MG and IPHAN do not have real state and national coverage and effective functioning within our federative pact system.

By analyzing the tax incentives in the state of Minas Gerais it is possible to identify an emergency of greater state concern with financial incentives for the preservation of cultural heritage, especially in a state of the federation that has rich and abundant historical-cultural material to be taken care of and, as a consequence, tourism.

The State of Minas Gerais provides, in legislative terms, for the redistribution of ICMS (State Tax on Circulation of Goods and Services), allocating larger

³⁵ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; ARAÚJO, Guilherme Maciel; ASKAR, Jorge Abdo (org.). *Mestres e conselheiros: manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Ieds, 2009. p. 114.

quotas to cities that present actions for the preservation of memory and protection of their heritage through the share of ICMS Cultural Heritage.

This incentive in the form of transfer of resources to the municipalities became known as the Robin Hood Act, because its objective is linked to a more balanced ideology of distribution of values among the municipalities. The Robin Hood Act brought the municipalities' protection of cultural heritage in a compensatory way. The existence of the law also brought a necessary reflection on the capacity of the state to stimulate the municipalities that can receive this contribution of financial resources as being conditioned to the execution of public policies.

There was progress in the sense that the Robin Hood Act brought innovations in the scenario of heritage preservation regarding the transfer of ICMS Cultural Heritage. But, on the other hand, it is also imperative to conclude that given the socioeconomic heterogeneity and the excessive number of municipalities that make up the state of Minas Gerais, a multiplicity of demands has been generated, causing great difficulty in coordinating socio-cultural public policies. Challenges that state institutions have been trying to remedy over time.

There is no single recipe for dealing with barriers to cultural preservation and not even for finding short-term solutions. But nowadays several public or private entities are understanding the need to enhance the preservation and revitalization of the Brazilian cultural heritage.

Moreover, research shows us that the Constitutional Economic Order itself imposes development. As culture is an important driver of human, economic and sustainable development in any region, it must be admitted that cultural preservation will, to a large extent, enable national development.

REFERENCES

- BENHAMOU, Françoise. *Economia do patrimônio cultural*. São Paulo: Edições Sesc, 2016.
- BENHAMOU, Françoise. Há uma forte propensão a se considerar tudo como patrimônio cultural. 20/03/2017. *Revista Época*. Entrevista acessível em: <http://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2017/03/ha-uma-forte-propensao-se-considerar-tudo-como-patrimonio-cultural.html>. Acesso em: 20 jul. 2018.
- BIONDINI, Isabella Virgínia Freire; STARLING, Mônica Barros de Lima; CARSALADE, Flávio Lemos. A política do ICMS Patrimônio Cultural em Minas Gerais como instrumento de indução à descentralização de ações de política pública no campo do patrimônio: potencialidades e limites. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 16, n. 25, jan.-jul. 2014. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/25/11-Capitulo5-Cadernos-25.pdf. Acesso em 4 out. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade: memórias de velhos*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- BRASIL. *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/bndes-fundo-cultural>. Acesso em: 18 out. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2018.
- CLARK, Giovani. O pioneirismo da Faculdade de Direito da UFMG: a introdução do Direito Econômico no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Série “Estudos Sociais e Políticos”, n. 40, Belo Horizonte: UFMG, p. 143-155, 2012.
- CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. *Estudos Avançados*, n. 22, Belo Horizonte: UFMG, p. 207-217, 2008.
- CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, número especial em memória do Prof. Washington Peluso, p. 265-300, 2013.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do patrimônio cultural e de direito do urbanismo*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.
- HALL, Stuart [1932-2014]. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.
- LE GOFF, Jacques [1924]. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão [et al.]. 5. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MINAS GERAIS. *Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – Iepha-MG*. Disponível em: http://www.iepha.mg.gov.br/images/Documentos/Pontuacao_Definitiva_Exerc_2019-Publicacao.pdf. Acesso em: 5 out. 2018.
- MINAS GERAIS. *Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais – Iepha/MG*. Disponível em: <http://www.iepha.mg.gov.br/index.php/noticias/231-iepha-mg-divulga-pontuacao-provisoria-do-icms-patrimonio-cultural>. Acesso em: 8 out. 2018.
- MINAS GERAIS. Lei n. 18.030, de 12 de janeiro de 2009. *Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios*. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2009/118030_2009.htm.

MINAS GERAIS. Lei n. 22.627, de 31 de julho de 2017. *Institui o plano estadual de cultura*. Disponível em: <http://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-22627-2017-minas-gerais-institui-o-plano-estadual-de-cultura-de-minas-gerais>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MINAS GERAIS. *Secretaria de Estado de Cultura de Minas Gerais*. 29.09.2017. Disponível em: <http://www.cultura.mg.gov.br/documentos/story/4468-secretaria-de-estado-de-cultura>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; ARAÚJO, Guilherme Maciel; ASKAR, Jorge Abdo (org.). *Mestres e conselheiros: manual de atuação dos agentes do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Ieds, 2009.

NUNES, Antônio José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES, Ana Cristina de Carvalho; FARIA, Gustavo Rafael da Silva. Critério Patrimônio Cultural, cap. 8. *ICMS Solidário 2016*. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/...icms_solidario/capitulo8.pdf. Acesso em: 13 set. 2018.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Data de recebimento: 1º/11/2018

Data de aprovação: 10/06/2019

SERVIRÁ O POSITIVISMO JURÍDICO PARA “DESCASCAR ABACAXIS”?

WILL LEGAL POSITIVISM SERVE TO “PEEL PINEAPPLES”?

*Temis Limberger**
*Celito de Bona***

RESUMO

Considerando a incorporação da Moral no Direito brasileiro em vários *hard cases* jurídicos, criando soluções adequadas por meio da discricionariedade judicial ao decidir, objetiva-se indagar se o positivismo jurídico, em alguma de suas mais variadas modalidades, serve a contento para aquele intento, ou se sua impossibilidade é ensejadora de substituição por um novo sistema jurídico. Para tanto, procede-se à revisão bibliográfica das principais escolas e sistemas jurídicos positivistas que os ordenamentos jurídicos ocidentais conheceram, entre os séculos XIX e XXI, por meio de uma metodologia hermenêutico-fenomenológica. Desse modo, observa-se que incorporar a Moral ao Direito significaria superar o relativismo moral ao conceber uma Moral absoluta numa escala de valores presumida, o que não ocorre por ausência de legitimidade judicial. Permite-se concluir que Hans Kelsen continua correto em sua reflexão e prescrição

* Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de graduação e pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Avaliadora *ad hoc* da *Revista de Direito do Consumidor*, da *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, da *Revista Quaestio Iuris*, da *Revista Direito Público* e da *Revista Interesse Público*. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico (IBDE), da Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) e da Rede Brasileira de Pesquisadores em Direito Internacional. Orientadora de Mestrado e Doutorado. E-mail: temisl@unisinos.br.

** Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduado *lato sensu* em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), e em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Paranaense (Unipar). Professor efetivo do curso de Direito da Unioeste, *campus* de Marechal Cândido Rondon. E-mail: celitodebona@hotmail.com.

doutrinária: juízes e tribunais devem aplicar a lei e a Constituição (ou fazer o controle de constitucionalidade), e que isso não deve ser considerado imoral, sem desconsiderar que as reflexões sobre questões de Moral e Justiça nunca deixaram de ser relevantes, mas atuam na área de uma efetiva participação política.

Palavras-chave: Direito; Positivismo; Lei; Moral; Discricionariedade.

ABSTRACT

Considering the incorporation of Morality into Brazilian Law in several legal cases, creating adequate solutions through judicial discretion in deciding, it is sought to inquire whether legal positivism, in any of its most varied forms, serves to content, for that attempt, or if its impossibility is conducive to substitution by a new legal system. To this end, a bibliographical review is carried out of the main schools and legal systems of positivism that the Western legal systems knew, from the nineteenth to the twenty-first century, through a hermeneutic-phenomenological methodology. In this way, it is observed that incorporating Moral in Law would mean overcoming moral relativism, in conceiving an absolute morality on a presumed scale of values, which does not occur due to lack of judicial legitimacy. It is possible to conclude that Hans Kelsen is still correct in his reflection and doctrinal prescription: judges and courts must apply the law and the Constitution (or make constitutional control), and that this should not be considered immoral, without disregarding that the reflections on issues of Morality and Justice never cease to be relevant, but act in the area of effective political participation.

Keywords: Law; Positivism; Law; Morality; Discretionary.

INTRODUÇÃO

Hard cases são casos de difícil solução no mundo do Direito e, frequentemente, envolvem mais de um princípio jurídico que colidem entre si, exigindo uma tarefa hercúlea do juiz para sua solução, segundo a doutrina de Ronald Dworkin (2002). Se conhecesse a língua portuguesa e vivesse no Brasil, talvez tivesse utilizado a expressão “um pepino para resolver” ou “um abacaxi para descascar”, expressões populares que significam problemas de difícil solução e que ninguém quer resolver – algo equivalente a *hard case*. Isto porque o abacaxi é difícil de descascar (e todos querem consumir) e o pepino possui uma qualidade que dificulta(va) a digestão¹.

O trabalho que se pretende desenvolver envolve um “abacaxi” (a ser) des-

¹ Atualmente tais dificuldades já foram superadas, mas as expressões remanescem no populacho.

casgado² pelos juristas brasileiros, ao se analisar a forma como foi descascado e como poderia ser, à luz de várias das correntes do positivismo jurídico, sendo importante objeto de estudo da Filosofia Jurídica. Não se trata, evidentemente, de uma tarefa fácil, pois, afinal, o que se entende por um abacaxi perfeitamente descascado? Da mesma forma, como compreender um sistema jurídico perfeito? Será ele totalmente isento de falhas que não podem ser corrigidas, ou a existência de alguma falha incorrigível já é motivo suficiente para abandoná-lo? E seu abandono significa a adoção de qual outro sistema jurídico? O fato de haver eventuais falhas ou resquícios de casca não significa que a técnica utilizada não seja adequada, pois já serve ao consumo e à degustação para alguns. Para outros (e sempre haverá os intolerantes com as ranhuras da casca do fruto, olvidando todo o resto, e geralmente aqueles que reclamam são aqueles que não o descascam), não se poderá consumir, cabendo-lhes a tarefa de *criticar* ou reclamar. Tomar-se-á essa posição crítica, não de quem julga, mas de quem *aponta as falhas*, esquecendo todos os outros julgados em que houve *acerto*, eis que se busca a reflexão para possíveis melhoramentos.

Isto porque, ao contrário do consumo do abacaxi, não se pode *engolir* um sistema que admita eventuais falhas, pois, ainda que em um número de casos mínimos, comparado ao total, estes poderão ocorrer com adversários, aliados ou consigo mesmo – e a indignação deve ser a mesma, dentro de um Estado Democrático de Direito, sem que se admita qualquer exceção (e nem transformar a exceção em regra!).

Para tanto, adota-se uma metodologia hermenêutico-fenomenológica, eis que se busca compreender o fenômeno para descrevê-lo de modo sistematizado, atribuindo-lhe sentido e coerência. Assim, por meio de uma revisitação bibliográfica em teorias e escolas positivistas importantes na história do direito ocidental entre os séculos XIX e XXI, verificar-se-á qual seria a solução dada por elas a esses questionamentos. Ao final deste, têm-se duas certezas acerca desse intento: a do êxito no questionamento e a da possível discussão crítica sobre a resposta adequada apresentada à indagação se a Moral pode ser incorporada ao Direito e como isso se dá.

O ABACAXI A DESCASCAR: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 608.482-RN E O ADVENTO DA INCORPORAÇÃO DA MORAL AO DIREITO

O Recurso Extraordinário n. 608.482-RN mostra-se paradigmático e é mais um caso que chama a atenção da doutrina brasileira por ocasião das razões que motivaram os ministros a decidir sobre questões de difícil solução. Com maior

² Destaque-se que não se tenta utilizar uma *linguagem facilitada* para a compreensão da problemática, ou não é cabível a crítica de, neste trabalho, “não se levar a sério” a questão. Como se verificará, trata-se apenas de uma *licença poética* na exposição do tema.

atenção, tiveram de decidir em quais casos se deve ou não respeitar a investidura de um servidor por decisão judicial. À luz da filosofia do direito são cabíveis questionamentos acerca do sistema jurídico adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no nível epistemológico. Especificamente, cabe aferir *a que espécie de positivismo jurídico* o mencionado tribunal guardião da Constituição Federal se filia, se é que se isso ocorre na prática. É o que se pretende verificar tendo como objeto este trabalho. Antes, porém, é mister compreender o caso, o que se fará a partir da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO *STATUS QUO ANTE*. “TEORIA DO FATO CONSUMADO”, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido (STF, RE 608.482-RN, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 07/08/2014).

No caso, trata-se de concurso público para provimento do cargo de agente da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte em que a candidata, durante o exame físico (segunda etapa), foi considerada inapta por não obter o rendimento esperado em uma das provas; de 20 abdominais, consoante previsto no edital do certame, apenas 19 foram consideradas válidas. Proposta ação cautelar e liminar concedida, reingressou no certame somente após a terceira fase (teste psicotécnico) sem participar regularmente desta, ou seja, além de ter reprovado em uma das fases, não fez a terceira, mas apresentou exame particular para sua substituição. Ainda de forma precária (pois a manutenção da liminar assim é considerada pelo ordenamento jurídico), tomou posse e participou do curso de formação da carreira, obtendo, entretanto, excelente resultado.

Observa-se ainda que sua condição física foi atestada e comprovada no curso de Educação Física do Curso de Formação de Agentes policiais, com nota 9,5. Consta dos autos que no exercício da função obteve comportamento ilibado e não

demonstrou, até então, qualquer impedimento ou limitação de ordem física ou psicológica, sequer havendo inquérito administrativo contra ela, exercendo o que se espera de um bom funcionário público na área de segurança pública. Desde que obteve as decisões liminar e de mérito favoráveis em primeira e segunda instâncias, sempre com os respectivos recursos de inconformidade pela Procuradoria do Estado potiguar, até a decisão pelo Plenário do STF, passaram-se mais de 14 anos em que a funcionária se encontrava em tais funções, com a ciência de título precário, por sua iniciativa jurídico-processual e com a “autorização” do Poder Judiciário, eis que não havia transitado em julgado a questão. Importa mencionar também que a União Federal ingressou na demanda como *amicus curiae*.

As decisões dos ministros do STF merecem destaque para a compreensão de seus argumentos e êxito deste trabalho. A iniciar pelo relator, Ministro Teori Zavascki, arguiu que a então funcionária pública: a) estava no cargo a título precário por conta de sua própria iniciativa, e não do poder público; b) qualquer investidura no serviço público em análise deve se dar pela prévia e regular aprovação em concurso público; c) as decisões do próprio Tribunal a que pertencem, em precedentes da 1ª e 2ª Turmas, são contrárias à investidura em cargo previsto em concurso público por ocasião do advento temporal, com a não aplicação da teoria do fato consumado; d) sopesando valores e interesses em conflito, deverão prevalecer os do público sobre o do privado; e) alegando os efeitos previstos nos então vigentes arts. 475-O e 811 do CPC de 1973 (vigente à época), em que a decisão liminar fosse revogada, seus efeitos seriam também revogados, com a restituição ao *status* anterior (efeitos *ex tunc*), ficando o responsável, no caso a autora, pelos danos oriundos da proposição da medida, por ter consciência dos riscos inerentes; f) o atendimento do pedido poderia prejudicar o interesse de outro candidato à época (e disso não se tem conhecimento nos autos, ao que se depreende), preterido pela propositura da ação e prosseguimento normal do certame. Ao final, como se denota, votou pelo provimento do Recurso Extraordinário proposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, para julgar improcedente o pedido da candidata, sem prejuízo dos salários e vencimentos desta, até a data do julgamento.

Em voto divergente do Relator, o Ministro Roberto Luís Barroso divergiu no sentido de que: a) nem sempre haverá de prevalecer o interesse público ao privado, em fazer prevalecer em todos os casos o concurso público, eis que em algumas situações poderão ocorrer distorções ou mesmo colisões de normas constitucionais; b) não há que se conceder os mesmos efeitos provisórios a uma decisão liminar de primeira instância e uma decisão definitiva de segunda instância; há uma sensível diferença entre ambas e devem ser levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto; c) o princípio da proteção da confiança nos órgãos judiciais que confirmam, e por tanto tempo, como nos autos, que deve, sim, ser considerada legítima a expectativa

criada em cidadãos de boa-fé por atos estatais em geral, incidindo, obviamente, a prestação jurisdicional.

Não obstante tais argumentos divergentes, o Ministro Barroso apresentou ainda *proposta de parâmetro específico de ponderação*, considerando a necessidade de criação de orientação clara e objetiva para casos semelhantes, considerando se tratar de atuação do STF em sede de repercussão geral. Nesse sentido é a sua proposta de redação:

No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.

Explicando os fatores, tem-se que o primeiro corresponde ao tempo decorrido entre as decisões judiciais contraditórias, em que se fortalece a expectativa de proteção da posse em cargo público, notadamente por aplicação analógica do art. 54 da Lei n. 9.784/99³; o segundo se refere à constatação da boa-fé do jurisdicionado, expressada pela ausência de ato protelatório no processo para que esse prazo se consuma, contribuindo para a criação de uma estabilidade do sentido da decisão judicial proferida, embora não transitado em julgado; e o terceiro fator corresponde à aplicação analógica da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que prevê que a condenação “proferida por órgão judicial colegiado” consiste em hipótese de inelegibilidade do respectivo candidato (redação conferida ao art. 1º, I, e, da Lei Complementar n. 64/90).

Complementando esse entendimento, o Ministro Luiz Fux ressaltou que “uma pessoa que está há quatorze anos num cargo, dependendo da idade, nós vamos colocá-la à margem da funcionalidade, à margem do mercado de trabalho (*sic*)”. Já o argumento do Ministro Marco Aurélio de Mello foi no sentido de criticar atos que apontam para uma verdadeira “aposta” de que o Poder Judiciário não julgará com celeridade e poderia haver a prevalência da teoria do fato consumado, em detrimento da norma constitucional de exigência de regular concurso público para o provimento de cargos que o exigem. Na sequência, interessante é a admissão que o próprio Ministro Roberto Barroso faz de que, se aquele mesmo processo tivesse um prazo de apenas 2 anos – e não de 14 –, a sua decisão certamente seria em sentido inverso.

³ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Na continuidade da votação, a Ministra Rosa Weber acompanhou o relator, ressaltando que a então candidata, quando da realização do concurso público, deixou de fazer a terceira etapa do certame, obstruindo este, melhor instrumento para a escolha dos melhores candidatos para a função pública e previsto constitucionalmente.

Na sua vez de apontamento do voto, o Ministro Luiz Fux explicou que não se tratava de uma burla a concurso público, mas de uma correção da própria avaliação, tanto que o motivo da reprovação da candidata se demonstrou tão teratológico que ela obteve a nota 9,5 na aprovação da disciplina de Educação Física na escola de formação, ou seja, não seria um abdominal que a iria reprovar; ademais, a ausência de exame psicotécnico estaria superada pelo tempo em que se manteve no cargo (14 anos) sem que houvesse uma falta disciplinar ou mesmo a instauração de um processo administrativo em todo o período. Além disso, o Ministro seguiu o entendimento da tese da segurança jurídica adquirida em duas decisões de mérito (primeira e segunda instância), sendo esta uma “tendência mundial”, segundo ele, que assegura ao jurisdicionado confiança nos órgãos judiciais por seu comportamento escorreito e de boa-fé, acompanhando, portanto, o voto divergente.

Já os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski (então vice-presidente e no exercício da presidência do Tribunal) acompanharam o relator, provendo o recurso extraordinário e julgando improcedente a ação.

Diante de tais argumentos, cabe indagar acerca do acerto ou não da fundamentação dos dignos ministros do tribunal guardião da Constituição. Em que pese os votos divergentes, não há como negar que eles se enquadram como exercendo uma grande “força moral”, de acordo com o senso comum, provendo um senso de justiça no caso concreto, em que qualquer leigo em assuntos jurídicos acreditaria estarem com razão e que a tese vencedora apresenta uma grande “injustiça”, pois o que se deixou de apreciar foi se o mencionado tribunal corrigiu um erro praticado no concurso público, considerando que o preenchimento dos requisitos formais do certame não atestaram aquilo que se deveria atestar: a capacidade física e psíquica do candidato para ser merecedor do cargo, o que comprova que o mesmo, da forma como elaborado, não foi (ou é) capaz de apontar quais candidatas foram (ou são) os mais preparados para uma atuação eficiente no exercício continuado da função pública, pois se verificou em momento posterior que a candidata possuía aquilo que não foi verificado na data da prova.

Assim, cabe indagar se o preenchimento dos requisitos formais do certame deve prevalecer em todos os casos, sem exceção, ou se existem determinadas circunstâncias que deveriam ser flexibilizados, apesar de não haver uma rega

explícita, mas moralmente aceita. Como se deve solucionar tais questionamentos? Para tentar responder a essas questões deve-se procurar compreender as correntes positivistas de pensamento utilizáveis pelos magistrados na aplicação do Direito. Nesse sentido, passa-se a revisitar o positivismo jurídico em suas mais variadas conotações à luz desse emblemático caso paradigmático.

