

Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 36, n. 2
ISSN (eletrônico) N° 2447-8709

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

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

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Bruna Monique Machado Simões, Jéssica Yume Nagasaki e Jussara de Cesaro.

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. Marcílio Toscano Franca Filho – UFPB;

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

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

Pareceristas atuantes:

Adriana Ferreira Serafim de Oliveira – UNESP/ Rio Claro
Angélica Luciá Carlini – Universidade Metropolitana de Santos
Carlos Alberto Simões de Tomaz – UVV
Carina de Castro Quirino - UERJ
César Augusto – UFGD
Clara Cardoso Machado Jaborandy – Universidade Tiradentes/SE
Clarissa Tassinari - UNISINOS
Cláudio José Franzolin – PUC/CAMPINAS
Cláudio Ribeiro Lopes – UFMS
Cleide Calgaro – Universidade Caxias do Sul/RS
Cynthia Pereira de Araújo – Escola da Advocia-Geral da União em Minas Gerais
Daniel Francisco Nagao Menezes - MACKENZIE
Danielle Anne Pamplona – PUC/PR
Débora Gozzo - UNIFIEO
Eduardo de Carvalho Regê – CESUSC
Eduardo Henrique Lopes Figueiredo - UEL
Elias Jacob de Menezes Neto - UNISINOS
Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – PUC/CAMPINAS
Fernando Amorim – Centro Universitário CESMAC
Gianne Reis - UERJ
Gina Gouveia Pires de Castro - Univasf, IFPE, Uninassau
Henrique Mioranza Koppe Pereira – Universidade de Santa Cruz do Sul/RS
Henrique Weil Afonso – FADIC
Homero Lamarão Neto – CESUPA/PA
Isabelle Dias Carneiro Santos – NEWTON / UNA/ FAMINAS/BH
Joao Martins Bertaso – Universidade Regional Integrada/RS
João Maurício Martins de Abreu – PUC/RJ
João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira - UNICAP
Larissa Araújo Coelho - Universidade do Minho
Leonardo Gomes Penteado Rosa – UFLA

Leonel Pires Ohlweiler – UNISALLE/RS
Livio Pera - Università degli Studi di Sassari
Lucas Catib de Laurentiis – PUC/CAMPINAS
Luís Cesar Souza de Queiroz – UERJ
Maria de Fátima Pessôa Lepikson - UCSAL
Marcia Cristina de Souza Alvim – PUC/SP
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – UNIFOR
Oswaldo Ferreira de Carvalho – PUC/GO
Rafael Geraldo Magalhães Vezzosi
Renata Guimarães Franco - FUNORTE
Rodrigo Wasem Galia – UFSM
Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA
Sérgio Tibiriçá Amaral – ITE
Silvio Beltramelli –PUC/CAMPINAS
Tauã Lima Verdan Rangel – FAMESC
Thami Covatti Piaia – URI/RS
Vanderlei Martins -UERJ
Vinicius Parolin Wohnrath – UNICAMP
Vitor Amaral Medrado - UEM
Wagner Feloniuk – Centro Universitário Metodista
Wiliander França Salomão – Universidade de Itaúna/MG

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.fds.edu.br/posgraduacao/revista.php>

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 36, n. 2 (jul./dez. 2020)

Semestral 2020

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

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA FORTALECIDOS

Editores/as de um periódico consolidado – como é o caso da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – sabem o significado da publicação de um novo número para a comunidade acadêmica, em especial para autores e leitores. A expectativa de cada protagonista da Revista, quando da publicação de um novo número, é gigante e marca a concepção de uma obra que se consolida por meio da qualidade dos textos, construída por várias mãos, e que contou com a rigorosa avaliação ad hoc. Não se pode deixar de reconhecer a importância do trabalho da equipe técnica na preparação dos originais para a respectiva publicação. Este editorial busca evidenciar aspectos dos textos que fortalecem a linha editorial Constitucionalismo e Democracia.

Constitucionalismo e Democracia marcam estes manuscritos, que oferecem oportunidade para a reflexão cuidadosa sobre temas diversos mas com o condão de defesa dos direitos fundamentais, da mesma forma que o permanente intento de fortalecimento das instituições democráticas. O/a leitor/a percorrerá cada texto de acordo com o seu interesse, no entanto se recomenda, tanto quanto possível, o uso dos artigos em pesquisas em andamento, seja pela atualidade das análises, seja, principalmente, pela defesa do espírito constituinte.

O artigo “Colisão entre direitos fundamentais na prisão preventiva: o direito à liberdade em face do direito à segurança pública”, por exemplo, analisa o instituto da prisão preventiva sob a perspectiva da colisão entre direitos fundamentais, notadamente no embate entre o direito à liberdade e o direito à segurança pública. Por meio do materialismo histórico e da criminologia crítica, são apresentados argumentos em defesa da liberdade e da segurança pública, com destaque para a compreensão da prisão preventiva enquanto instrumento cautelar do processo penal e para a importância da aplicação da técnica da filtragem constitucional em casos de prisão preventiva. Em tempos de abuso de poder em muitas esferas da República, pensar os limites do sistema penal é necessário.

O manuscrito “Política de atendimento