O POSITIVISMO JURÍDICO ANTERIOR A HANS KELSEN E HERBERT HART: O POSITIVISMO EXEGÉTICO E SUAS REAÇÕES

Visando superar a incerteza, insegurança e vagueza do jusnaturalismo ou Direito Natural, que se aplicava na Europa até início do século XIX, por ocasião do pensamento jus-racional, surge a Escola da Exegese⁴, na França, influenciando vários sistemas jurídicos no mundo ocidental, como o Brasil. Não foi fruto de um fato histórico isolado, mas concebido pelo pensamento de vários juristas, em que alguns deles compuseram uma Comissão para a elaboração do Código Civil francês de 1804, que teve como membros Tronchet, Maleville, Bigot-Prémeneau e Portalis como presidente, durante o período napoleônico. Importa mencionar que as efervescências sociais de então não permitiam que se admitisse outro sistema de direito que não algum que fosse objetivo, sepultando a tendência ao subjetivismo de valores e regras morais e historicamente aceitas pela sociedade, como ocorria com o *common law*.

De acordo com Castanheira Neves,

Designa-se por “escola da exegese” (L'école de l'exégèse) uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XIX, que substituiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica o legalismo da codificação pós-revolucionária. Caracterizava-se, no seu sentido mais geral, por entender o direito como o conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos – no *Code civil* antes de mais, pois a E.E. liga-se sobretudo à obra de civilistas – e para os submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva (1995, p. 181).

⁴ “A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em produzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio código. A interpretação exegética, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador (veja-se, por exemplo, *a escola dos glosadores*, que constitui na Idade Média a primeira fase do desenvolvimento do direito comum fundado na compilação justiniana)” (BOBBIO, 2006, p. 83).

Segundo o jurista português, os três postulados dessa escola seriam: a) a identificação do direito com a lei, eis que se viria a traduzir historicamente na concepção estatista do direito que comumente lhe é imputada; b) a exclusividade da lei como critério jurídico, eliminando assim o problema das fontes do direito; “a lei não é só a única fonte do direito como ainda o critério normativo-jurídico exclusivo” (idem); e c) a suficiência da lei para dar solução a todos os casos jurídicos.

Já de acordo com Norberto Bobbio (2006, p. 78 e ss.), as principais causas históricas de seu advento são representadas em cinco pontos. A primeira se assenta no próprio fato da codificação que o sistema deveria adotar, para eliminar as controvérsias mais emblemáticas no objetivo da resolução das questões. Seria o código a fonte mais curta e simples, bastando consultá-lo para os operadores do direito dizerem o direito, desprezando outras fontes mais complexas e de difícil manuseio, como o costume, a jurisprudência e a doutrina.

Uma segunda justificativa seria a mentalidade dos juristas, em que se invocava o princípio da autoridade. Bastando a aprovação pelo legislador e o processo legislativo concluído, aplicar-se-ia a lei, sem dar margem a discussões maiores no âmbito do processo. Bastaria ao magistrado aplicar a lei sem inferir juízos axiológicos sobre o tema que a segurança e certeza jurídicas estariam mais garantidas.

A terceira razão jurídico-filosófica de fidelidade ao código seria a doutrina da separação dos poderes, de cunho ideológico moderno na estruturação dos Estados de mesma época. Não poderia o juiz *criar* o direito, mas tão somente aplicá-lo.

O princípio da certeza jurídica surgia como outro motivo ideológico, em que “os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento” (BOBBIO, 2006, p. 79). Isso somente é alcançável com um corpo estável de leis cuja aplicação é garantida pelo Estado e não em critérios diversos, que surpreendam de alguma forma os cidadãos, não lhes permitindo se comportar tal como determina o ordenamento.

Por sua vez, um argumento de natureza política, as pressões exercidas pelo regime napoleônico, principalmente naquilo que se transformariam as Escolas de Direito, cujo conteúdo é dominado pelas leis positivas, a ponto de Bugnet ter declarado certa vez: “Eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão” (*apud* BOBBIO, 2006, p. 82).

Nenhum problema existiria com essa escola se realmente o Direito fosse completo e desse a resposta a todas as questões. Como se sabe, podem existir lacunas no ordenamento. E esse é o ponto capital de (quase) todos os sistemas jurídicos positivistas. Para a *École d’Exegese*, com fundamento no art. 4º do *Code Civil* francês, “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité*

ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Então, havendo lacunas manifestas, e proibida a denegação de justiça, o juiz deveria preencher autônoma e constitutivamente de forma racional. Mas isso significa que as leis naturais ou morais poderiam ser invocadas na construção de dita racionalidade por parte do magistrado?

Uma das características dessa *École* é, segundo Bonnecase (1944, p. 139 e ss.) a inversão das relações tradicionais entre o Direito Natural e o Direito Positivo⁵, eis que, inspirado em Demolombe, existindo o Direito Natural a par do Positivo, enquanto aquele não for incorporado por este, deve ser considerado irrelevante para o jurista. Ainda, se as regras do Direito Natural não foram sancionadas, sequer indireta ou implicitamente pela lei, o juiz não poderia se pautar por elas. Qualquer decisão judicial deveria pautar-se exclusivamente por meio da coerência da própria lei positiva. Para essa escola, "(...) o papel do intérprete é o de tirar dos textos legais, através de processos lógicos e racionais, a solução para todos os casos" (MONTORO, 2013, p. 428).

Essa escola de pensamento e comportamento jurídico dominou por quase um século a cultura jurídica francesa e também nações por ela influenciadas, direta ou indiretamente. Bonnecase a distingue em três nítidos períodos: um primeiro período de instauração, que foi de 1804 a 1830; um segundo, de seu apogeu, de 1830 a 1880; e o de seu declínio, indo de 1880 a 1890.

Com a publicação, em 1899, do *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, de F. Gény, que na sua primeira parte lhe movia uma crítica detida e concludente, a sobrevivência da E.E. estava, no entanto, condenada. Iniciava-se, então, com o próprio Gény e Saleilles, o que os autores franceses designam por "*l'école scientifique*": uma compreensão translegal do direito, nos seus fundamentos, na sua constituição e mesmo na sua investigação, a partir de um inequívoco reconhecimento dos limites e da insuficiência normativo-jurídica da lei (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 190).

A partir daí tem-se a constatação de que o jusnaturalismo era efetivamente superado histórico-culturalmente enquanto filosofia prática e não havia como (voltar a) ser a base axiológica absoluta da lei. O legalismo da escola de exegese se mostrava cada vez mais superado com a dinamicidade de uma sociedade industrial que exigia uma atualização legislativa adequada aos fatos sociais da época. Os códigos mostravam-se precários e lacunosos, e se reconheceu a distinção entre o Direito e a lei. Isto porque

⁵ Outras características apresentadas por Bonnecase seriam a concepção rigidamente estatal do Direito, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, o culto do texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade.

O “*fétichisme de la loi écrite et codifiée*” (Gény) cessou com o reconhecimento da distinção entre direito e a lei, na intenção normativa, nos critérios hermenêutico-normativos, na indispensável integração e no aberto desenvolvimento extralegal da normatividade jurídica – e do mesmo modo a jurisprudência, bem longe de ser “*la bouche de la loi*”, revelava-se antes um poderoso e indispensável protagonista na histórica constituição do direito (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 190).

Projetam-se, assim, movimentos de reação às amarras metodológicas cognitivas e volitivas da *école d'exégèse*. Com maior ou menor precisão e apuração técnica, originaram-se os denominados modernos sistemas de interpretação, dentre eles os sistemas da evolução histórica, o da livre investigação e o do direito livre, que se passa a estudar sintética e oportunamente. Antes, porém, convém abordar outro sistema deveras importante e que rivalizou com a escola de exegese contemporaneamente, tomando fôlego em ares germânicos.

O *Historicismo Jurídico*, ou Escola *histórica do direito*, teve em Edmund Burke (1729-1797) um de seus principais inspiradores⁶. Apesar de se opor às teorias jusnaturalistas, em especial às de J. J. Rousseau, sustentava o princípio da continuidade histórica. Em seu entendimento, “(...) as instituições políticas baseiam-se na história e na tradição dos povos. É assim grave erro querer subitamente mudá-las com a ajuda de raciocínios abstratos e de carácter universal” (DEL VECCHIO, 1979, p 158).

Apesar de Burke ser um precursor dessa escola, seus fundadores e verdadeiros capitães foram três juristas alemães: Gustav Hugo, Puchta e Savigny, no qual se concentram maiores (ou exclusivos) esforços de compreensão. Baseando-se no colapso do jus-racionalismo iluminista⁷ e na consciência jurídica

⁶ O historicismo jurídico é corolário do historicismo. Este servirá de base àquele na compreensão de seus principais caracteres e foi caracterizado, segundo Norberto Bobbio, pelo “fato de ele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata. Procuraremos determinar algumas características fundamentais do historicismo: 1) O sentido da *variedade da história devida à variedade do próprio homem*; (...) 2) O sentido do *irracional na história*; (...) 3) Estreitamente ligada à ideia da irracionalidade da história está a ideia da sua tragicidade (*pessimismo antropológico*); (...) 4) (...) elogio e amor pelo passado; (...) 5) (...) o amor pela tradição, isto é, pelas instituições e os costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular” (BOBBIO, 2006, p. 48-51).

⁷ “Os códigos jusnaturalistas constituíam o triunfo de uma cultura jurídica orientada por uma moral prática. Eles não puderam, no entanto, produzir plenos frutos, porque, quer a ciência jurídica técnica, quer a jurisprudência, não se deixaram arrastar senão à força pelo ímpeto reformador. Por outro lado, estes códigos pagam caro a simpatia dos legisladores absolutistas por soluções que restringissem o desenvolvimento científico do direito e que vinculassem a interpretação a comissões ministeriais (Prússia) ou a comissões legislativas (França). Devido a este último facto, por toda a parte, a uma quebra da ciência jurídica do direito comum, quer

popular⁸, a Escola Histórica do Direito, que compreendia não apenas o Direito como História, mas também a ciência jurídica, via na codificação das leis um óbice à evolução espontânea do Direito⁹.

Segundo a Escola Histórica, cada povo tem um *espírito*, uma *alma* sua, que se manifesta em uma numerosa série de produtos. Moral, Direito, Arte, Linguagem, tudo são produtos deste espírito popular (*Volksgeist*). A este propósito, é notável especialmente o confronto entre Direito e Linguagem. Assim como o idioma surge e se desenvolve espontaneamente, sem a intervenção dos gramáticos, os quais só mais tarde lhes fixam os princípios e as regras introduzindo-os dos próprios factos, assim também o direito não é criação do legislador, mas produção instintiva e quase inconsciente, que diretamente se manifesta nos factos jurídicos, depois estudados e submetidos à elaboração reflexiva pelos técnicos ou pelos juriconsultos. Ao trabalho dos juriconsultos segue-se a legislação. Esta baseia-se nos costumes preexistentes. Savigny reconhece à lei papel secundário. As leis apenas fixam – senão imobilizam ou cristalizam – os princípios elaborados pela consciência jurídica popular. Esta é a única fonte autêntica e genuína do direito. Daí a aversão de Savigny (e em geral da Escola histórica que o acompanha nesta aversão) pela codificação; os códigos, sínteses sistemáticas de leis, têm maior estabilidade, é certo, mas podem impedir largamente a evolução espontânea do direito. Segundo Savigny, as condições da ciência e da prática do direito não eram então, especialmente nos países alemães, propícias à elaboração dum código (DEL VECCHIO, 1979, p. 160).

Com inspiração filosófica em Schelling e Hegel, essa escola descobriu na historicidade do Direito a historicidade do próprio povo¹⁰. Daí que o Direito não pode

quanto à sua vivacidade interna, quer quanto ao seu impacto externo. É precisamente a partir do sentimento desta decadência e desta falta de objetivos que surge na Alemanha o colapso do jusnaturalismo iluminista, justamente no momento em que o sentido cívico e a renovação cultural se juntaram na ofensiva contra a legislação mecanicista do estado autoritário” (WIEACKER, 2010, p. 396).

⁸ “A ‘Consciência Jurídica Popular’ é um conceito típico que a Escola histórica do direito tirou do historicismo filosófico de Schelling e Hegel, a ponto de se poder dizer que ela não é senão uma aplicação particular das doutrinas daqueles filósofos no campo do direito” (DEL VECCHIO, 1979, p. 159).

⁹ “(...) Segundo Savigny, também a Alemanha, no início do século XIX, encontrava-se numa época de decadência da cultura jurídica; por isto, a codificação, em lugar de remediar os males universalmente lamentados, os teria agravado e perpetuado. Para remediar o estado de coisas existente era ao contrário necessário, segundo o autor, promover vigorosamente o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, a elaboração do direito por obra da ciência jurídica” (BOBBIO, 2006, p. 62).

¹⁰ “A história como um todo é um desvendamento contínuo e progressivo do absoluto; ela é ‘o arquitecto do organismo, o artista criador das artes plásticas, na qual se desvenda a ideia divina do direito’” (WIEACKER, 2010, p. 406).

ser reconhecido como um sistema de leis naturais gerais e a-históricas de qualquer sociedade, ou apenas como o fruto artificial de um legislador que se utilize de sua racionalidade em seu ofício. Outro ponto importante a ser levantado é a influência da ética kantiana em seus principais defensores, que herdaram um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, “do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo” (WIEACKER, 2010, p. 402). Daí a inserção dessa escola como uma das correntes positivistas, sem ser tão legalista e nem centrada na intenção do legislador como foi a *école d'exégèse*. Mas o que se entendia pelo (e no que constituía o) Direito para a escola histórica e qual sua relação com a Moral? Eis a resposta de Savigny:

(...) o direito constitui uma “fronteira dentro da qual a existência e a acção de cada particular obtém um espaço seguro e livre” e a “regra pela qual esta fronteira e este espaço são definidos”. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade à moral; porém, não enquanto dava realização aos seus comandos, mas enquanto assegurava a cada um o desdobramento das suas energias internas”. Daqui decorre que o direito “domine ilimitadamente na sua esfera” e não tenha que cumprir outra missão que não a da “consagração ética da natureza humana” (WIEACKER, 2010, p. 403)¹¹

No que tange às fontes do Direito, Savigny identifica substancialmente três: o Direito popular, o Direito científico e o Direito legislativo. O primeiro deles é evidenciado pelas próprias sociedades na sua formação, como se observou até então na descrição do Direito costumeiro. O segundo, pelas sociedades mais maduras, designa o trabalho dos professores e juristas ao pesquisarem historicamente ou o direito romano ou o antigo direito germânico, sendo essas uma de suas características, como se verificará adiante. Alcançando coerência com o argumento crítico (e sua refutação) às codificações, está a terceira fonte, típica das sociedades em decadência. Savigny sustentava que

(...) o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha (BOBBIO, 2006, p. 62).

Por sua vez, tomando os traços básicos do historicismo, Norberto Bobbio sintetiza as principais características da Escola Histórica do Direito. Ei-los:

¹¹ Essa influência da ética kantiana, de que o Direito serviria à Moral, nesta escola, demonstra um ponto central neste trabalho, e se verificará como o Direito contemporâneo ainda não conseguiu superar um dos principais pontos de discussão, que é a sua relação com a Moral.

- a) *Individualidade e variedade do homem*: aplicando esse preceito à esfera jurídica, tem-se que o Direito não é uma ideia da razão pura, mas é fruto da História. Assim como todos os fenômenos sociais, o direito nasce e se desenvolve historicamente e, portanto, varia no tempo e no espaço.
- b) *Irrracionalidade das forças históricas*: é nas origens da sociedade, expressas pelas formas jurídicas primitivas, populares, que se encontra um sentimento de justiça e de injustiça, gravado no coração humano. Não é o Direito, dessa forma, o produto de um cálculo racional.
- c) *Pessimismo antropológico*: assim como há uma descrença no progresso humano, há no Direito. Faz-se necessário desconfiar das novas instituições e inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade, consideradas improvisações nocivas. Para isso, é preciso conservar os ordenamentos existentes.
- d) *Amor pelo passado*: para os juristas partidários dessa escola, esse amor significou a tentativa de remontar, para uns, a “recepção” do Direito romano e, para outros, redescobrir, reavaliar e reviver o antigo Direito germânico.
- e) *Sentido de tradição*: para seus adeptos, a Escola Histórica buscava a reavaliação de uma fonte jurídica, o costume, pois as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, sendo formadas e desenvolvidas de forma lenta e gradativa na sociedade, isto é, nascidas diretamente do povo e que exprimem o sentimento e o *Volksgeist*.

Ante tais características e pressupostos, pode-se perceber tanto aspectos positivos como negativos. Ela “foi benéfica na medida em que promoveu a investigação do aspecto histórico do Direito e levou a considerar a sua gênese e o seu desenvolvimento em conexão com as condições particulares de cada povo e com outros fenômenos da vida social” (DEL VECCHIO, 1979, p. 161). Seus defeitos também são evidentes, especialmente ante a atitude passiva em face de todos os produtos históricos.

(...) Mas semelhante adoração ao facto consumado contradiz a exigência crítica da nossa consciência e é a negação de todo o progresso jurídico. Se identificarmos sistematicamente o real com o ideal, excluiremos a possibilidade do progresso. Eis aí, portanto, o ponto onde surgem patentes os erros da Escola histórica e a superioridade das escolas clássicas racionalistas. É de todo o ponto insuficiente a simples observação dos factos propugnada pelo historicismo. Os factos não nos podem dar a noção do direito. O exame dos factos pressupõe uma intuição ideal, porque a escolha e recolha destes, a sua qualificação como fenômenos jurídicos, só é possível à custa dum critério prévio que nos permita distinguir o jurídico do não jurídico (DEL VECCHIO, 1979, p. 161).

Outro aspecto negativo dessa Escola Histórica está na concentração de sua atenção aos costumes e às “fontes de Direito” em geral, olvidando-se que existem fases posteriores, como a legislativa, que absorve os costumes em algum momento, e que, ao contrário de implicar uma expressão de decadência da sociedade, pode importar mais um avanço social, especialmente se fundado numa ética do discurso, por exemplo, quando se depara com um Estado Democrático de Direito. Também negativamente, a dinamicidade e a evolução da sociedade apresentam problemas que devem ser analisados de uma forma que o comportamento histórico ou costumeiro é incapaz de responder.

Por esses e outros motivos, a Alemanha acabou sucumbindo à codificação enquanto sistema jurídico, prevalecendo os argumentos propostos por Thibaut, apresentando vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação alemã, e vantagens jurídicas, eis que uma legislação geral codificada facilitaria as atividades dos juízes, para os estudiosos do Direito e para os cidadãos, pois poderiam contar com uma boa legislação que apresentasse *perfeição formal* (deveria enunciar as normas jurídicas de modo claro e preciso) e *perfeição substancial* (deveria conter normas que regulassem todas as relações sociais). Embora Savigny e Thibaut tenham travado uma polêmica na Alemanha sobre a codificação daquele país, em que os escritos deste último tenham surgido a partir de 1798, em prol da codificação, foi somente em 1900 que a Alemanha editou o *Bürgerliches Gesetzbuch* — BGB, regulando o seu Direito privado, que influenciou várias nações no mundo, inclusive o Brasil. Isso não nega, contudo, a importância da Escola Histórica no cenário jurídico, tornando-se uma adversária positivista de respeito da *École d'Éxegèse*, vigorando contemporaneamente a esta também por quase um século.

Como já aventado, as próprias reações francesas à Escola da Exegese geraram os já mencionados sistemas modernos de interpretação. Passa-se à sua breve análise.

O primeiro deles, o *Sistema da Evolução Histórica*, também foi chamado *Histórico Evolutivo* ou *Escola Atualizadora do Direito*. Saleilles foi seu expoente maior.

A lei deve ser considerada como dotada de vida própria, de modo que corresponda não apenas às necessidades que lhe deram origem, mas também a suas transformações surgidas através da evolução histórica. Diante da lei, o intérprete deve observar não só o que o legislador “quis”, mas também o que ele “quereria”, se vivesse no meio atual. Deve “adaptar-se a velha lei aos tempos novos”, e não abandoná-la. E, assim, “dar vida aos Códigos” (MONTORO, 2013, p. 429).

Por sua vez, o sistema ou a *Escola da Livre Investigação* (ou indagação) inicia, como já mencionado alhures, com a publicação, em 1899, do *Méthode*

d'interprétation et sources en droit privé positif, de F. Géný¹², embora não se possa afirmar precisamente ser este o seu marco inicial, ante as várias vezes que já reivindicavam a superação do método legalista da *école* em França.

Sinteticamente, a lei é a fonte mais importante, entretanto não é a única, de acordo com Géný. “Diante de uma lacuna na legislação, o intérprete deve recorrer a outras fontes, e não violentar a lei para forçá-la a dizer o que ela não pode ter previsto, como pretende a doutrina da evolução histórica” (MONTORO, 2013, p. 429’-30). Tais fontes reportadas são o costume, a jurisprudência e a doutrina. Contudo, sendo elas insuficientes, como se ele fosse o legislador, caberá ao magistrado “criar” a norma aplicável, no qual despenderá do método da livre investigação científica. Essa metodologia investigativa deve ser “livre” por parte do jurista, eis que não estará sujeito às fontes formais, e “científica” porque ele não deve fundar-se em critérios subjetivos, mas objetivos.

O lema adotado por Géný, inspirado por uma célebre frase de Rudolf von Jhering, para caracterizar sua doutrina, autorizando o magistrado a agir *praeter legem* e não apenas *secundum legem*, tornou-se famoso: “Pelo Código Civil, mas além do Código Civil”¹³. Já se preocupando com o que poderia ocorrer com a aplicação dessa corrente nos tribunais pátrios, em tom profético, Carlos Maximiliano advertia:

(...) Como todas as palavras têm significação, não deixa de ser perigoso autorizar *expressamente* o juiz a transpor as raia da sua competência de simples aplicador do Direito. Se o fazem também *criador*, embora com restrições severas, ele pouco a pouco as irá solapando e suprimindo; já Montesquieu observara que todos os poderes constitucionais tendem a exagerar as próprias atribuições e invalidar o campo da alheia jurisdição. No Brasil, sobretudo, em que o Judiciário é o juiz supremo da sua competência, se fora autorizado a legislar em parte, não tardaria a fazê-lo em larga escala. Há inúmeros exemplos de tentativas desse poder para se sobrepor aos outros em todos os sentidos, até mesmo na esfera política; e a ditadura judiciária não é menos nociva que a do Executivo, nem do que a onipotência parlamentar (MAXIMILIANO, 1993, p. 70-1).

Mesmo os adeptos dessa escola receavam o perigo e limitavam o campo de aplicação de seus ensinamentos. Não seria qualquer magistrado que poderia ter o poder criador do Direito e em qualquer hipótese ou instância. Nesse sentido:

¹² Apesar de iniciar com esta obra, seu pensamento se complementa em seu segundo livro, *Science et technique en droit privé positif*, de 1913.

¹³ “Salleiles, com acerto indiscutível, prefere inverter a fórmula, e proclamar – *Além do Código Civil, mas pelo Código Civil*” (MAXIMILIANO, 1993, p. 71).

Os próprios corifeus da nova escola receiam o perigo e limitam o campo de aplicação dos seus ensinamentos. Não admitem que se formule regra específica em qualquer hipótese e em todas as instâncias, acerca de minúcias e perante juiz de pouca importância não provada cultura geral; reservam a prerrogativa para os casos sérios, decididos por magistrados de responsabilidade e longa experiência da vida (MAXIMILIANO, 1993, p. 71).

Mesmo com essas críticas, o que resta de positivo dessa corrente é o fato de que mesmo a liberdade criadora do juiz em determinados casos, em que haja lacuna no ordenamento, a livre investigação científica deve ser objetiva e não subjetiva, afastando, assim, imposições morais que o magistrado tenda a cultivar.

Finalmente, o *Movimento do Direito Livre*¹⁴ encontra em H. Kantorowicz sua principal voz, ao publicar (com o pseudônimo Gnaeus Flavius) a obra *Der Kampf un die Rechtswissenschaft* (A luta pela ciência do direito), em 1906, e em que se afirmou nas primeiras três décadas do século XX. Se a Escola da Livre Investigação Científica foi um grande passo em busca de se livrar das amarras da intenção legislativa pelos juristas (mas mantinha, como pressupostos, a estrita objetividade na livre investigação do Direito e a incondicional obediência à lei), esse movimento buscou sua *total libertação*, permitindo até mesmo se decidir *contra a lei* em determinados casos, na busca de uma obtenção da justiça, tendo o lema *apesar da lei*¹⁵, como mais bem explicado adiante.

Combateu o positivismo exegético ao repudiar seus postulados fundamentais, nos quais merecem destaque, segundo Castanheira Neves (1995, p. 194 e ss.):

- a) Ao postulado do legalismo estatista sustentou a necessária existência de fontes extralegais, especialmente os costumes sociais ou jurídicos, que brotavam espontaneamente na consciência do povo.
- b) Ao postulado da plenitude lógica do sistema jurídico, constatou-se a natureza radicalmente lacunosa da lei, tanto nos domínios por ela regulados quanto na linguagem.

¹⁴ Castanheira Neves (1995, p. 193) trata de *movimento* e não de *escola*, “considerada que seja a sua índole sobretudo polêmica e militante e não sistematicamente organizada”.

¹⁵ “Kantorowicz (...) induz o magistrado a buscar o ideal jurídico, o *Direito justo* (*richtiges Recht*), onde quer que se encontre, *dentro ou fora da lei*, na ausência desta ou – a *despeito* da mesma, isto é, a decidir *praeter* e também *contra legem*: não se preocupe com os textos; despreze qualquer interpretação, construção, ficção ou analogia; inspire-se, de preferência, nos dados sociológicos e siga o determinismo dos fenômenos, atenha-se à observação e à experiência, tome como guias, os ditames imediatos do seu sentimento, do seu tato profissional, da sua consciência jurídica” (MAXIMILIANO, 1993, p. 73).

- c) Ao postulado do Direito como entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável, em que o Direito era constituído de modo teórico-conceitual e o pensamento jurídico era conhecido e aplicado de modo teórico-analítico, o Movimento do Direito Livre afirmava algo bem ao contrário:

(...) o direito e o pensamento jurídico pertenceriam à esfera axiológico-normativa e prático emocional; que, como intenção e função prático-normativas, tinha a ver diretamente com a vida e com as exigências da realidade social, pois só aí surgiam os problemas jurídicos e era no interesse das mesmas vida e exigências sociais que esses problemas deviam ser resolvidos; que o direito em geral e do mesmo modo qualquer decisão jurídica concreta implicavam uma valoração prática, não podendo por isso realizar-se a sua aplicação sem actos concretos de valoração (autónomos de juízos de valor e actos emocionais-volitivos); que o direito, numa palavra, pertenceria, não à razão teórica, mas à *razão prática* (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 197).

Ante essas refutações ao Direito positivista, que priorizava a lei, pode-se acentuar algumas de suas principais características. A primeira delas é a realização histórico-social do Direito, eis que quase todos os pensamentos legislativos surgiram a partir de decisões judiciais, ou seja, estas seriam o solo fértil em que se determinam os argumentos para a formação do pensamento do próprio legislador. Assim, o Direito não seria um sistema de normas, mas uma totalidade de decisões.

A segunda característica que se apresenta é que o fundamento criador do Direito não se encontra na razão, mas na vontade, “impulsionada pela emocional intuição axiológica (*antirracionalismo* ou *irracionalismo*), pela intuição concreta do justo, pela consciência jurídica ou pelo sentimento do direito” (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 199), sempre visando à obtenção de um resultado prático mais razoável, mais equitativo e de maior justiça. A Moral, para esse movimento, seria perfeitamente admissível, como se percebe, podendo o magistrado utilizá-la como fonte ou recurso nos casos concretos, inclusive como justificativa para afastar a lei que a contrariasse (como se verificará mais adiante).

Dessas características advém a próxima, em que tanto a lei como a racionalidade normativa são consideradas expedientes complementares ou de justificação posteriores, pois a decisão justa é priorizada. E, finalmente, a mais emblemática e notória característica é a legítima possibilidade de decidir mesmo *contra legem*, ainda que dentro de certos limites e com racionalidade e coerência. A tarefa de integração da lei era exigida em condições ilimitadas, para esse mo-

vimento, mas para *alterar* a lei, somente em termos limitados, especialmente quando se deparasse com alguma lesão de tamanha gravidade na aplicação de uma lei específica que afetasse o próprio sentimento do Direito. Tal decisão, portanto, seria considerada um mal socialmente menor do que a aplicação da lei que corroborasse uma lesão à harmonia social e que criasse algum sentimento de injustiça. Nesse sentido, citando Reichel:

O juiz é obrigado, pela própria razão do seu cargo, a afastar-se conscientemente de um preceito legal quando este se encontra de tal modo em contradição com o sentimento moral comum que, a mantê-lo, correria maior perigo a autoridade do direito e da lei do que da inobservância desse preceito (*apud* CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 200).

Não se nega que esse movimento pôs em evidência e exigiu maior reflexão sobre a formação dos juízes, com um cabedal de conhecimento mais humanizado, não tão específico na formação jurídico-dogmática, mas uma experiência de vida e nas mais variadas ciências, para que tenham sensibilidade e empatia humanas na “arte” de decidir. Porém, também a substituição da lei (vontade geral) pelo juiz (critério subjetivo e individual) seria impor não uma vontade coletiva, mas a de um homem só, podendo criar insegurança e incerteza jurídica, sendo muito facilmente transformado todo esse poder em autoritarismo, contrariando o Estado de Direito e impondo as “virtudes” de poucos, mesmo a fatos pretéritos.

Tecidas essas observações sobre as primeiras formulações sistemáticas e de pensamentos jurídicos significativos para o desenvolvimento do positivismo jurídico, que criam os fundamentos e bases de conhecimento e atuação em geral, constata-se, ainda que a título de justificação, que boa parte da doutrina contemporânea inicia suas ponderações a partir daí, nada (ou muito pouco) trazendo de novo, senão uma revisitação a tais formulações. Exemplo disso é a teoria da superabilidade (*superability*) ou derrotabilidade (*derrotability*) das normas-regras (termo utilizado pela doutrina para diferenciar das normas-princípios), que em determinados e excepcionalíssimos casos é afastada para a obtenção da justiça, eis que não previstos pelo legislador (e, se assim previsto, teria decidido de maneira diferente), sem que as normas-regras sejam revogadas¹⁶. Sem querer

¹⁶ De acordo com Fernando Andreoli Vasconcellos, “Derrotabilidade é um termo jurídico que indica a possibilidade de que certo preceito jurídico possa ser superado em circunstâncias especiais.¹⁴⁶ O conceito tradicional de derrotabilidade atrela-se à ideia de que os preceitos jurídicos possuem exceções implícitas, não previstas de antemão, as quais são capazes de afastar a solução normativa fornecida pelo ordenamento. A coerência é ligada à ideia de derrotabilidade, seja por conta da segunda função normativa da coerência, segundo a qual os princípios podem derrotar regras, – gerando outras decisões; seja em razão da função estabilizadora, pela qual as decisões devem ser universalizáveis, por intermédio da coerência. Peczenik chega

subestimar ou mesmo sem deixar de atribuir a importância que merece, tal teoria é nitidamente influenciada pelo Movimento do Direito Livre e mantém a essência deste, no resguardo da coerência e racionalidade¹⁷.

Já em relação ao Recurso Extraordinário n. 608.482-RN, pode-se constatar que os votos da maioria dos ministros que proferiram o expediente recursal, seguindo o voto do relator e denegando o direito para a autora da ação, parecem ter adotado, *ab initio*, o critério e metodologia da *École d'Exegèse*, enquanto os votos dos ministros divergentes se perfilham próximos do Movimento do Direito Livre, eis que invocaram um “sentimento de justiça”, que inegavelmente pode existir, para afastar as regras de aplicação do concurso público. No entanto, ainda é cedo para afirmar peremptoriamente isso. Outras escolas e sistemas se desenvolveram posteriormente e merecem ser analisados antes de qualquer conclusão.

O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

O austríaco Hans Kelsen é inegavelmente um dos maiores positivistas jurídicos da história ocidental, tendo suas obras influenciado inúmeros sistemas jurídicos positivistas, merecendo papel de destaque no cenário mundial. Muito há o que questionar e vários pontos poderiam ser enaltecidos, como o conceito de norma jurídica, a ideia da norma fundamental, a hierarquia normativa, a relação de causalidade e imputação, dentre outros aspectos. Contudo, visando ao objeto deste trabalho, configura-se de maior relevância abordar a relação entre o Direito e a Moral em seus ensinamentos, e a isso será limitado.

Em sua *Teoria pura do direito*, Kelsen chama a atenção para o relativismo do valor moral, em que dá o exemplo da guerra, pois, na época de Heráclito, era considerada o pai e o rei de tudo, eis que possibilita(va) a comprovação das virtudes do homem e organização da sociedade. Hoje, esse valor é contestado,

a defender que o coerentismo é uma teoria geral da derrotabilidade. (...) De maneira preponderante, a derrotabilidade aproxima-se da análise da coerência, como uma forma de que esta estabilize aquela, porquanto o direito busca a racionalidade e, em casos de possível instabilidade, novamente, a racionalidade deve ser resgatada. E qual o motivo para o direito buscar a racionalidade? Muitos argumentos poderiam ser levantados para responder tal pergunta, no entanto, aquele que se mostra mais intuitivo e, portanto, mais evidente, reside da própria razão de existir do direito: tutelar as condutas intersubjetivas. Se o direito existe para que as pessoas saibam como se devem comportar, nada mais correto do que afirmar que tal itinerário deve ser revestido de racionalidade, calculabilidade e previsibilidade” (VASCONCELLOS, 2013, p. 81 e 83).

¹⁷ Para um aprofundamento do tema da teoria da derrotabilidade, *vide* também Fernando Andreoni Vasconcellos (2010), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), Juan Carlos Bayón (2000 e 2003), César Antônio Serbena (2012), Pablo Malheiros da Cunha Frota (2010), Carlos Alchourrón (1991) e Juan Pablo Alonso (2006).

considerando as transformações das sociedades, a decorrência do tempo e o advento de novas ideologias e tecnologias. Da mesma forma, indaga, mais contemporaneamente:

Corresponde a filosofia da vida do liberalismo segundo a qual a competição, a luta da concorrência, garantem a melhor situação possível da sociedade, ao ideal de paz? Este não representa de forma alguma para todos os sistemas de Moral o valor mais elevado, e para muitos nem sequer representa qualquer valor (KELSEN, 1979, p. 102).

Complementando (se é que se torna possível) aquilo que Kelsen diria, não há sequer uma unidade acerca da moralidade, podendo-se encontrar variados sistemas ou escolas éticas. Apenas para citar algumas, exemplificativamente, como a aristotélica (em que se prezam as virtudes humanas), a teológico-judaico-cristã (na busca pela garantia do paraíso), a spinoziana (na qual a conduta ideal é aquela que tem o amor como bússola), a kantiana (só é moral aquilo que se faz pelo motivo certo, de acordo com o imperativo categórico, não hipotético), a utilitarista (em que moral é aquilo que é feito visando ao benefício da maioria), a economicista (o que importa são as consequências econômicas positivas para a sociedade) e muitas outras poderiam ser descritas. Tais correntes éticas, entretanto, não poderão figurar como impositivas ou normativas por si sós, pois qual dessas éticas deveria prevalecer no Direito, aplicando-se uma sanção pelo seu descumprimento? E deverá o magistrado adotar alguma ou algumas delas na aplicação da sentença? Por se tornarem difíceis (ou mesmo impossíveis) tais respostas, Kelsen tenta encontrar a essência da Moral no Direito, afirmando que:

O que é necessariamente comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o carácter da norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos (KELSEN, 1979, p. 102).

Assim, para Kelsen, o Direito é essencialmente moral, não significando que ele tenha determinado conteúdo, mas que é norma que estabelece um carácter de imputação a determinada conduta humana. Nesse sentido, todo o Direito tem carácter moral, todo o Direito constitui um valor moral relativo que foi o resultado de uma convenção, de uma escolha, por parte da sociedade por meio de um processo democrático (no caso do Brasil ou outro regime político em outro Estado). Esse valor moral é relativo pelo fato de poder ser alterado conforme as circunstâncias e conveniências, pela alteração do próprio ordenamento, optando

pelos preceitos dos vários sistemas morais possíveis, descabendo, para Kelsen, uma ideia de Moral única ou absoluta¹⁸. E isso significa, também, que não há uma Justiça absoluta, mas relativa, pois, segundo esse autor, a relação entre Moral e Justiça se encontra entre generalidade, a primeira, e particularidade, a segunda. Ademais, para a validade do Direito, este independe de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral.

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral (KELSEN, 1979, p. 104).

O que torna o “Direito justo”, portanto, é a adoção de determinada medida ou critério moral ou de justiça, que não pode ser encontrado por meio de um conhecimento científico. E essa medida ou critério sempre será relativa nessa perspectiva kelseniana. Tal parâmetro, entretanto, serve como argumento para a mudança legislativa, como motivação para o legislador ou elaborador da norma alterar, via processo legislativo previamente estabelecido, a ordem jurídica. Não cabe ao magistrado tal alteração, eis que tem a função tão somente de aplicar o direito vigente no momento decisório (e também o do momento do fato, dependendo das circunstâncias), salvo quando estiver diante de um controle de constitucionalidade.

É de *per si* evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico. Isto não significa, porém, que não haja qualquer medida. Todo e qualquer sistema moral pode servir de medida ou critério para tal efeito. Devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é

¹⁸ “Se pressupusermos somente valores morais relativos, então, a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de facto, contradizendo um sistema moral diferente” (KELSEN, 1979, p. 104).

um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral (KELSEN, 1979, p. 105).

Ao fazer um comparativo do Direito com a Música, é possível observar diferentes critérios para cada um ao definir suas qualidades como agradáveis e apreciáveis ou não. No caso da música, ante determinada canção, pode-se adotar determinado rigor musical na melodia, harmonia, ritmo, pausas e a utilização dos mais variados instrumentos ou vozes, assim como a letra, podendo trazer uma mensagem enaltecadora sobre determinado tema, em forma de poesia, com ou sem métrica, por exemplo. Se deparada com outros estilos e canções originárias dos guetos, das periferias, onde o acesso e o desenvolvimento dos talentos musicais se mostram prejudicados ou que seguem determinada linha estética, com menos recursos instrumentais sonoros, tais critérios não são atingidos. Não se nega que se está diante de estilos musicais diferenciados e que compõem determinada cultura, mas inegavelmente a musicalidade da primeira pode se tornar mais refinada e é possível defender isso com base em tais critérios. O mesmo ocorre com o Direito que contempla os preceitos da Moral e da Justiça, ao adotar determinados critérios, expostos em algum de seus vários sistemas. O ordenamento jurídico nazista não deixa de ser, entretanto, um sistema jurídico, mas nefasto sob certos prismas, assim como determinadas canções não deixam de ser música, contudo, uma música com recursos limitados por não se adequar aos critérios e padrões estéticos musicais convencionados.

O que também deve ser esclarecido é que o próprio Kelsen, a justificar o título de sua obra, compreende uma distinção entre a Moral e a Ciência do Direito, razão pela qual o objeto epistemológico jurídico é tão somente a norma. A Moral, em si, deve ser objeto de estudo da Filosofia em suas mais diversas subdivisões. Outros elementos que possam vir a complementar e aprimorar as normas jurídicas também são objeto de estudo de suas respectivas ciências, como a Política, a Psicologia, a Economia, a Sociologia, e tantas outras.

O POSITIVISMO DE H. HART, O DEBATE COM RONALD DWORKIN E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Professor titular da cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Oxford a partir de meados da década de 1950, H. L. A. Hart, publicou, no início da década de 1960, a primeira edição de seu clássico *The concept of law*¹⁹, e sua teoria

¹⁹ Versão em língua portuguesa: HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

é considerada o “apogeu da modernidade organizada”, segundo a compreensão de Wayne Morrison (2006, p. 417).

Assim como ao abordar a doutrina de Hans Kelsen se focou em tópicos especiais e essenciais para o intento deste trabalho, da mesma forma se procederá com esse autor, ressaltando três temáticas principais: a ideia de obrigação e autoridade, a noção de normas primárias e secundárias e o debate com Ronald Dworkin.

A primeira temática importante de sua doutrina que objetiva salientar gira em torno da crítica a um modelo da teoria imperativa com base na leitura de John Austin. Este fora um pensador inglês, amigo de Bentham e Stuart Mill, utilitarista, influenciado pela Escola Histórica do Direito, preocupado com o desenvolvimento de um Positivismo Jurídico na Inglaterra, definido como uma *forma de poder político*. A ele importava a origem da sanção, que reputava a *vontade inquestionável do soberano, proferida para uma comunidade específica*²⁰. As críticas tecidas por Hart à teoria de quase um século antes se iniciam ao afirmar que:

(...) Austin foi incapaz de entender a complexidade da legalidade porque a imagem austiniana do direito é a imagem de uma pessoa ou grupo impondo sua vontade a outro (por meio de comandos e sanções). Para exemplificar, Hart (...) elabora uma discussão baseada na famosa distinção de Kelsen entre a ordem de um gângster, que exige que um bancário lhe passe o dinheiro do caixa (“passe-me o dinheiro ou atiro (...); se o assaltante for bem-sucedido, nós o despreveríamos como alguém que foi capaz de coagir o bancário”) e as exigências de um coletor de impostos a quem o cidadão de um país tem de pagar o dinheiro do tributo devido (MORRISON, 2006, p. 422).

Existe alguma diferença entre a ordem do assaltante de banco com a cobrança de impostos, figurados ambos na aplicação de uma eventual reação em caso da não prestação da ordem dada? Com escancarada influência wittgensteiniana, ao tentar superar sutilezas semânticas, Hart explica que:

A posição de comando se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre os homens, e não pelo poder de infligir dano; e, embora possa

²⁰ “John Austin (1790-1859) (...) acreditava que a existência do Direito seria independente de seus (de) méritos morais/valorativos. Sustentou em *The Province of Jurisprudence Determined*, que a ‘existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra (...). O Direito seria constituído e comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*autocratia non veritas facit legis*). Austin defendia a codificação, pois entendia ser o Direito legislado uma forma superior em relação ao Direito judiciário. Todavia, estando no *Common Law*, também considerava que os juizes criavam Direito, de modo particular, por delegação legislativa diante da impossibilidade de as regras darem conta de forma absoluta de todas as hipóteses fáticas. Portanto o juiz põe ‘fato’. Positiva” (STRECK, 2017-A, p. 169).

se conjugar à ameaça de dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade (HART, 2012, p. 26).

A autoridade (legitimamente adquirida) possui um poder de comando sobre todos, genericamente, em sua jurisdição, ao passo que o imperativo dado pelo criminoso se dirige apenas a uma ou algumas pessoas, o que o individualiza e deslegitima também ante sua finalidade, pois não aceita num fictício contrato social²¹. Continuando na identificação das lacunas da teoria de Austin, Hart desenvolve um dos fundamentos de sua doutrina, e pela qual adquiriu notoriedade, coincidindo com o seu segundo ponto a ser ressaltado neste trabalho: *o conceito ou ideia de regras*, mais especificamente regras primárias e secundárias, cuja união torna possível uma definição de Direito para o autor em comento. Sobre essa ideia de espécies de regras, Wayne Morrison explica resumidamente:

A ideia de regras enfatiza a necessidade particular de um elemento mental para dizer que estamos vivenciando uma atividade presa a regras, e que algumas regras são mais importantes do que outras. Podemos reconhecer as regras vinculadas com obrigações como regras jurídicas. Portanto, a estrutura jurídica é um sistema que segue essa abordagem. A sociedade tem uma série de regras “de tipo Austin”, isto é, regras que impõem deveres e que previnem a violência, a fraude, etc., e Hart chama-as de regras primárias (que impõem obrigações). Para uma sociedade existir apenas com esse tipo de regras, seria preciso que uma maioria da população adotasse a concepção interna das regras primárias. Isso não significa que teriam, necessariamente, de estar de acordo com elas, mas que deveriam tomá-las por guia. Numa sociedade desenvolvida, precisamos mais do que essa abordagem porque esta estrutura das regras não constituiria um sistema; faltar-lhe-ia coerência, e a razão estaria no fato de não haver modo algum de decidir os limites da regra e a relação entre as regras. Isso levaria: (i) ao problema da incerteza social quanto à posição relativa da regra e à força da obrigação imposta; (ii) significaria que não existem meios de modificar as regras primárias em tal sociedade. Tudo que se teria seria uma simples relação de regras que impõem obrigações. O sistema seria estático e, portanto, incapaz de enfrentar, em igualdade de condições, qualquer mudança em seu meio ambiente; (iii) não haveria como determinar, finalmente, quando uma violação das regras teria ocorrido. Sem alguma forma de processo de julgamento reconhecido, os litígios continuariam a existir, quer as regras tivessem sido infringidas, quer não. Isso levaria a uma ineficiência geral do sistema (MORRISON, 2006, p. 439).

²¹ Esta última parte se trata de um acréscimo nosso.

As hipóteses de regras secundárias previstas por Hart seriam, assim, divididas em:

- a) Regras de reconhecimento, apresentadas como solução jurídica para a incerteza jurídica, determinando o que é ou não uma regra primária válida para a sociedade. Por se situar na parte superior do sistema jurídico, serve ao soberano (ou a quem ocupe seu lugar dependendo da forma de constituição do Estado) para determinar o que vale como Direito. “É a essência de uma prática social que declara o que será reconhecido como direito válido” (MORRISON, 2006, p. 439)
- b) Regras de alteração, em que estabelece como as regras primárias devem ser criadas ou, se já existentes, como podem ou devem ser alteradas.
- c) Regras de julgamento ou de prestação jurisdicional, em que se especifica como uma decisão judicial reconhece se uma norma primária foi ou não infringida.

Não obstante as condições para a existência e validade de um sistema jurídico, os aspectos interno e externo do direito, além de um conteúdo mínimo do direito natural²² reconhecido na doutrina hartiana, e dignos de nota, ao leitor que se sinta atraído por conhecer tais temas ou por revisitá-los, recomenda-se a leitura da sua obra-mestra, indicada nas referências deste, eis que não haveria espaço, aqui, para sua abordagem, por simples exigência metodológica.

O que cabe mencionar, entretanto, e em resumo de suas ideias que são mais caras, é que:

- i) sendo o direito identificado por uma prática social complexa, na união de regras primárias e secundárias;
- ii) sua validez não depende de coerência ou identificação com a Moral nem mesmo de determinação de seu conteúdo;
- iii) ante a indeterminação semântica das regras em casos especialíssimos, teria o magistrado poderes discricionários em sua decisão; isso implicaria abrir mão de uma subjetividade moral, entretanto.

Por tais postulados, Ronald Dworkin teceu algumas críticas a Hart, que as respondeu e se iniciou, com esse debate jusfilosófico, uma nova fase no positivismo jurídico. Com inquestionável poder de síntese, Lenio Streck sintetiza as críticas apresentadas pelo jurista norte-americano:

²² O conteúdo mínimo ou núcleo de verdade inquestionável do Direito Natural, sugerido por Hart, resumir-se-iam em: 1) vulnerabilidade humana; 2) igualdade aproximada; 3) recursos limitados; 4) altruísmo limitado; e 5) entendimento limitado e a força de vontade (*vide* HART, 2012, p. 239 e ss.).

Desde seu primeiro livro, *Levando os Direitos a Sério* (1977), Dworkin procurou demonstrar que o raciocínio jurídico não era um exercício categorial, um simples reconhecimento da (des)conformidade factual das regras, mas, sobretudo, uma prática argumentativa que busca constantemente mostrar o Direito na sua melhor luz, ou o melhor Direito possível (*the best it can be*). Nesse sentido, sustenta que o Direito é um conceito interpretativo, dado este caráter controversial. Desta forma, sua concepção tem sido denominada como interpretativista ou interpretacionista, diante da ênfase na interpretação, seja nos textos jurídicos como da própria história institucional, para a decisão correta (*one right answer*). Suas críticas foram se tornando cada vez mais refinadas e sistematizadas, em especial nas obras *Império do Direito* (1986) e *Justiça para Ouriços* (2011). Nesta última, torna-se ainda mais evidente as inter-relações entre o Direito e a Moral, afirmando ser o fenômeno jurídico um ramo da moralidade política. Ou seja, haveria entre eles uma relação necessária, o que contrapõe frontalmente a tradição juspositivista (STRECK, 2017-A, p. 179).

Embora outros autores, como Jules Coleman, ainda imputem a Dworkin o adjetivo de jusnaturalista, importa acrescentar que ele, em sua vasta obra, critica o positivismo por várias vias²³. Mas o que importa neste trabalho é a sua resposta para a seguinte indagação, que se constituirá num importante argumento ao que aqui se defende: Quando um juiz terá permissão para mudar uma regra de Direito em vigor? Para ele:

(...) Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas: na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira, o princípio justifica a modificação. (...) Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretção radical até mesmo da regra mais arraigada (DWORKIN, 2002, p. 59-60).

²³ É mister mencionar que a narrativa de Dworkin na crítica ao positivismo exigiria um elevado esforço, ao qual não será possível a esse intento, sugerindo o contentamento com pequenas notas que se consideram relevantes ao tema.

A segunda maneira apresentada por Dworkin exige que o juiz deva levar em consideração alguns princípios em obediência e que revelem uma deferência limitada à “supremacia do Poder Legislativo”, além da doutrina dos precedentes. “Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser obrigatória” (DWORKIN, 2002, p. 60).

Deve ficar evidente, a esta altura, que Dworkin pressupõe a observância do Direito como integridade, tanto política como jurídica²⁴. Parece que a intenção dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, em seus respectivos votos divergentes, ao fundamentarem no “princípio da confiança nas decisões do Poder Judiciário” e no “princípio do fato consumado”, tentou, de alguma forma, contemplar essa via. Contudo, se tentaram, fracassaram²⁵, pois incidiram naquilo que o jurista Lenio Streck há tempos adverte: o *pamprincipiologismo*.

Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2012, p. 50)²⁶.

²⁴ Ronald Dworkin trabalha esses assuntos mais especificamente em sua obra *O império do direito*, capítulos VI e VII. Sobre a integridade, entretanto, pinçam-se algumas notas relevantes: “A integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois exige que tratem as relações entre si mesmos como se estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódico, por essas normas. (...) A integridade (...) insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania. A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpretando-as para o benefício de ambas. (...) O valor expressivo é confirmado quando pessoas de boa-fé tentam tratar umas às outras de maneira apropriada à sua condição de membros de uma comunidade governada pela integridade política e ver que todos tentam fazer o mesmo, mesmo quando divergem sobre o que, exatamente, a integridade exige em circunstâncias particulares (DWORKIN, 1999, p. 230-1).

²⁵ Tanto as teorias de Ronald Dworkin como as de Robert Alexy são mal empregadas pelos tribunais brasileiros, por não serem nem bem estudadas e nem bem compreendidas. Poucos são aqueles que se propõem a fazer isso bem feito. Somente a partir de um estudo sério sobre esses autores pelos juristas brasileiros é que se pode encontrar a conveniência (ou não) da adoção de tais autores em solo brasileiro.

²⁶ Note-se que esta não é a exclusiva obra em que o jurista adverte sobre o tema, sendo uma constante em suas palestras por todo o Brasil e também contemplado em outras de suas obras, tais como *Compreendendo o direito*, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, e *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck* – todas encontradas nas referências deste trabalho. De observar que

Retornando ao debate Hart-Dworkin, em resposta publicada no pós-escrito das posteriores edições de *Conceito de direito*, Hart reconhece a falta de clareza em sua obra e aproveita a oportunidade para revisar alguns pontos²⁷. Especialmente acerca da insuficiência de um conteúdo moral como critério de validade do Direito ou da discricionariedade judicial, contra-argumenta explicando que a própria regra de reconhecimento poderia prever a incorporação de princípios morais, de justiça ou valores substantivos. Assim, se a Moral fosse prevista numa regra de reconhecimento, seria ela incorporada pelo Direito. Contudo, para ele, ainda é preferível que essa questão fique em aberto.

Ainda creio que a teoria do direito deve se comprometer com teorias filosóficas controversas sobre o *status* geral dos juízos morais e deve deixar em aberto, como faço neste livro (p. 217-8), a questão geral de saber se estes têm o que Dworkin denomina “caráter objetivo”. Pois, qualquer que seja a resposta a essa questão filosófica, o dever do juiz permanecerá o mesmo: a saber, fazer a melhor avaliação moral que lhe seja possível acerca de quaisquer problemas morais sobre os quais precise decidir: Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está *criando* o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, *já existente*, é revelada por um critério moral do direito. É claro que, se a teoria do direito deixa em aberto a questão do caráter objetivo dos juízos morais, como opino que deve deixar, o positivismo brando não pode ser caracterizado simplesmente como a teoria que postula que os princípios ou valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica. Pois, se o caráter objetivo dos princípios e valores morais é uma questão em aberto, deve ser também aberta a questão de saber se as disposições do “positivismo brando” que pretendam incluir a obediência àqueles princípios e valores entre os critérios para a determinação do direito existente podem ter aquele efeito ou se, ao contrário, podem apenas constituir instruções aos tribunais para que *criem* a lei de acordo com a moral (HART, 2012, p. 328).

De observar que surgem nesse (e a partir desse) cenário duas importantes correntes positivistas. De um lado se tem uma que se denominará exclusiva,

a citação de obra mais antiga do jurista gaúcho é proposital, considerando a necessidade de contextualização histórica, já que foi republicada de forma revista e ampliada (2017-C), mantendo, entretanto, a linha de pensamento aqui esposada.

²⁷ “Nesse ponto, tenho que admitir que, num número incomodamente grande de casos, meus críticos estavam certos, e aproveito a oportunidade deste pós-escrito para tornar mais claro o que estava obscuro e para revisar o que havia escrito originalmente nos pontos incoerentes ou contraditórios” (HART, 2012, p. 309).

excludente ou *hard*, e, de outro, adota-se o termo “positivismo brando”, ainda denominado *soft*, inclusivo, includente ou incorporacionista.

O primeiro tem como principais referências Joseph Raz e Scott Shapiro. Para Raz, em particular, “as regras jurídicas são razões excludentes, pois, para além de impor uma conduta, exigem que sejam afastadas outras razões para a ação, como a moral, por exemplo” (STRECK, 2017-A, p. 182). Contudo, essa corrente apresenta um aparente paradoxo. Isso porque, de um lado, defende a necessidade de afastamento da moralidade, pois entende que “as razões morais não têm prioridade sobre os juízos particulares”, e que “(...) se o Direito precisasse de razões morais sua autoridade estaria necessariamente fragilizada, ou até mesmo perderia sua natureza, isto é, não seria mais um sistema jurídico, uma vez que suas regras são razões excludentes” (STRECK, 2017-A, p. 183). De outra senda, ao contrário do positivismo clássico (exegético), o juiz não está obrigado a aplicar *sempre* a lei.

O juiz só obedece se ele interioriza o Direito, isto é, se ele, do ponto de vista interno, acredita que ele, juiz, tenha obrigação jurídica – e não moral – de obedecer, aplicando então o Direito. No positivismo exclusivo, juiz não está obrigado a obedecer ao que está prescrito em lei. O juiz aplica raciocínio prático-geral. Em casos em que ele acredita não estar moralmente vinculado, pode decidir de outro modo. Mas não estará fazendo raciocínios jurídicos (STRECK, 2017-A, p. 184).

Em tese, portanto, poderá o magistrado ou o tribunal utilizar argumentos morais ou fundamentos extrajurídicos em suas decisões e que, caso não sejam modificadas ou reformadas pelos órgãos recursais pertinentes, transformam-se em coisa julgada e fazem parte, então, do sistema jurídico. Possuirão validade e poderão ser executadas (dependendo de sua natureza). O juiz cria, no caso concreto, uma norma jurídica (dever-ser).

No Recurso Extraordinário n. 608.482-RN se constata que as decisões de primeira e segunda instância, ao admitirem a procedência do pedido da candidata-autora, anuíram com os elementos morais imputados, ainda que presumidamente, admitindo a teoria do fato consumado. E, caso não houvesse a reforma pelo Supremo Tribunal Federal, aquele entendimento se daria como válido e a candidata se efetivaria. Imagine-se quantos outros casos idênticos já ocorreram neste país, até então, sem que houvesse a chancela do tribunal maior²⁸. Tem-se

²⁸ A questão tomou notoriedade recente com a resposta do procurador da República, Deltan M. Dallagnol, às críticas tecidas pelo jornalista Reinaldo Azevedo, de que aquele teria sido efetivado no cargo após afrontar o que determinava a lei e a Constituição, eis que não possuía, à época, dois anos de efetivo exercício de atividade jurídica e “judicializou” a questão. Em referida nota, dispôs: “O reconhecimento da consolidação da situação de fato, com base no

aqui uma constatação de que a autoridade judicial, defendida por Raz, de fato, se faz prevalecer quando as decisões dos tribunais e juízes utilizam argumentos morais em suas motivações e não são reformadas. Mas isso se trata apenas de uma *descrição* do Direito. Não se trata, de uma prescrição ou de uma posição normativa. Parece que o mérito dessa corrente se limita à descrição da preponderância da autoridade judicial de forma contingencial, isto é, quando não se tem a reforma pelos tribunais superiores (e nem sempre isso ocorre). E não passa disso.

Não se pode afirmar, destarte, que os positivistas exclusivos tenham uma concepção do Direito de todo separada da Moral. Jules Coleman, por exemplo, entende que a preocupação maior de Raz esteja na concepção da autoridade como serviço e a de Shapiro esteja na conjunção do fim moral do Direito com a ideia de planejamento (COLEMAN, 2012, p. 169). Conceber diferentemente essa corrente, em que a Moral deve ser afastada do Direito, ou que o Direito é completamente neutro, não faria desta uma corrente diferente da Escola de Exegese ou do Positivismo destacado por Hans Kelsen. Em vista disso, com a perspicácia que lhe é inerente, Lenio Streck conclui que essa corrente (que já se percebe não ser assim tão) excludente acaba sendo “autodestrutível”, e tece a seguinte pergunta (aos seus defensores, que não são capazes de responder): “(...) de que modo o Direito estaria conceitualmente separado da moralidade se a reivindicação de autoridade que necessariamente o constitui é moral?” (STRECK, 2017-A, p. 185).

princípio constitucional da segurança jurídica, é um entendimento jurídico que encontra, do mesmo modo, amparo em inúmeros julgamentos de diversos tribunais, como aqueles exemplificativamente listados a seguir: TRF2, AMS n. 42031, Autos n. 2002.02.01.001314-7/RJ, 2ª T, DJ 23/04/02, unânime; TRF2, AMS n. 44020, Autos n. 2002.02.01.028165-8/RJ, Rel. Juiz Valmir Peçanha, 4ª T, j. em 04/11/02, DJU 03/02/03, unânime; TRF3, AMS n. 206829, Autos n. 2000.03.99.055743-0/SP, 2ª T, DJ 25/09/2002; TRF 4ª R, MS n. 2000.04.01.008348-0/RS, Rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, 4ª T, j. em 02/05/00, DJU 24/05/00, unânime; TRF4, MS n. 2001.71.00.003490-0/RS, Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, 3ª T, j. em 19/03/02, DJU 15/05/02, unânime; TRF 4ª R, MS n. 1998.04.01.019713-0/RS, Rel. Juiz Hermes S. Da Conceição Jr., 4ª T, j. em 30/05/00, DJU 02/08/00, unânime; TRF 4ª R, REO n. 12032, Autos n. 2000.04.01.0580438/PR, Rel. Juiz Sérgio Renato Tejada Garcia, 3ª T, j. em 17/06/2003, DJU 02/07/2003, unânime; TRF5, REO n. 135539, Autos n. 98.0514169-1/CE, 4ª T, DJ 04/02/03, unânime; TRF5, AC n. 294021, Autos n. 2002.05.00.014609-1/PB, 2ª T, DJ 04/12/02, unânime; TRF5, REO n. 82544, Autos n. 2002.83.00.003537-0, 3ª T, j. em 13/02/2003, unânime; TRF5, REO n. 78429, autos n. 2001.82.00.000884-0/PB, 2ª T, DJ 08/05/03, unânime; TRF5, AC n. 152261, Autos n. 98.0550632-0/CE, 2ª T, DJ 15/11/99, unânime; TRF5, REO n. 64103/CE, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, 1ª T, j. em 10/12/1998, DJU 23/04/99, p. 485, unânime; Autos n. 1999.00.22746-8, Rel. Min. Edson Vidigal, 3ª S, j. em 01/07/1999, DJU 30/08/1999; RESP n. 227880/RS, n. 1999/0076033-6, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T, j. em 16/05/2000, DJU 19/06/2000, unânime; RESP n. 251391/RJ, n. 2000/0024715-4, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª T, j. em 07/11/00, DJU 27/11/2000, unânime; RESP n. 385152/MG, n. 2001/0178056-0, Rel. Min. José Delgado, 1ª T, j. em 02/05/2002, DJU 10/06/2002, unânime” (NASSIF, 2017).

Por outro lado, o positivismo brando ou includente, em linhas gerais, permite a incorporação da Moral ao Direito e também admite uma discricionariedade judicial nos chamados *hard cases*. De acordo com Hart:

(...) seja qual for o *status* dos juízos morais, sempre que a lei determina que os tribunais apliquem padrões morais na determinação do direito ela lhes outorga, assim, a discricionariedade necessária, ordenando-lhes que a utilizem de acordo com seu melhor juízo moral para criar o que será uma nova lei; a lei não converte, por este meio, a moral em direito preexistente (HART, 2012, p. 328).

Essa corrente positivista branda possui várias leituras, sendo Jules Coleman e Wilfried Waluchow seus grandes expoentes estrangeiros²⁹. Além-se preferencialmente, entretanto, ao posicionamento de Hart, acerca da possibilidade de incorporação da Moral e também da discricionariedade judicial desde que prevista numa regra de reconhecimento. Numa posição defensiva do positivismo jurídico includente, o professor Juliano Maranhão destaca:

Os ataques ao positivismo ou ao esforço em se produzir uma teoria moralmente neutra do direito são provenientes, como bem apanhado por Dickson, de três linhas:

- (i) a identificação moralmente neutra do direito pode trazer consequências morais indesejáveis (*tese das consequências morais*);
- (ii) o direito é visto pelos participantes como prática social moralmente justificada (*tese da justificação moral*);
- (iii) para compreender o direito como prática social é necessário atribuir-lhe algum propósito, o que carrega valorações morais (*tese da valoração moral*) (MARANHÃO, 2012, p. 40).

Em que pese esse posicionamento ser coerente com as exigências do senso comum, essa corrente (e também a excludente) ainda não conseguiu dar uma resposta plausível à necessidade de superação do relativismo moral, aventado, como já asseverado, por Hans Kelsen. Enquanto não superar esse obstáculo,

²⁹ Resumidamente, há que se alegar que a tese da separabilidade não é um critério suficiente epistemologicamente para distinguir o positivismo do jusnaturalismo, segundo Coleman. Para ele, mesmo os jusnaturalistas admitem que um sistema jurídico nefasto, sem critérios nitidamente justos, como o nazista, continua sendo um sistema jurídico, eis que impõe normas de comportamento a serem observadas. O que viria a separar o positivismo do jusnaturalismo seria uma previsão da incorporação da Moral no Direito numa regra de reconhecimento, reportando-se, nesse sentido a Hart, para a configuração juspositivista. Um sistema jusnaturalista dispensaria essa regra. E o que diferencia, na reformulação posterior de sua tese, o positivismo excludente do includente seria que este se encontra num metanível preocupado muito mais com o conteúdo do Direito e com questões essenciais que determinam a sua natureza essencial. O positivismo exclusivo e o inclusivo não seriam, portanto, rivais, eis que atuam em diferentes níveis (*vide* Coleman, 2012, p. 165 e ss.).

estatuindo uma diretriz clara e objetiva para uma possível teoria da decisão judicial, não poderá estar à altura de uma discussão séria para a prescrição do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quem conseguiu acompanhar o raciocínio desenvolvido até aqui percebeu que até mesmo algumas correntes positivistas admitem a incorporação da Moral ao Direito, desde que haja previsto uma regra de reconhecimento nesse sentido. Contudo, não se consegue ainda superar o problema da necessidade de superação do relativismo moral. Ao reconhecer que a Moral que deve ser observada já se encontra definida na própria lei, ou na Constituição, conclui-se que se trata, então, da aplicação do que ali foi disposto ou do seu controle de constitucionalidade. É o que resulta dos postulados kelsenianos e que devem ser levados em consideração e não ser sub ou desvalorizados.

Mas, e o problema enfrentado do concurso público? Seria justo deixar a autora sem trabalho depois de 14 anos se dedicando à função e acreditando no Poder Judiciário? Como mencionado anteriormente, o senso comum poderia entender que não. Mas no mundo jurídico, que exige raciocínios mais elaborados, é diferente. Não se trata de aplicar o entendimento do senso comum, mas de compreender o raciocínio jurídico. Entende-se que o leitor foi levado, propositalmente, a erro se ele acreditou que seria injusta ou imoral a decisão do STF. Retomando, desta vez, do ponto de partida: o edital do concurso público. Não se alegou em momento algum que continha vícios ou que merecesse alguma correção para que o Poder Judiciário a fizesse, caso necessário, e sequer houve impugnação via recurso administrativo competente sobre ele. Se as regras do concurso público estavam corretas, não se haveria de proceder a qualquer correção, portanto. Se houvesse, no entanto, todos os participantes, sem exceção, deveriam ser beneficiados com sua correção, pois os critérios estariam sendo modificados, aplicando-se um novo critério, e não apenas a autora, para não ser *seletivamente* justo – o que seria o mesmo que ser injusto. O objetivo do teste físico *naquele momento* do concurso seria verificar quem teria condições físicas exatamente, frise-se, *naquele momento*, não em outro, posterior, permitindo à candidata eventualmente “entrar em forma física”, e não os demais. Permitir que as condições físicas fossem comprovadas em momento posterior para um candidato afronta as condições de igualdade para com os outros candidatos que se esforçaram fisicamente para seguir o edital do certame no tempo delimitado.

Ademais, a propositura de ação cautelar, ou qualquer outro instrumento processual, para a consecução de liminar e autorização judicial implica estado precário, em termos processuais, o que não lhe garante ou assegura uma certeza jurídica ou estabilidade da decisão tão somente pelo advento tempo. Tal situação

era prevista tanto no Código de Processo Civil de 1973 como no de 2015³⁰, eis que houve os recursos cabíveis e pertinentes, e a então candidata estava totalmente ciente disso e de suas consequências.

Também a autora, por iniciativa própria, na busca por uma tutela jurisdicional, não se colocaria em vantagem sobre outros candidatos que não tomaram o mesmo caminho? Não estaria ela, então, com uma vantagem sobre eles? Poderia ser considerado justa a manutenção do entendimento judicial para somente uma candidata em detrimento dos demais, criando-se uma situação de *favorecimento* pelo acesso à justiça? Responde-se afirmativamente às duas questões iniciais deste parágrafo e negativamente a última (dependendo do critério adotado na concepção de justiça).

Ainda, seria justo algum candidato contar com a “sorte” de que o Poder Judiciário demorasse a julgar o pedido até que transitasse em julgado, permitindo o advento da consumação da situação de fato, como salientado pela Ministra Rosa Weber em seu voto? E mais, é esse perfil de candidato, que leva a vantagem em desigualdade de condições, que se espera encontrar no serviço público? Certamente que não.

Todavia, não se pode negar que poderiam existir hipotéticas situações em que a obediência à lei e à Constituição vigente em determinada sociedade pudessem afrontar questões realmente fundamentais e de Direitos Humanos, como um possível apoio da população à revogação de direitos existenciais, a exemplo da aprovação de práticas nazifascistas pelo Estado. É por situações como essas que Herbert Hart reconhece a existência de um núcleo mínimo de Direitos Naturais ou mesmo que Luigi Ferrajoli (2007) vem discorrer sobre a observância de um positivismo constitucional-normativo (*vide* Streck, 2017-A), em que aquele núcleo hartiano de direitos se encontra positivado.

Não se fez neste trabalho a exposição mais completa sobre o positivismo, e alguns autores essenciais não foram (tão) explorados como se poderia, como o próprio Ferrajoli, Norberto Bobbio, Miguel Reale e Lenio Streck. Entretanto, cabe afirmar que, longe de dar uma resposta negativa à pergunta “servirá o positivismo jurídico para descascar abacaxis jurídicos?” (ou se serve para resolver *hard cases*), compreende-se-a afirmativamente, mas nos moldes kelsenianos. Embora se saiba que não se trata de um sistema perfeito, também não se pode afirmar que se trata de um sistema jurídico de uma sociedade decadente, como afirmava a Escola Histórica do Direito, na Alemanha do século XIX. Questões de injustiça

³⁰ Dispõe o CPC de 2015, em seu art. 296 e no § 6º do 304: “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. (...) Art. 304, § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

ou imoralidade podem surgir e certamente surgirão. O senso de Justiça e Moral, inerente em todo e qualquer ser humano, continua (e nunca deixou de ser) relevante. Mas o seu campo de combate é a seara política, que deve ser resgatada (se é que algum dia já foi plenamente efetivada) em todas as suas formas legítimas de manifestação democrática e constitucional.

O Direito deve ser, de um lado, o resultado de um processo legislativo em que foram esgotadas as atuações populares e de classe. A ausência dessa participação tolhe a configuração de *povo* e o remete à categoria tão somente de *público*. O povo que quiser realmente a transformação de sua sociedade em algo mais justo, estabelecendo e propondo critérios nesse sentido, deve buscar o papel de protagonista de sua própria história, e não de mero expectador. De outro lado, o Direito deve ser o instrumento para a efetivação de suas escolhas morais e alçadas à categoria de convenções jurídicas, de mandamentos otimizantes, orientadores de (e em busca de) sentido.

Assim, o que não se pode olvidar é o papel ou função essencial do Direito, que não se confunde com a Política, embora interconectados. É nesse campo de atuação – a Política – que os embates morais e de Justiça devem ser discutidos³¹. Os juristas não podem estar apartados dessa discussão. Muito pelo contrário, têm muito a e devem contribuir ao debate. Contudo, é necessário distinguir que são em momentos e áreas distintas. E quiçá, finalmente, compreenda-se o motivo do título na obra *Teoria pura do direito*.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Juan Pablo. *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 2006.

ALCHOURRÓN, Carlos E. Condicionality and la representación de las normas jurídicas. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, n. 13. México: outubro de 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n13/1405-0218-is-13-00087.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BAYÓN, Juan Carlos. RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

³¹ Importa destacar que não se está alheio à crise de representação política, em que muitas vezes gera uma apatia política por parte dos eleitores, ante as nefastas e espúrias relações entre os representantes políticos e os agentes econômicos. Mas este tema não se torna objeto de análise neste trabalho. Indica-se a leitura, aos interessados na temática, das obras de José Luiz Bolzan de Moraes (*As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*) e Norberto Bobbio (*O futuro da democracia e Política e cultura*), dentre outros.

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015-A.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Política e cultura*. Organização de Franco Sbarberi. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp, 2015-B.
- BONNECASE, J. *Escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Cajica, 1944.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 608.482, Plenário. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Vanusa Fernandes de Araújo. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, 4 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=3831488>. Acesso em: 18 jun. 2017.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2.
- COLEMAN, Jules L. La arquitectura de la filosofía del derecho. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (org.) *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 93-178.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Bari, Laterza, 2007. 3 v.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.
- MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (Coleção Estado e Constituição).

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASSIF, Luiz. Dallagnol nega ter violado lei em concurso para o Ministério Público. *Revista GGN* (on line). Publicado em 25 jul. 2017. Disponível em: <http://jornalggm.com.br/noticia/dallagnol-nega-ter-violado-lei-em-concurso-para-o-ministerio-publico>. Acesso em: 30 jul. 2017.

SERBENA, Cesar Antônio. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013-A.

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-A.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017-B.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-B.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; 6. ed. 2017-C.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antônio Manuel Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Coerência e direito tributário*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2013.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

Data de recebimento: 09/07/2018

Data de aprovação: 14/01/2019

TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

TECHNOLOGY AS AN INSTRUMENT FOR THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT JUDICIAL PROVISION

*Jose Roberto Anselmo**

*Vivian Cristina Garcia de Freitas***

RESUMO

A evolução e o desenvolvimento tecnológicos já se encontram praticamente em todas as áreas da atividade humana. O direito, uma das atividades mais tradicionais e conservadoras, também vem sofrendo influências da tecnologia. Muitas ferramentas e programas de *software* estão inovando na prática da atividade jurídica em todos os seus aspectos, bem como provocando impactos na própria forma de aplicar o direito, como a utilização da inteligência artificial e outras ferramentas de análises preditivas com possibilidade de concatenar informações pretéritas e mensurar tendências. Assim, passando por uma análise da Constituição Federal brasileira, buscaremos discutir os impactos das novas tecnologias na prática jurídica.

Palavras-chave: Direito; Tecnologia; Inteligência artificial; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Technological evolution and development are already practically in all areas of human activity. Law, one of the most traditional and conservative activities, has also been influenced by technology. Many software tools and programs are innovating the practice of legal activity in all its

* Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), de Bauru-SP. Professor de Direito Constitucional no curso de Direito do Centro Universitário de Bauru. Professor do Centro de Pós-Graduação do Centro Universitário de Bauru. Advogado e procurador do Município de Bauru. E-mail: jranselmo@uol.com.br.

** Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru-SP, mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Bauru (ITE). E-mail: vivianfreitas@mandaliti.com.br.

aspects, as well as provoking impacts on the proper way of applying law, such as the use of artificial intelligence and other tools of predictive analysis with the possibility of concatenating previous information and measure trends. Thus, through an analysis of the Brazilian Federal Constitution, we will seek to discuss the impacts of new technologies on legal practice.

Keywords: Law; Technology; Artificial intelligence; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal deve ser interpretada sistematicamente para que seus capítulos interajam entre si na construção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Não fosse assim, teríamos uma norma fundamental com capítulos presos aos seus próprios princípios, desconexos e sem ligação.

À época do desenvolvimento e das discussões para elaboração da Constituição de 1988 não se falava, obviamente, em tecnologia capaz de processar a quantidade de dados que atualmente se verifica ao redor do mundo, seja pelo uso da internet, desenvolvimento dos computadores, redes de comunicação via satélite, redes sociais, inteligência artificial etc.

No entanto, a Constituição traz capítulo específico sobre o desenvolvimento da tecnologia e inovação, com ressalva para a solução dos problemas brasileiros, e um desses problemas diz respeito à celeridade dos processos judiciais, a ser deve ser interpretado nos termos do art. 5º, que traz garantia fundamental da razoável duração do processo.

No presente artigo buscaremos demonstrar, por meio de pesquisa nos mais diversos sistemas de tecnologias colocados à disposição do Judiciário, como a inteligência artificial pode – e deverá no futuro – ser empregada em prol da celeridade da prestação da tutela jurisdicional. Para tanto serão utilizados os métodos indutivos e dedutivo, a fim de demonstrar que a utilização da tecnologia atual pode contribuir para melhor prestação jurisdicional.

A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL: DO ARCAICO AO MODERNO

Há, sem dúvida, um prazo necessário para que a prestação jurisdicional possa ocorrer. Não há como cobrar uma celeridade absoluta, pois isso pode comprometer a produção de provas e sua avaliação açada. Esse prazo necessário para o amadurecimento do processo, contudo, não pode exceder o que se espera de uma prestação adequada da justiça.

Ocorre que os atos e termos do processo são realizados, em sua grande maioria, pelos serventuários da justiça (escriventes, analistas, oficiais de justiça, peritos, intérpretes, juiz, etc.), que devem respeitar rigorosamente o que dispõem

as leis processuais, ou seja, são realizados por mão humana, que por sua vez está sujeita a erros, volume de trabalho, limitação temporal (expediente). Em relação a este último item, há expediente forense (processualmente falando) 24 horas por dia em razão do processo eletrônico, cujos atos podem ser praticados em qualquer hora e lugar pelo advogado, juiz ou promotor, respeitando-se os respectivos prazos.

A implantação de metas pelo Conselho Nacional de Justiça, não obstante seja interessante do ponto de vista de celeridade, pode não o ser com relação à qualidade dos serviços jurisdicionais, pois a constante busca pela redução de processos ativos pode causar uma busca de baixa de processos que por sua vez comprometa a busca pela justiça esperada pelo cidadão. Em outras palavras, não se pode salvar os números e sacrificar a qualidade.

Nota-se com isso que os obstáculos acima são agravados com o grande volume de processos ativos nos Tribunais (1º e 2º graus), que não conseguem dar vazão à demanda dentro de um prazo que atenda à razoável duração do processo, e o jurisdicionado nada pode fazer senão aguardar. De acordo com dados do CNJ, são aproximadamente 90 milhões de ações em andamento.

Como em qualquer outra área de prestação de serviços, muitos dos atos praticados pelos serventuários da justiça são padronizados, ou seja, são repetitivos e não demandam trabalho intelectual profundo, por exemplo, após a juntada de uma petição em um processo eletrônico, automaticamente o sistema poderia certificar a tempestividade, autenticidade e autoria e, da mesma forma automatizada, enviar os autos eletrônicos para conclusão do magistrado.

A dogmática e o conservadorismo jurídicos seriam céticos quanto à automação dos atos jurisdicionais, e mais ainda quanto à tomada de decisões por meio de inteligência artificial, tendo em vista que racionalidade jurídica ainda possui uma grande carga de trabalho intelectual que não pode ser desconsiderada no momento de decidir um caso. Porém, sem embargo da assertiva *retro*, também é verdade que não se pode fugir de casos *standardizados* cujo padrão tem início com a petição inicial, prossegue com a apresentação de contestação lastreada em modelos previamente confeccionados e finda com a sentença, cuja motivação é a mesma reproduzida em outras centenas de casos.

Sabe-se que uma sentença deve, sob pena de nulidade absoluta ou inexistência, ser proferida por juiz investido do poder jurisdicional, concursado, competente para a causa de acordo com as normas que regem a divisão da competência jurisdicional e imparcial.

Destarte, com o advento da Lei n. 9.099/95, o pressuposto de que necessariamente o juiz togado deva proferir a sentença foi relativizado com a criação da figura do juiz leigo, que, de acordo com a redação legal:

Lei n. 9.099/95, art. 7º Os conciliadores e Juizes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bachareis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os Juizes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

O juiz leigo sob a ótica do sistema dos juizados especiais é, portanto, o juiz não togado, recrutado nos termos da lei para exercer atividades paralelas àquelas desempenhadas pelos membros da magistratura.

Deveras, o juiz leigo exerce relevante papel no procedimento do juizado especial, uma vez que lhe é incumbida a tarefa de proferir a sentença, que depois será submetida ao juiz togado para ratificação:

Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

Nota-se que a legislação brasileira, portanto, admite desde 1995 que alguém que não é integrante da magistratura e que, portanto, não é concursado nem possui as garantias correlatas (imparcialidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos) possa praticar o ato final do processo, que é a sentença.

Levando em consideração essa premissa que o juiz não togado pode proferir uma sentença, com posterior e indispensável homologação de um juiz de direito, também se pode cogitar uma sentença redigida por meio de inteligência artificial, com posterior homologação de um juiz de direito.

Para não adentrar questões filosóficas de raciocínio jurídico, vamos nos limitar ao julgamento de casos comuns que adentram o Judiciário diariamente, por exemplo, matéria envolvendo planos econômicos (Bresser, Verão e Collor), ou mesmo ações com pedido de nulidade de cláusula contratual de contrato bancário ou sobre cobrança indevida de conta de internet, em que não há necessidade de provas que não sejam documentais, cujas petições iniciais e contestações são semelhantes, com pequenas variações de escrita, mas sempre com os mesmos fundamentos, e onde se tem, por consequência, uma sentença que não fugirá do mesmo padrão.

O Poder Judiciário, nesta nova era tecnológica, com internet e bancos de dados com inúmeras decisões de fácil acesso, poderia muito bem ser analisado de forma eficaz por meio de técnicas de inteligência artificial, como a identificação dos fatos e pedidos, razões de defesa, análise de documentos. Ao final, poder-se-ia escrever uma sentença que posteriormente seria homologada por um juiz de direito.

O tema é polêmico, porém o direito, como outras ciências, sofrerá o impacto da tecnologia a partir da evolução da inteligência artificial, que é capaz de processar informações com maior rapidez e ordená-las de forma complexa e integrada.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA, COM FOCO NAS PREVISÕES DO CPC, POR MEIO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Nem sempre a concretização de direitos se faz ao dar o bem da vida ao jurisdicionado, mas ao dar a ele uma resposta sobre seu direito.

As referências sobre a palavra “automação” no CPC, via de regra, possuem dois sentidos: o primeiro como forma de tramitação e controle do processo por sistema eletrônico ou digital; o segundo como forma de obrigatoriedade de procedimento. Assim, estabelece o Código de Processo Civil:

Sistema eletrônico:

Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções.

Art. 197. Os tribunais divulgarão as informações constantes de seu sistema de automação em página própria na rede mundial de computadores, gozando a divulgação de presunção de veracidade e confiabilidade. Obrigatoriedade de procedimento:

Art. 1.024 [...] § 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente.

Art. 1.039. Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos.

No entanto, discreta, mas expressamente, o CPC faz referência à automação como forma de mecanismo independente de ação humana, quando se refere a trabalhos rotineiros nos cartórios:

Art. 228. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de 1 (um) dia e executar os atos processuais no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data em que: [...]

§ 2º Nos processos em autos eletrônicos, a juntada de petições ou de manifestações em geral ocorrerá de forma automática, independentemente de ato de serventuário da justiça.

Em comentário sobre o artigo acima, Tereza Arruda Alvim Wambier (relatora da comissão de juristas que elaborou o projeto do novo Código de Processo Civil) afirma que “caberá aos tribunais o desenvolvimento de sistemas de processamento eletrônico cada vez menos dependentes de atuação humana para atos corriqueiros como a juntada de petição eletrônica, juntada de documentos e congêneres”¹.

Enfim, lendo todo o CPC, verifica-se que pouco se ateu à prática processual em meio eletrônico, pois já há lei especial regulando o tema (mesmo que defasada), mas se deixou em aberto a necessidade de promover a automação de forma ampla, inclusive eliminar intervenção humana, de modo que o discurso que critica a automação em breve deverá se adaptar à nova realidade.

A TECNOLOGIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA INOVAÇÃO INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 85/15

Para que se entenda melhor a aplicabilidade da tecnologia na atividade jurídica, faz-se necessária uma análise constitucional sobre o tema, de modo a verificar os pontos de conexão entre a Constituição Federal de 1988 e o desenvolvimento e a aplicação da tecnologia nas demandas judiciais.

Outra questão importante a mencionar diz respeito a uma análise da tecnologia com foco na solução de problemas sociais e fundamentais, e não no contexto econômico nacional ou internacional, em que geralmente são mencionadas a ciência e a tecnologia.

Para conceber a importância constitucional do assunto, mister um breve regresso ao texto constitucional brasileiro de 1967, que, não obstante o período de vigência, já mencionava a ciência e a tecnologia em suas disposições, embora de forma tímida, haja vista, também, que se tratava de um período em que essas áreas ainda não caminhavam na velocidade de desenvolvimento de hoje.

Mencionava o texto constitucional de 1967, em seu art. 171, *caput*, que: “As ciências, as letras e as artes são livres”. Já o parágrafo único possuía disposição de incentivo ao mencionar que “O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica”. Assim, de forma rasa, mas importante, havia menção e incentivo às áreas científica e tecnológica, mesmo que dentro de um contexto de visão como cultura, haja vista que as disposições se encontravam no Título denominado “Da Família, da Educação e da Cultura”.

O desenvolvimento tecnológico demonstra tamanha relevância que o legislador constituinte conferiu *status* constitucional ao assunto, destinando, agora, um capítulo próprio à matéria, a fim de vincular o Estado e o legislador infra-

¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 235.

constitucional na consecução de uma necessidade contemporânea na vida das pessoas e da sociedade, ou seja, houve uma constitucionalização mais ampla da temática, bem como sua separação da esfera cultural, conforme constava no texto constitucional de 1967.

A Constituição Federal deve ser interpretada sistematicamente para que seus capítulos interajam entre si na construção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Não fosse assim, ter-se-ia formado uma norma fundamental com capítulos presos a seus próprios princípios, uma verdadeira ilha, isolada do mundo, que dificilmente mostraria evolução e desenvolvimento social.

Durante a elaboração e discussão do texto constitucional de 1988, a questão tecnológica era restrita nem se comparando ao estado atual de coisas (processamento de uma infinidade de dados, internet, desenvolvimento dos computadores, redes de comunicação via satélite, redes sociais, inteligência artificial etc.).

No entanto, apesar de a Constituição possuir capítulo específico sobre o desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação, com ressalva para a solução dos problemas brasileiros, e um desses problemas diz respeito à celeridade dos processos judiciais, que deve ser interpretado nos termos do art. 5º, que traz a garantia fundamental da razoável duração do processo.

A demora na prestação jurisdicional para a resolução dos conflitos viola direito fundamental do cidadão, tendo em vista que é preciso se valer do poder estatal para ter o bem da vida, não se podendo realizar o direito por meio da autotutela, razão pela qual o cidadão deve delegar essa função ao Poder Judiciário. Este, por meio de uma sequência de atos, analisará o caso concreto, respeitando, obviamente, princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa.

Com efeito, feita a exposição preliminar, a Constituição Federal de 1988 destinou em seu texto um capítulo específico ao assunto, contendo quatro artigos, sob o enunciado “Da ciência, tecnologia e inovação”. Tais dispositivos encontram-se em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil, no sentido da garantia do desenvolvimento nacional, conforme disposto no art. 3º, II, da Carta Magna brasileira.

Digno de nota é o fato de o constituinte originário ter se referido apenas a “Ciência e Tecnologia” como objetivos de desenvolvimento a ser estimulado pelo setor público. Assim, de acordo com o desenvolvimento social avançado, bem como com o surgimento de novas necessidades, houve um reforço na necessidade de atuação do Estado no campo tecnológico, de maneira a aumentar o incentivo não somente ao desenvolvimento da ciência e tecnologia, mas também à criação, novas ideias e invenções, cujos objetivos foram incorporados por intermédio do termo “inovação”, como forma de estimular o setor público e o mercado de forma a atender às necessidades da sociedade.

André Ramos Tavares², ao tratar sobre o desenvolvimento nacional, faz menção à importância da ciência e tecnologia, apontando o seguinte:

Convém registrar, também na temática do desenvolvimento nacional, que a EC n. 85/2015 alterou a disciplina constitucional da ciência e tecnologia, que considero essencial quando se fala do desenvolvimento econômico e social do país. A novel disciplina constitucional introduziu o termo “inovação”, que remete à ideia de realizações e projetos originais, pretendendo, ainda, aprimorar a articulação dos Estados com as instituições de pesquisa, objetivando incentivar o desenvolvimento tecnológico e científico no Brasil.

A alteração do texto constitucional brasileiro pela Emenda n. 85, a fim de aumentar o incentivo direcionado ao desenvolvimento tecnológico no país, encontra-se na linha de pensamento de Canotilho, pois a Constituição também assume um papel de renovação e deve acompanhar o desenvolvimento social, de modo que a Lei Maior não seja entendida em termos “fixistas”, conforme destaca o referido professor:

A reserva de constituição não deve ser entendida em termos fixistas. Ela é compatível com a ideia de desenvolvimento constitucional. O chamado “núcleo duro” ou “essência constitucional” não deve ser compreendido (apenas!) a partir de paradigmas antigos. A constituição assume-se também como tarefa de renovação e por isso se disse recentemente que não é o passado mas o futuro o problema da constituição. Não se compreenderia, por exemplo, que perante os problemas ecológicos decisivamente implicantes de responsabilidade intergeracional, a lei superior não tivesse nada a dizer quanto ao ambiente e qualidade de vida. Do mesmo modo, perante a digitalização e captura informática dos nossos mundos, impõe-se a consagração do direito à autodeterminação informativa (direito à segurança informática). [...] Por último, não deve esquecer-se que a constituição não é apenas um “texto jurídico” mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo. Precisamente por isso, a reserva de constituição deve estar aberta aos temas do futuro como o problema da responsabilidade e solidariedade intergeracional (ambiente, dívida pública, segurança social), o problema da sociedade de informação, o problema do emprego, o problema de ciência e técnica e de suas refrações na pessoa humana (biotecnologia, tecnologias genéticas), o problema das empresas multinacionais e do seu incontrolado poder político, o problema da droga e do seu potencial existencialmente aniquilador, o problema da queda demográfica nuns casos e da explosão demográfica noutros³.

² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 817.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1141-1142.

Dessa forma, verifica-se a linha desenvolvimentista da Constituição Federal brasileira de 1988, na medida em que estabelece a conexão entre seu texto original e as novas necessidades da sociedade contemporânea, de forma a adaptar seu texto aos novos rumos tecnológicos atuais e aos que estão por vir.

Porém, não obstante a maioria dos dispositivos constitucionais mencione o desenvolvimento tecnológico a partir de incentivos orçamentários, de forma a fomentar essa área de desenvolvimento de relevante importância para o país, têm eles como principal objetivo, de forma preponderante, a solução dos problemas brasileiros, conforme expressamente posto e reformado com a Emenda Constitucional n. 85, no art. 218, em seu § 2º, da seguinte maneira: “A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional”.

Nesse sentido, ao tratar da ciência, tecnologia e inovação, a Constituição Federal, como forma de solucionar os problemas brasileiros, mantém ligação direta com as questões sociais, bem como e, principalmente, com as questões relacionadas aos direitos fundamentais, pois são exatamente os maiores problemas brasileiros, ou seja, promover a inclusão social dos indivíduos, como a educação, cultura, acesso à informação, direito à saúde, dentre tantos outros enumerados no rol não exaustivo dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Se o desenvolvimento da tecnologia possui como finalidade constitucional servir ao propósito social de criar facilidades auxiliando no enfrentamento da escassez de recursos e na gestão dos serviços públicos, é preciso também desenvolver a pesquisa científica almejando o seu emprego como ferramenta na busca pela prestação jurisdicional célere e efetiva.

O que se pode verificar, então, é que a Carta Constitucional de 1988 trouxe importante evolução da compreensão quanto à aplicabilidade da tecnologia, no sentido de que atrela também as áreas da ciência, tecnologia e inovação à necessidade de desenvolvimento socioeconômico e ao bem-estar da população, conforme consta no art. 219 da atual Constituição Federal.

Vale ainda ressaltar que as disposições referentes à ciência, tecnologia e inovação estão incluídas no contexto constitucional referente à ordem social, merecendo ainda mais atenção quanto à utilidade do desenvolvimento das áreas em destaque.

Registre-se, assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, diferentemente do texto constitucional de 1967, que tratava da tecnologia junto a “ciência, letras e artes”, dedicou-lhe capítulo próprio, alinhando o novo constitucionalismo brasileiro à revolução digital que estaria por vir.

Mais importante ainda, conforme já afirmado, a Constituição Federal de 1988 deu nova dimensão à matéria, fazendo uma íntima conexão entre o desenvolvimento tecnológico e a busca de soluções para os problemas brasileiros, o desenvolvimento socioeconômico e o bem-estar da população.

Cumpra ainda ressaltar outra novidade da Emenda Constitucional n. 85/2015 em relação ao tema, ampliando a competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, englobando a responsabilidade solidária de todas as esferas de governo, de modo a proporcionar os meios de acesso à ciência, à tecnologia e à pesquisa e à inovação. A emenda também ampliou a competência legislativa concorrente dos mesmos entes federados para legislar concorrentemente sobre a mesma matéria, conforme disposto nos arts. 23, V, e 24, IX, ambos da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; [...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Assim, por força da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o que dispõem as normas relacionadas à tecnologia sobre o tratamento prioritário, os instrumentos de cooperação, o estímulo pelo Estado às empresas privadas, dentre outras disposições proporcionadas pela Emenda Constitucional n. 85, o importante a mencionar para os fins do presente trabalho é que há preocupação do legislador constituinte com o desenvolvimento tecnológico do país, acompanhando tendência contemporânea de aplicações tecnológicas em benefício de direitos, fato este digno e recorrente nos países desenvolvidos.

Considerando que a sociedade brasileira emergiu no contexto tecnológico, iniciando pelos aplicativos móveis, depois por jogos de realidade virtual, com avanços na agricultura, cirurgias médicas etc., o Estado passou a ser um dos maiores interessados nessa instrumentalização tecnológica, diante da importância que lhe foi conferida pela Constituição de 1988.

Com a tecnologia na prestação de serviços públicos se almeja a redução da complexidade burocrática, de modo que o cidadão possa saber em tempo real sobre a tramitação de seus requerimentos e pretensões.

O reforço do capítulo destinado à ciência, tecnologia e inovação reflete a inevitabilidade de que a sociedade e o Estado deverá se valer para a preservação de garantias fundamentais futuras, de forma a construir um Estado de Direito

cada vez mais Democrático, uma vez que a facilitação de acesso às informações para o acompanhamento dos atos estatais pela sociedade ficará cada vez mais ao alcance de todos, ampliando o diálogo para a participação cada vez mais ativa dos principais destinatários dos direitos, quais sejam, os jurisdicionados.

Por fim, quanto à busca de soluções para os problemas brasileiros, encontra-se o tema do direito fundamental à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, à luz do direito fundamental constitucional estabelecido no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, de forma que a busca por uma tutela jurisdicional mais efetiva pode ter, agora, o auxílio da tecnologia. Todos os preceitos necessários encontram-se encampados e garantidos pela norma constitucional, tema este que será abordado nos tópicos vindouros.

APLICABILIDADE DA TECNOLOGIA NA ATIVIDADE JURÍDICA

Floresce a discussão entre os componentes do Poder Judiciário a respeito das questões relacionadas ao uso da tecnologia na prestação do serviço jurídico, haja vista que tais disposições são mais afetas a um conteúdo programático de incentivo orçamentário para o desenvolvimento social.

São normas para a composição, investimento e estruturação dos sistemas tecnológicos públicos e privados, por meio de incentivos fiscais e de estímulos para o aperfeiçoamento da pesquisa tecnológica, bem como para sacramentar a autonomia tecnológica do país mediante norma de conteúdo programático como o art. 219 de Constituição Federal, que possui o seguinte texto: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Porém, a importância do tema não passou despercebida pela Suprema Corte brasileira, cuja relevância a título de direito fundamental já foi motivo de ressalva em julgamento, nos termos do destaque dado pela Ministra Cármen Lúcia:

O termo “ciência”, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do

mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a CF dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (ministra Cármen Lúcia). [ADI 3.510, rel. Min. Ayres Britto, j. 29.05.2008, p, DJE de 28.05.2010.]⁴

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem sido o grande propulsor da pesquisa científica almejando o emprego da tecnologia e o estudo da inteligência artificial aplicados ao serviço judiciário segundo as balizas adotadas já em outros países.

Em estudo realizado por Dory Reiling destacam-se tribunais do continente europeu que já fazem uso de tecnologia, e, respectivamente quais ferramentas já estão sendo usadas, conforme excerto:

Com os estudos realizados pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ), podemos aprender sobre a implementação da tecnologia da informação nos tribunais da Europa. A Finlândia, a Áustria e o Reino Unido, bem como a Estónia, a Eslováquia e a Hungria, figuram entre os grupos de implementação mais elevados. Altos níveis de implementação também podem ser encontrados na França, Alemanha, Suécia, Lituânia, Bulgária e Holanda. Por outro lado, a Bélgica, a Irlanda e a Croácia estão localizadas no grupo de nível moderado. No grupo de baixo nível podemos encontrar Chipre, Ucrânia e Rússia. [...] tecnologias da informação podem ser distinguidas em tecnologias para: – o *back office*, apoiando processos relacionados à gestão de processos, produção de documentos e gestão judicial: processamento de texto e banco de dados; – o tribunal, apoiando o que acontece lá; – comunicação externa, apoio à comunicação com as partes interessadas e com o público em geral fora dos Tribunais⁵.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo* [recurso eletrônico]. Supremo Tribunal Federal. 5. ed. atual. Brasília: Secretaria de Documentação, 2016. p. 1453. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/acostituicaoosupremo/>. Acesso em: 7 maio 2018.

⁵ “Con los estudios realizados por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), podemos aprender sobre la implementación de la tecnología de la información en los tribunales de Europa. Finlandia, Austria y el Reino Unido, así como Estonia, Eslovaquia y Hungría, se ubican en el grupo más alto de implementación. También niveles altos de implementación pueden encontrarse en Francia, Alemania, Suecia, Lituania, Bulgaria y los Países Bajos. Por su parte, Bélgica, Irlanda y Croacia se ubican en el grupo de nivel moderado. En el grupo con nivel bajo podemos encontrar a Chipre, Ucrania y Rusia. [...] Las tecnologías de la información pueden distinguirse en tecnologías para: – la trastienda de la oficina, apoyando los procesos relacionados con la administración de casos, producción de documentos y gestión de los

Diante dessas informações, a prestação jurisdicional, como direito fundamental do cidadão, no atual contexto da realidade social e tecnológica, até mesmo a fim de acompanhar o desenvolvimento do Poder Judiciário mundial, precisa estar amparada tecnologicamente.

Essa atualização do sistema judiciário vai muito além da transformação do processo físico em processo eletrônico, abrangendo a utilização de dados e informações estruturadas que garantam um sistema processual unificado e integrado. O objetivo é facilitar o acesso à justiça, o acesso às informações e a utilização do Poder Judiciário como verdadeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais dispostos no texto constitucional, de forma que a aplicação do direito seja colocada de acordo com as realidades retratadas regionalmente, por meio de técnicas hermenêuticas que atendam à real expectativa dos indivíduos.

O direito fundamental a uma prestação jurisdicional célere, eficiente e com qualidade está diretamente relacionado ao uso de novas tecnologias, na medida em que tal direito já se encontra classificado nas novas dimensões dos direitos fundamentais do cidadão. Na teoria constitucional, não somente a prestação jurisdicional se tornaria mais eficiente mas também outros direitos fundamentais, como a democratização do acesso ao Poder Judiciário, o acesso à informação jurídica, à publicidade e, principalmente, a satisfação do bem da vida, almejado pelos indivíduos.

O marco inicial da implantação da tecnologia jurídica se deu em 2015, quando o CNJ aprovou a Resolução n. 211, que instituiu a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD). Com esse regulamento, o CNJ fixou uma agenda quinquenal – 2015 a 2020 – com a finalidade de dispor de ferramentas tecnológicas atrelada à mudança ideológica:

Art. 14. Cada órgão deverá definir e aplicar política de gestão de pessoas que promova a fixação de recursos humanos na área da Tecnologia da Informação e Comunicação, recomendando-se a criação de cargos, especialidades e gratificação específicos para essa área.

A resolução visava ao aparelhamento estrutural (como *data center*), pessoal (com destacamento de profissionais) e técnico, pois permitia a contratação de serviços especializados externos.

tribunales: procesador de palabras y bases de datos; – la sala de audiencias, apoyando en que ocurre allí mismo; – comunicación externa, apoyando la comunicación con los interesados y con el público en general fuera de los tribunales.” REILING, Dory. E-Justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa. *Revista Eletrônica IJJusticia*, Buenos Aires, maio 2011. p. 80-81. Disponível em: <http://www.ijjusticia.org/docs/REILING.pdf>. Acesso em: 8 maio 2018.

Sem se ater às peculiaridades da resolução editada pelo CNJ, há que ressaltar a relevância de tal medida. Não há como acompanhar o desenvolvimento social e das demandas judiciais sem um sistema jurídico estruturado para receber e julgar de forma eficiente as questões relacionadas aos novos direitos.

A atitude proposta pelo CNJ brasileiro segue uma tendência que já vem sendo implantada nos tribunais europeus, que já se encontram em um nível de implantação de tecnologia de informação avançado.

A trajetória dessa evolução tecnológica também chegou à Corte Suprema brasileira, o Supremo Tribunal Federal, bem como ao Superior Tribunal de Justiça, com a utilização da tecnologia da inteligência artificial visando agilizar a tramitação dos processos em trâmite.

No Superior Tribunal de Justiça, ainda como projeto piloto, foi regulamentado por meio da Instrução Normativa n. 6, de 12 de junho de 2018, que instituiu o mencionado projeto de aplicação de soluções de inteligência artificial, a ser executado no âmbito da Secretaria Judiciária, com duração de sessenta dias e tendo como objetivos (art. 2º):

- I – avaliar a viabilidade de aplicação das soluções de Inteligência Artificial no fluxo processual da Secretaria Judiciária;
- II – propor soluções visando aumentar a produtividade e a eficácia do trabalho realizado pelas unidades;
- III – promover a melhoria do sistema classificatório dos processos e da qualidade dos dados para fins de gestão da informação e de cumprimento das diretrizes estabelecidas pelo CNJ;
- IV – contribuir para automação e racionalização das rotinas de trabalho do Tribunal;
- V – criar condições para redução do quantitativo de estagiários.

Há, nesse passo, uma prova de conceito para a utilização dessa tecnologia, com posterior análise dos resultados, que também será aplicada na realização de trabalhos rotineiros. Estes também foram detalhados na mencionada instrução normativa, como a classificação automática dos processos recursais de acordo com a Tabela Unificada de Assuntos, bem como a extração automática dos dispositivos normativos apontados como violados nos recursos direcionados ao tribunal a partir de uma análise textual.

No mesmo sentido caminhou o Supremo Tribunal Federal, que informou, em seu sítio na internet, que utilizará a inteligência artificial a fim de agilizar a tramitação de processos. A ferramenta de inteligência artificial foi batizada de “VICTOR”, em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal, que atuou na corte entre 1960 e 1969, tendo em vista que foi o principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em súmulas.

O papel do “VICTOR”, de acordo com o noticiado pelo STF, será o de “ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral”. No entanto, o projeto não se limitará a esse objetivo, tendo em vista que essa será apenas uma parte do desenvolvimento e implantação da ferramenta, conforme informa a própria Corte:

Como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial. Os pesquisadores e o Tribunal esperam que, em breve, todos os tribunais do Brasil poderão fazer uso do VICTOR para pré-processar os recursos extraordinários logo após sua interposição (esses recursos são interpostos contra acórdãos de tribunais), o que visa antecipar o juízo de admissibilidade quanto à vinculação a temas com repercussão geral, o primeiro obstáculo para que um recurso chegue ao STF. Com isso, poderá impactar na redução dessa fase em 2 ou mais anos. VICTOR é promissor e seu campo de aplicação tende a se ampliar cada vez mais⁶.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luz Fux⁷, em entrevista proferida nos Estados Unidos, destacou algumas preocupações em relação à inteligência artificial, como a proteção dos direitos autorais dos projetos, uma vez que se trata de um mecanismo em constante aprendizado e evolução, assim como a análise a respeito do devido processo legal e o viés dos algoritmos.

Realmente não há como desbordar da necessidade de regulamentação dos institutos atrelados ao manejo da inteligência artificial, bem como, no tocante à responsabilidade do Estado pelo seu uso, não há como escapar à responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Dito de outro modo, utilizando ou não a inteligência artificial, o serviço de justiça é essencial e eminentemente público, de modo que seu responsável será sempre o Estado, incumbido do desempenho das funções elementares aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Supremo Tribunal Federal, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 4 jun. 2018.

⁷ FUX, Luiz. *Inteligência artificial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-fux-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2019.

Dessa feita, denota-se que os tribunais brasileiros têm a tendência a se equipar com ferramentas tecnológicas, acompanhando o que já têm feito alguns tribunais na Europa, conforme já mencionado. Contudo, mister fazer a ressalta de que, como mencionado pela própria assessoria do STF, não se trata da utilização da ferramenta de inteligência artificial como substitutivo da análise dos julgadores, mas como uma ferramenta de auxílio para agilização do trâmite de processos, bem como para auxiliá-los na tomada de decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme inicialmente abordado, o presente artigo teve como objetivo analisar a questão da tecnologia aplicada à ciência jurídica, sob o ponto de vista de sua influência no direito em si e sob o viés do impacto da tecnologia como ferramenta de apoio ao Poder Judiciário.

A pesquisa não se limitou à abordagem das ferramentas tecnológicas, em especial a utilização da inteligência artificial, mas partiu do alicerce jurídico autorizado e incentivado pela Constituição Federal brasileira de 1988, que, ao tratar especificamente da ciência, tecnologia e inovação, abriu um grande leque de possibilidades para a resolução dos problemas brasileiros, dentre estes a prestação cada vez mais qualificada em termos de justiça.

Da mesma forma, há em primeiro lugar que estabelecer seus alicerces fundamentais, que são os que se encontram positivados na Constituição Federal de 1988. Não é possível valorar a evolução tecnológica como direito fundamental ou mesmo como instrumento de desenvolvimento do país sem que haja o suporte jurídico no arcabouço máximo do ordenamento jurídico.

Assim, diante da importância dada pela Constituição de 1988, que dedica capítulo próprio à ciência e tecnologia, é possível extrair que o constituinte, além de prever a evolução do desenvolvimento da civilização, também desejava que o Brasil permanecesse engajado ao lado de outras nações.

De outro campo, considerando que o Poder Judiciário soma quase 100 milhões de processos em tramitação, encontrou-se campo formidável para recepcionar todos os tipos de pesquisa relacionada à aplicação da inteligência artificial, desde a análise preditiva, a revisão contratual e, até mesmo, o exame de repercussão geral treinado pelo Victor no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Não deve causar espanto a utilização da inteligência artificial para prolação de sentenças, uma vez que, consoante examinado, a partir da Lei n. 9.099/95 o legislador autorizou pessoas estranhas à estrutura da magistratura (juízes leigos) a proferir sentença.

De modo que, se alguém não togado pode proferir sentença, não há óbice a que esse alguém seja a inteligência artificial, por exemplo, o Victor do Supremo

Tribunal Federal, já havendo a superação do dogma segundo o qual apenas juízes togados podem decidir os litígios.

Por fim, após toda a exposição posta no presente trabalho, pode-se afirmar que a conexão entre direito, tecnologia e inteligência artificial ainda possui laços tênues, mas os três entes a seu ritmo estão se aproximando e não poderão mais desfazer seus laços. Os indivíduos e as instituições públicas e privadas estão cada vez mais dependentes da evolução da tecnologia, e nutrem cada vez mais expectativas em relação à inovação, e o direito, como fonte normativa de direitos e obrigações, deverá, inevitavelmente, acompanhar essa evolução.

REFERÊNCIAS

- ALVES JÚNIOR, Oscar Francisco. *Práticas inovadoras utilizando a informática como expediente de otimização e modernização do Poder Judiciário: a utilização da videoconferência*. 218f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.
- BAYER, Fernando Mariano; ECKHARDT, Moacir; MACHADO, Renato. *Automação de sistemas*. 4. ed. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, Colégio Técnico Industrial de Santa Maria; Escola Técnica Aberta do Brasil, 2011.
- BICUDO, Lucas. *Robô faz em segundos o que demorava 360 mil horas para um advogado*. Disponível em: <https://conteudo.startse.com.br/mundo/lucas-bicudo/software-do-jpmorgan/>. Acesso em: 4 jun. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 230*, de 22 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3141>. Acesso em: 26 jul. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 211*, de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2227>. Acesso em: 7 jul. 2019.
- BRASIL. Instrução Normativa STJ/GPN. Institui projeto-piloto de aplicação de soluções de inteligência artificial no Superior Tribunal de Justiça. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 jun. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento?data_pesquisa=14/06/2018&seq_publicacao=15535&seq_documento=19275571&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=null. Acesso em: 5 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo* [recurso eletrônico]. Supremo Tribunal Federal. 5. ed. atual. Brasília: Secretaria de Documentação, 2016. p. 1453. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/aconstituicaooesupremo/>. Acesso em: 7 maio 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 9 fev. 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Supremo Tribunal Federal, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 4 jun. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território. *Portaria GPR 1.029, de 10.05.2018*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-/oficiais/portarias-gpr/2018/portaria-gpr-1029-de-10-05-2018>. Acesso em: 7 jul. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone de. Gestão da justiça e do conhecimento: a contribuição da jurimetria para a administração da justiça. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 771-801, 2016. DOI: 10.6084/m9.figshare.4667898. Disponível em: revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/1869/1239. Acesso em: 17 jul. 2018.
- FUX, Luiz. *Inteligência artificial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-ful-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- MELLO, João Ozório. *Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robô-advogado-eua>. Acesso em: 3 maio 2018.
- REILING, Dory. E-Justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa. *Revista Eletrônica II Justicia*, Buenos Aires, maio 2011. p. 80-81. Disponível em: <http://www.iijusticia.org/docs/REILING.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TRÍAS, Eugenio. Et al. Derechos humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica. In: ARNAIZ, Graciano González R. (org.) Madrid: Tecnos, 1999.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

Data de recebimento: 07/10/2018

Data de aprovação: 02/02/2019

THEMIS AND DIKÉ: THE TRANSVERSAL RELATIONSHIP BETWEEN JUSTICE AND REVENGE IN THE CASE OF FEDERAL CONGRESSMAN PAULO SALIM MALUF*

THEMIS E DIKÉ: A RELAÇÃO TRANSVERSAL ENTRE JUSTIÇA E VINGANÇA NO CASO DO DEPUTADO FEDERAL PAULO SALIM MALUF

*Wagner Gundim***

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze whether there is a transverse relationship between the structures of revenge and justice, especially in the current law, based on the analysis of the case of Congressman Paulo Maluf, where there is a clear polarity on the possibility of granting custody due to his weakened health status. Initially, it points to the difficult conceptualization of justice and then to investigate the Greek mythological foundations that fall on the goddesses Themis and Diké, as a proposal to discover the birth of justice. Subsequently, it analyzes the structures of justice and revenge, comparing them. In the end, for the analysis not to be restricted to theory, it investigates the practical case related to the arrest of Congressman Paulo Salim Maluf to demonstrate that there

* It is important to note that the elaboration of this article took place in the context of the authors PhD at the Pontifical Catholic University of São Paulo, based on the ideas discussed in the core classes of Philosophy of Law, notably in the subject of Justice and Revenge, delivered by Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior. Thus, the arguments and conclusions presented here are the result of both Professor's lectures and the healthy discussions among classmates, whom I thank for the contribution.

** Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bolsista Capes. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro Efetivo do Observatório Constitucional Latino-Americano (OCLA). Membro efetivo das Comissões de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Direito Constitucional, ambas da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo (OAB/SP), no triênio 2016-2018. Docente da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi nas disciplinas de Ciência Política e Direito Constitucional. Advogado militante nas áreas de direito público (constitucional, eleitoral, regulatório, administrativo e penal) e privado (cível e consumerista). E-mail: wagner.gundim@adv.oabsp.org.br.

is a transversal (and not diametrically opposed) relationship between the structures of justice and revenge.

Keywords: Greek mythology; Themis; Diké; Justice; Revenge.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar se há uma relação transversal entre as estruturas da vingança e da justiça, mormente no direito atual, a partir da análise do caso do Deputado Federal Paulo Salim Maluf, em que se verifica nítida polaridade sobre a possibilidade de concessão de prisão domiciliar em função do seu estado de saúde fragilizado. Inicialmente, aponta para a difícil conceituação da justiça para, em seguida, investigar as bases mitológicas gregas que recaem sobre as deusas Themis e Diké, como proposta de descobrimento do nascedouro da justiça. Posteriormente, analisa as estruturas da justiça e da vingança, comparando-as. Ao final, para que a análise não se restrinja à teoria, investiga o caso prático relacionado à prisão do Deputado Federal Paulo Maluf para demonstrar que há uma relação transversal (e não diametralmente oposta) entre as estruturas da justiça e da vingança.

Palavras-chave: Mitologia grega; Themis; Diké. Justiça; Vingança.

INTRODUCTION

Law, as the applied social science that it clearly is, is directly related and linked to the very concept of society. In this sense, the evolution of modern legal systems has happened indistinctly to the evolution of society itself, as a way of adapting to the new social realities that have arisen and, consequently, regulating human conduct in its current (postmodern) contours.

But it is not reduced to that. In this evolutionary path, especially due to the great tragedies that plagued the world – the 2 Great Wars and so many other world and regional conflicts –, Law is increasingly concerned with the guarantee of fundamental human rights, in a kind of search for human solidarity that must be extended to all, which, as it must be noted, have been translated into the principle of the dignity of the human person.

This new perspective of worldwide human solidarity, as it is, rejects the possibility that the law contains in its normative body any elements of revenge, which, even if went through common sense of society or under the view of the “interpreters” of law, would be something contrary to the structure of law itself and unacceptable in any conception of justice.

Revenge, as it is said, was only applicable under the Hammurabi Code, the Talion Law, or under the perspective witnessed until the early eighteenth century, in which cruel and tortuous punishment constituted a kind of collective revenge

(which, however, it was fought and overcome through the humanitarian vision brought by Cesare Beccaria in his “Of Crimes and Punishments”). It is as if revenge and justice appear as the composing elements of water and oil, structures that cannot touch each other or blend together.

However, this does not seem to be the most accurate analysis of the subject. This is because Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, one of the biggest names in the current philosophy of law scenario in Brazil, has undertaken several studies to demonstrate that, in fact, it is not a simple task to clearly distinguish “how far justice goes and how far goes revenge”. And to refute the traditional view (of a split between justice and revenge), the aforementioned author defends the absorption of each other, which points, in our view, to a transverse relationship, in which can be noted the constant “touch” between justice and revenge, into one another.

With the objective of humbly following the conclusions of Professor Tércio Sampaio, this article intends to analyze if there is a transversal relationship between Justice and Revenge in the current Brazilian law structure and if in the context of the arrest of Congressman Paulo Salim Maluf, due to his weakened health status, it is possible to confirm the absorption of one structure by the other.

The article is structurally divided into three topics. In the first one, it analyzes the problematic of the conceptualization of justice in function of the plurality of philosophical perspectives regarding its definition and configuration, to sequentially investigate the foundations of Greek mythology that fall onto the goddesses Themis and Diké. In the second, it deals with the relationship between justice and revenge and asks about the possibility of a cross-sectional relationship between its structures, in the third and final topic, to verify that absorption relationship in the practical case involving the possibility of house arrest of Federal Congressman Paulo Salim Maluf.

To develop the intended approach, the dialectical method is used as research methodology, coming from the normative-historical analysis of the concepts of Justice and Revenge and the existing conflicts and positions on the theme – thesis and antithesis –, and, if possible, to come to interpretations as to arrive at a new understanding of reality (synthesis).

THE PROBLEM OF THE CONCEPT OF JUSTICE: AN ANALYSIS FROM THE MYTHOLOGICAL BASIS OF THE GREEK CONCEPT OF JUSTICE – THEMIS AND DIKÉ

Ab initio, one should warn about the difficulty in conceptualizing what is meant by justice, whether due to the multiplicity of concepts, or even the

philosophical perspectives¹ brought by different historical contours². In this sense, accordingly, follows the comprehension of Tércio Sampaio Ferraz Júnior on the subject, by adding that:

The concept of justice is, perhaps, the most disputed one in the literature of Philosophy of Law, of all time. It concentrates, from the dawn of thought, the most heated legal controversies. Defining it is an inexhaustible endeavor, but always renewed. In different paths, sometimes thrown into the ideal dimensions of an ethical target to pursue, sometimes entangled in existence itself as a constantly performed task, sometimes pointed out as logical data in the legal axiomatic, the notion of justice is a subject of which, dogmatically, critically or skeptically, one cannot derive away from³.

In spite of this conceptual difficulty, the literature on Philosophy of Law usually traces the conceptualization of justice from very peculiar perspectives, among which this work will give special emphasis to the one based on the Greek mythology, whose analysis will try to approach the structures of justice and revenge.

But why seeking the conceptualization of justice parting from a myth? Because, as pointed out by Husserl in the Twentieth century⁴, in order to be able to discover something philosophically one has to go back to research on “the very things themselves”, not only on scientific premises. And, “to go back to the very things themselves means the return of what appears to us as something experienced, lived, known, but not given as existing in the world (...)”⁵⁻⁶.

¹ In terms of contemporary lines of thought in normative political philosophy, and more specifically in terms of identifying a just, free or good society, the main conceptions of justice are centered on the following theories: (i) utilitarianism; (ii) communitarianism; (iii) liberal equality; (iv) libertarianism; (v) Marxism; and (vi) feminism (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

² About the conception of justice, one cannot forget about Aristotle’s contributions about what is just and the quality of the “virtue of justice”, whose analysis is made in different works on the topic, such as: (i) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009; (ii) MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014; e (iii) GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. *Justiça aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de justiça no caso concreto*. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 4, out.-dez. 2017.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do discurso sobre a justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 74, 1979. p. 153.

⁴ HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. Introdução e tradução de Urbano Zilles. Porto Alegre: Edpucrs, 1996 (Col. Filosofia; 41).

⁵ SILVA, Maria de Lourdes. A intencionalidade da consciência em Husserl. *Argumentos*, ano 1, n. 1, 2009. p. 47.

⁶ The importance of Heidegger and Gadamer in the field of phenomenology is also unquestionable and corroborates the point made by Husserl, especially when considering the question

In other words, “to go back to the very things themselves” means reaching the birthing state of something, and for that, it is necessary to unveil what is hidden in the intimacy or into the manifestations of a given people. It is in this context that, in the words of Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Understanding law and justice requires a return to the apocryphal (from APO: emanation, and KRYPHOS, the secret). Hence the importance of art to reach the immanent of things themselves. And the role of literature, onto this dramatic account: to look deep into the soul to get a better look at the surface of what appears. That is, to go from the unique, intimate and incommunicable obscurity of the secrets of the human heart to the transparency of the rules seen by legal common sense⁷.

In this context, understanding the “birthing state” of the concept of justice by analyzing the mythological foundations of the Greek concept of the goddesses Themis and Diké, which give rise to all further understanding and interpretation of the characters of justice, is an essential task for identifying, within the scope of secret, how the relationship between justice and revenge takes place. In this case, therefore, the way to identify “the very things” will be through the analysis of the “myth”.

Generally, common sense about the personification of justice is summarized in the following elements: a woman who holds a scale in one hand, a sword in the other, and who usually has her eyes closed⁸. This personification would initially represent the elements that make up the image of the goddess Themis⁹, daughter of Uranus, God of Heaven, and of Gaia, Goddess of Earth, whose name

of the concept of tradition (ver: GADAMER, Hans George. *Verdade e Método método II*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002). “Following the same path, according to Gadamer, “every encounter with tradition that takes place within historical consciousness involves the experience of the tension between text and the present” (KUSCH, M. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 260).

⁷ FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. *Michael Kohlhaas: justiça e vingança*. No prelo: 2018. p. 9.

⁸ In the words of Juscelino Silva, paraphrasing Pierre Grimal, this image would correspond to the goddess Themis, so that “The scale serves to weigh the balance of the cosmos; the sword, the power to punish those who are out of place, and the blindfold symbolizes the impartiality of the decision” (SILVA, Juscelino. *Têmis e Diké a interpretação do mito articulado aos direitos da mulher ocidental*. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 1, 2012. p. 2).

⁹ It is important to note that Adorno and Horkheimer confirm the image of Themis as a blindfolded goddess, because for them “covering the eyes of justice not only means that one should not interfere with the law, but that one was not born from freedom” (ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985). However, some authors, such as Damásio de Jesus, point out that Themis was represented carrying a scale in her right hand and a cornucopia on her left hand and that she had no blindfold, an attribute that was invented by the 16th century Germans, who, ironically, deprived her from her eyesight (JESUS, Damásio Evangelista de. *Os olhos abertos de Themis, a deusa da justiça*. *Jornal Síntese*, São Paulo: IOB, abr. 2002).

comes from “the Greek *Thémis*, from the verb *tithénai*, to establish as a norm, from what can be concluded, it is ought to be established as a rule, as the divine or moral law, the justice, the law, the rights, as opposed to *nomos*, the human law and *dike*”¹⁰. It is important to note here that Themis is the goddess of eternal laws, applicable in a kind of transcendent justice, originating in the world of the gods¹¹ and acting as divine balance¹², whose mundane application is essentially effective in the context of this familiar world.

However, the personification of Justice does not only include the aforementioned goddess, especially since one can perceive, within the context of the myth, the existence of other figures with different characteristics, namely: *Diké*, in the Greek mythological context, and *Iustitia*, figure from Roman mythology¹³.

Diké, in another turn, the daughter of *Themis* with Zeus, represents an important advance in the development of the Greek spirit of liberation from individual forces, as their concern will be to guarantee equality for all citizens, both large and small, starting to correspond to an idea of retribution, that is, to give each one what is due to him¹⁴. As a consequence, *Diké* will imply an overcoming of *Themis*, because while the latter is related to the authority, legality and validity of law, the former seeks to promote the fulfillment of justice as a cry against the authoritarian law and to guarantee, in a broader sense, the sense of equality¹⁵. As such, as reported by Sophocles in the Greek tragedies *Antigone* and *King Oedipus*, *Themis* and *Diké* oppose themselves in the Greek world from tensions between divine justice and the justice of the gods¹⁶.

¹⁰ SICILIANI, Bruna Casimiro. Bases mitológicas e literárias do conceito grego de justiça. *Direito & Justiça*, v. 37, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 64.

¹¹ SICILIANI, Bruna Casimiro. Bases mitológicas e literárias do conceito grego de justiça. *Direito & Justiça*, v. 37, n. 1, jan.-jun. 2011. p. 64.

¹² Among the actions of *Themis* as a promoter of harmony in the universe, Carlos Eduardo de Souza Lima Gomes points out that: “Among the most exemplary actions of this goddess as a promoter of harmony in the universe, we can mention the attribution of the idea of the Trojan war to her, in order to reduce the standards of population density of the Earth. It is in her facet of personification of justice and eternal law that we find her advising Zeus, in the fight against the giants, to cover his shield – which is now called the aegis – with the skin of the Amalthea goat. These are just some of the actions that corroborate this role of divinity of good proportion, of equanimity” (GOMES, Carlos Eduardo de Souza Lima. *Themis e Diké em Hesíodo: afirmação de uma ideologia camponesa ante os reis “comedores-de-presentes” na Grécia Arcaica (século VII a.C.)*. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia. 2007. p. 55).

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁴ JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia: a formação do homem grego*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

¹⁵ JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia: a formação do homem grego*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

¹⁶ For more information, read: SÓFOCLES, *Édipo Rei/Antígona*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008 (Coleção obra-prima de cada autor, v. 99).

In dealing with the personification of Diké, Tércio Sampaio Ferraz Júnior asserts that:

Thus, the Greeks placed this scale, with both plates, but without the pole in the middle, in the left hand of the goddess Diké, daughter of Zeus and Themis, in whose right hand was a sword and who, standing and having eyes wide open, would say (solemnly declare) that the just was there when the plates were in equilibrium (íson, hence the word isonomy). Because of that, for the vulgar language of the Greeks, the just (the right) means what was seen as equal (equality)¹⁷.

It should be noted that unlike Themis, who has figuratively blindfolded (or wide-eyed, but blind), Diké is wide-eyed¹⁸, which denotes the goddess's intention to seek the truth, and hence promote equality to all. The existence of an egalitarian right, therefore, was the objectified goal for ancient times, as it sought a "just measure" for the attribution of the right. And, according to Werner Wilhelm Jaeger, it was "in the demand for equality, implicit in Diké's concept, that this measure was found"¹⁹.

Finally, within Roman mythology, there is the general representation of justice by the goddess *Iustitia*:

(...) which distributed justice through the scale (with the two plates and the balance pole right in the middle) which she held with both hands. She would stand up and blindfolded, and say (declare) the right (jus) when the pole was completely vertical: right (rectum) = perfectly straight, straight from down under (de + rectum)²⁰.

Unlike the goddesses *Themis* and *Diké*, both holding a sword in one hand, *Iustitia* did not combine knowing the right to the force to execute it, but rather rested its preoccupation with the exercise of *jus-dicere* by firm activity. This is the result of holding the scale with both hands, ensuring the direction of the jurist's activity in a single action, but in a forceful way²¹. The fold in the eyes of

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

¹⁸ In the words of Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "the Greek goddess, with her eyes opened, points to a more abstract, speculative and generalizing conception that preceded, in importance, practical knowledge" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11).

¹⁹ JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia: a formação do homem grego*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 136.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

Iustitia, in turn, shows the importance attributed by the Romans to the act of listening, and, consequently, to the exercise of speaking and the use of words in the discussion of retribution/compensation²²⁻²³.

It is noteworthy that, although the conceptions of the goddesses of Justice present different visions and personifications, it will be possible, through the myth, notably the Greek, to present a sketch about the structures of justice and revenge, bringing them closer, to demonstrate, in the following sections, that the existing relation is not one of exclusion or overcoming of each other, but of absorption, in a true transversal relation.

JUSTICE AND REVENGE: OPPOSITE OR TRANSVERSAL RELATIONS?

As already pointed out in the beginning of this article, one has the impression that the general consensus around the themes of justice and revenge is that there is a complete distinction, overcoming and even incompatibility, which, according to the most accurate doctrine is a mistake.

In this sense, in an article entitled *Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion*, Robert C. Solomon argues that it is not possible to eliminate the relevance of revenge from considerations of justice and the law, and that justice itself, in part, represents a matter of emotion and that the desire for revenge is basic to its concerns. Later on, in dealing specifically with revenge and the usual view of the adjectives that accompany it, the author points out that:

(...) Vengeance is thought to be especially dangerous and socially disruptive, typically violent, utterly unreasonable, and by its very nature opposed to law and its constraints. I would like to suggest, to the contrary, that vengeance need not be dangerous or disruptive, need not be violent, need not be unreasonable, and need not be opposed to law and constraint. According to this opposition view, one might say that the point of law is to make the passions more coherent, more consistent, more articulate, more perspicacious, more reasonable, more subject to scrutiny, more civilized. The law, like culture, shapes as well as expresses emotions. We should beware of the tendency to reinforce the opposition between reason and emotion by rendering emotion as primitive

²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²³ Also, according to Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Iustitia's* also being blindfolded shows that the conception of law for the Romans "was rather referred to a know-how, a prudentia, a balance between abstraction and the concrete" (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11).

as possible – choosing the most irrational, destructive examples and then glorifying reason in an uncritical way (Aristotle’s “spark of the divine”, for instance)²⁴.

It is important to note that it is not possible to treat revenge as something outside of law and the very concept of justice, since the relationship between its structures is very close and, in some situations, they absorb each other in a kind of transversal relationship. Especially because, notably, revenge is not as limitless as it seems, mostly due to it being a cultural fact, and as such, it remains surrounded by values and rituals, which, in some situations, eventually limit its performance.

Proportionality, that there is also a demonstration of the relationship between the structures of justice and revenge. To retribute, therefore, may mean giving one thing for another – in an Aristotelian sense of justice and proportionality – as repaying one evil for another evil – which would denote a certain relationship with revenge²⁵.

The approximation of justice and revenge can also be presented from the perspective of a philological survey about the meaning of the words retribution, punishment and revenge from the Greek language, whose expressions point to the terms *poine*, *timoria*, *kolasis* and *zemia*²⁶. In this sense, Tércio Sampaio Ferraz Júnior clarifies such concepts by stating that:

(...) *poine* had only the meaning of negotiated reparation as compensation for damage. (...) The rescue (*apoína*) was thus a strengthening of the *poine*, a monetary compensation (...). The word *zemia*, in its turn,

²⁴ “Revenge is believed to be especially dangerous and socially disturbing, typically violent, utterly irrational, and by its very nature versus law and its limitations. On the contrary, I would like to suggest that revenge need not be dangerous or disturbing, need not be violent, need not be irrational, and need not be contrary to the law and its obstacles. According to this opposition, it can be said that the purpose of the law is to make passions more coherent, more consistent, more articulate, more insightful, more reasonable, more subject to supervision, more civilized. Law, like culture, shapes and expresses emotions. We must beware of the tendency to reinforce the opposition between reason and emotion, making emotion as primitive as possible – choosing the most irrational and destructive examples and then glorifying reason in an uncritical way (Aristotle’s ‘divine spark’, for example)” (SOLOMON, Robert C. Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion. In: BANDES, Susan A. *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999. p. 129).

²⁵ In the words of Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “retribution has nonetheless, even in the pursuit of proportionality in terms of relation between such aspects, a connotation of revenge, retaliation, which gives the penalty, for example, a permanent ambiguity, from which one can cautiously use, as just, the death penalty or even renounce it, in terms of justice” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 232).

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

is a dialectal form of *demia* (*demos*, people), understood as the socialized sanction, that which belongs to the people. In this context revenge and punishment converge: *timoros*, the avenger; *timoria*, revenge or punishment; *Timoreo*, I punish, I avenge. (...) In the same direction is the word *kolasis*. Literally, *kolasein* means *pruning*, “keeping it short”, which is practiced with the use of the sickle. Technically, the expression has a less emotional connotation than *timoreo* (I punish, I avenge). *Kolasis* is, for example, pruning, in a field of wheat, an ear that rises above the others, as symbolically appears in Herodotus, concerning the treatment Thrasybulus gives to an envoy of tyrant Periandros²⁷.

That is, any retribution/repairment, from the subjective point of view, is not simply a pecuniary benefit, or even the application of a sanction or penalty, because there is also present a subjective interest of revenge, of something else. Thus, the structures of justice and revenge are intertwined in the current legal framework, whether under public or private law. And the performance of justice, in this sense, serves as a kind of limitation of revenge, as occurs for example in the use of *apoiné* (rescue) of moral damage, in a monetary way, as to resolve any situation in which a person’s honor has been vilified.

This interpenetration between justice and revenge occurs mainly by the inability of the Positive Law to deal with the depth of feelings related to revenge, notably by not giving victims of crimes, as the example, the feeling of satisfaction, which brings up to the surface the boundaries of the uncertainty between the feeling of revenge and the call for justice²⁸. Hence it is compelling, as pointed out elsewhere by Robert C. Solomon, that law and also the perception of justice take into account the emotional issues present in revenge as a result of their confrontation and analysis²⁹.

Thus, while the structures of revenge and justice are essentially distinct – while justice seeks to resolve conflict through *kolasis*, that is, by cutting something to maintain the balance of the scale, in revenge the idea of retaliation is always stronger – it is possible to perceive the communication between them in current law, with much more incidence in the field of Criminal Law. This is because, even for the protection of the legal assets to which it lends itself, the field of Public Law is much more “vindictive” than Private Law, since in the civil sphere the idea of compensation for damage suffered, i.e., the replacement of an offense for the payment of compensation is far more acceptable than allowing the murderer the right, by paying a certain amount, to be free from the restriction of his liberty.

²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 234-235.

²⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Michael Kohlhaas: justiça e vingança*. No prelo: 2018.

²⁹ SOLOMON, Robert C. Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion. In: BANDES, Susan A. *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999.

The coexistence of revenge and justice in current legal systems, however, is not only evidenced by the idea of compensation, but on the contrary, there are other important examples that highlight this communication relationship between their structures.

A first example to be cited is the systematic of Brazilian Criminal Law regarding the effects of the conviction that apply from the beginning of the judgment, but extend up to two years after its enforcement for criminal rehabilitation³⁰ in five, counting until such time as aggravating circumstance of the crime³¹. It is explained: as taught by Tércio Sampaio Ferraz Júnior, in the “game” of revenge, the idea of “stain” is very strong, as well as the idea of total annihilation of the other, that is, rather than a restitution, satisfaction of revenge requires a purification of the honor vilified³². And this is exactly what happens within the criminal system with those who, sentenced to a penalty provided for by law, are “stained” not only by the punishment that, as a rule, hinders their freedom; but also by the trademark that is bound in their names (the criminal record) within time limits bound by law. And this is where the link between justice and revenge is glimpsed, for as has been said before, it is in the field of justice that *kolasis* (a cut) is necessary, that is to say, while allowing revenge itself, law and justice limit it. In the case indicated, while allowing the convict to carry the “stain” (bearing the condition of being sentenced to criminal rehabilitation or being considered a repeat offender), the legal order itself makes a temporal cut (a *kolasis*) as a kind of limitation on this feeling of revenge – in this case, the “stain” will remain only for the deadlines set in the criminal legislation.

But it is not simply that. Imbued in this “expectation of total destruction of the other”, it is also possible to draw a parallel, at world level, of the imprisonment systems adopted by several countries worldwide, where prisoners need to wear the same clothes, adopt the same haircuts and, often they are no longer called by their names and are identified by numbers. That is, the “retribution/reparation” is not limited to “doing justice” by applying a penalty previously

³⁰ This rule finds shelter in article 94 of the Criminal Law, that provides: “Article 94 – Rehabilitation may be required after two (2) years from the day on which the penalty is repealed, or its completion is terminated, computing the trial period of suspension and conditional release, if not revoked, provided that the convicted (...)”.

³¹ In this sense, the provisions contained in articles 61, item I, and 64, item I, both from the Criminal Law: “Art. 61. These are circumstances that always aggravate the penalty when they do not constitute or qualify the crime: I – the recurrence (...)”.

Article 64. For the purpose of recurrence: (...) I – the previous conviction does not prevail, if between the date of the completion or revocation of the judgment and the subsequent infraction has elapsed a period of time superior to 5 (five) years, counting the period of suspension or conditional release, if no revocation occurs”.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Michael Kohlhaas*: justiça e vingança. No prelo: 2018.

established by criminal law; it is necessary to erase the existence of the one who has committed an illicit act, to make him reflect on the harm done by removing his own identity.

Admittedly, although the concept of justice is not exclusively linked to law enforcement³³, it is clear that the current legal order often allows interpenetration and coexistence between structures that would belong to the ideals of both justice and revenge – at least, it is so under the conception of the analysis of the Greek mythology about the goddesses *Themis* and *Diké*.

The above examples, which, it should be noted, are merely illustrative, seem sufficient to assert that, unlike what is common sense, the structures of justice and revenge are not mutually nullable – and should not –, but on the contrary, they communicate and are grafted into current legal systems in a cross-sectional manner, although most of the time the idea of justice traces a limitation (*kolasis*) to contain the rush of anger usually found in the emotions that make up for revenge.

THE CASE OF CONGRESSMAN PAULO MALUF'S HOME IMPRISONMENT: THE TRANSVERSAL RELATIONSHIP BETWEEN JUSTICE AND REVENGE

Although the above arguments seem to be sufficient to demonstrate the cross-sectional relationship between Justice and Revenge, so that the present work does not have a merely theoretical character, it will be sought, next, to verify if it is possible to identify the relationship proposed in the emblematic following case.

On December 20, 2017, Congressman Paulo Salim Maluf, 86 years old at the time and “bearer of serious and verified diseases”³⁴, surrendered before the Federal Police in advance of the enforcement of the arrest warrant issued in a monocratic decision, proffered by the Federal Supreme Court Minister, Edson Fachin, in the case of Criminal Action No. 863, which ordered the immediate enforcement of the judgment. The Congressman had been convicted by the 1st Panel of Ministers in May 2017, for the crime of money laundering, from 1997 to 2006, to the penalty of 7 years, 9 months and 10 days of imprisonment, initially

³³ For Aristotle, however, “The just is therefore the law-abiding and the righteous, and the unrighteous is the lawless man and is unwise” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*; Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 96).

³⁴ KAKAY, Antônio Carlos de Almeida Castro; FREIRIA, Marcelo Turbay; GABRIEL, Liliane de Carvalho. Crueldade estatal: Paulo Maluf é vítima do arbítrio que um dia representou, dizem seus advogados. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-30/maluf-vitima-arbitrio-dia-representou-dizem-advogados>. Acesso em: 10 jun. 2018.

in closed conditions, and to the payment of 248 fine-days, in addition to the loss of his mandate, to be declared by the Congress³⁵.

Against the monocratic decision issued by the said Minister, Rapporteur on this case, the *Habeas Corpus* No. 152,707 was filed, with an injunction, which was drawn to Minister Dias Toffoli, through which in summary he alleged a misconception of the decision from the Rapporteur Edson Fachin to dismiss the opposing infringement embargoes from the attorneys, which in Toffoli's comprehension would be perfectly appropriate in the case. In order to substantiate the *periculum in mora* for granting the preliminary injunction, the attorneys of the Congressman also argued that the withdrawal to the imprisonment system, in closed regime, of a person who is 86 years old and diagnosed with severe health problems would violate the principle of human dignity. It thus endorsed the granting of the injunction to assure the Congressman his freedom, or, alternatively, the granting of humanitarian house arrest, as provided for in article 117 of Law 7,210, of 11 July 1984 (Criminal Enforcement Law, of acronym LEP).

As the *habeas corpus* was drawn, Minister Dias Toffoli issued a decision on March 28, 2018 granting the preliminary injunction to allow the Congressman the right to serve his sentence at home. In summary, the conclusions drawn by the Minister were that:

- (i) even in the case of jail time, in his analysis, the Congressman could be framed in the legal permission provided for in article 117 of the LEP, due to his weakened health status, even if subjected to closed regime; and
- (ii) the 86-year-old patient has serious health problems that have been properly proven, and that there was information about the complications of his clinical condition, which would allow the measure to be accepted.

Then, on April 19, 2018, after the Federal Supreme Court decided in plenary not to uphold any embargoes on the judgment imposed on the Congressman, Minister Edson Fachin informed colleagues that he had officially and monocratically granted house arrest, due to the weakened health status of the Congressman, which has settled the discussion about the appropriateness of *habeas corpus*, whose preliminary ruling was previously granted by Minister Dias Toffoli.

From the considerations on this specific case in question, it remains to be asked about whether it is possible to verify the communication (or the absence of it) of the justice structures with those of revenge.

³⁵ If the reader is interested in deepening its knowledge on the foundations of the condemnatory judgment, we refer to the follow-up of said Criminal Action on the website of the Supreme Court, which can be done through the following link: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4504330>. Acesso em: 10 jun. 2018.

It should be noted, firstly, that the arrest of Congressman Paulo Salim Maluf has caused some polarization in society, which has split between the defense of his arrest, even in closed regime, on the grounds that this would present itself as an issue of “justice” and, on the opposite side, those who have a more humanitarian view, are in favor of granting Maluf house arrest due to the weakened health status currently experienced by him³⁶.

This duality of positions reflects very well one of the distinctions there is regarding the structures of justice and revenge. This is because, while in the perspective of revenge the role of the victim assumes primary importance, in the view of justice the central concern is drawn to the offender. This is why Tércio Sampaio Ferraz Júnior states that:

It should be noted that, in this revenge, the offender does indeed occupy a so-called secondary role, with the primary role standing with the offended. It is the offended who, in this vengeful structure, gives the measure of reparation, satisfaction, as seen, for example, in a duel. In this structure, it does not matter, after all, what the offender did, in fact, who may even have a level of legitimacy to act in such a way. Revenge is not measured by the offender, but by the offended. The burden of revenge rests on what the offended perceives from it. That is to say, it is the perspective and burden of the feeling of the offended that provides the [un]measured reaction³⁷.

In this case, it is clear that those who demand the conviction of the Congressman, despite his health status and senile condition, do not do so as a matter of “justice”, as one might imagine, because their view is not targeted at the offender, but on the contrary, it takes place from the perspective of the offended (the entire population who had been a victim of the crimes allegedly perpetrated by the Congressman). On the contrary, those who defend the need for the Maluf to serve his sentence at home, analyze the issue from the perspective of the offender, and, consequently, are impelled by the perspective of justice.

But the real intersection between the structures of justice and revenge, in this case, can be identified especially when one looks at the almost wrathful desire that Congressman Paulo Maluf, regardless of his current health condition, should answer for his crimes. The central idea is that he “cannot get away with

³⁶ This polarization is even witnessed in the legal environment, as exemplified by the various comments written by readers in the aforementioned article published in Conjur (cf. KAKAY, Antônio Carlos de Almeida Castro; FREIRIA, Marcelo Turbay; GABRIEL, Liliane de Carvalho. Crueldade estatal: Paulo Maluf é vítima do arbítrio que um dia representou, dizem seus advogados. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-30/maluf-vitima-arbitrio-dia-representou-dizem-advogados>. Acesso em: 10 jun. 2018).

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Michael Kohlhaas: justiça e vingança*. No prelo: 2018.

it”, even if it can aggravate his health condition and consequently end his life. This feeling, however, although limited by Law, is not avoided by it, because often, due to strict legality, deprivation of liberty and not granting benefits such as this are deferred, on the grounds that allowing one not to go to jail would immediately imply an “injustice”.

And society itself, in situations like this, seeking to satisfy this so-called “sense of justice”, actually ends up demonstrating a feeling of “revenge”, portrayed in the intention of total destruction/annihilation of the other, as seen by some positions shown in the case of Congressman Paulo Salim Maluf.

The point intended here is that the common sense that the structure of revenge would have been absorbed by Law and the structure of justice itself, disappearing into it, appears to us as a clear mistake, especially because in the area of retribution/reparation, and especially those of criminal nature, where the feelings and emotions that accompany revenge are present not only in the behavior of social actors – victims, lawyers, involved parties and even judges –, but also in the very normative framework that, allowing the exercise of revenge, concomitantly limits it.

CONCLUSION

The present article has as its central analysis the investigation of the existence of a transversal relationship between the structures of justice and revenge, especially in current law and to develop the arguments that would strengthen the conclusion that will be adopted, as a starting point, about the analysis of the definition and concept of justice from their mythological foundations.

All that to demonstrate in the following, that, unlike the current view of justice and revenge, these structures are not completely distinct or colliding, but rather coexist internally within the framework of current law and have a transverse relationship. This finding can be observed by the current structure of Brazilian Criminal Law, especially by some of its rules – such as criminal rehabilitation, which can only be requested two years after serving the sentence and considering the recurrence as an aggravating circumstance of the penalty up to five years after the condemnation judgment has been fulfilled – which shows the existence of components of the revenge structure especially in modern Public Law.

In the practical context, the existence of this cross-sectional relationship between the structures of justice and revenge also seems to be corroborated, as can be seen from the analysis of the polarization in society about the enforcement or not of the arrest of Congressman Paulo Salim Maluf, whom, despite his conviction for the crime of money laundering, is 86 years old and in weakened health status. That is, within the normative framework, it is clear that there is an

interesting game that continually mixes the elements that make up for justice, but also for revenge.

And in this, it seems to us that the purpose of this work has been concluded: to demonstrate that, unlike what common sense usually advocates and believes, modern law contains in its structure elements of both justice and revenge, which, again, cannot be considered as excluding, but imbued in a transverse relationship.

Lastly, it should be noted that the author's option is not to discuss whether Congressman Paulo Salim Maluf's home arrest or detention was a mistake, but to contribute to the debate of Philosophy of Law in academia and society at large about the presence of the revenge structure, in relation to communication with justice, even in current law; which, as pointed out, does not necessarily imply anything negative.

REFERENCES

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*; Poética. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Michael Kohlhaas*: justiça e vingança (no prelo, 2019).
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Do discurso sobre a justiça. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 74, 1979. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66876/69486>. Acesso em: 10 maio. 2018. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v74i0p153-166>.
- GOMES, Carlos Eduardo de Souza Lima. *Themis e Diké em Hesíodo*: afirmação de uma ideologia camponesa ante os reis "comedores-de-presentes" na Grécia Arcaica (século VII a.C). Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia. 2007.
- GADAMER, Hans George. *Verdade e método II*. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; VALVERDE, Thiago Pellegrini. Justiça aristotélica e as onze ilhas do Supremo Tribunal Federal: a possibilidade de justiça no caso concreto. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 4, out.-dez. 2017.
- HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. Introdução e tradução de Urbano Zilles. Porto Alegre: Edpuers, 1996 (Col. Filosofia; 41).
- JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia*: a formação do homem grego. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

JESUS, Damásio Evangelista de. Os olhos abertos de Themis, a deusa da justiça. *Jornal Síntese*, São Paulo: IOB, abr. 2002.

KAKAY, Antônio Carlos de Almeida Castro; FREIRIA, Marcelo Turbay; GABRIEL, Liliane de Carvalho. Crueldade estatal: Paulo Maluf é vítima do arbítrio que um dia representou, dizem seus advogados. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-30/maluf-vitima-arbitrio-dia-representou-dizem-advogados>. Acesso em: 10 jun. 2018.

KUSCH, M. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 260.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SICILIANI, Bruna Casimiro. Bases mitológicas e literárias do conceito grego de justiça. *Direito & Justiça*, v. 37, n. 1, jan.-jun. 2011.

SILVA, Juscelino. Têmis e Diké: a interpretação do mito articulado aos direitos da mulher ocidental. *Revista Jurídica*, v. 3, n. 1, 2012.

SILVA, Maria de Lourdes. A intencionalidade da consciência em Husserl. *Argumentos*, ano 1, n. 1, 2009.

SÓFOCLES, *Édipo Rei/Antígona*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2008 (Coleção obra-prima de cada autor, v. 99).

SOLOMON, Robert C. Justice v. Vengeance on law and the satisfaction of emotion. In: BANDES, Susan A. *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999.

Data de recebimento: 08/09/2018

Data de aprovação: 20/09/2019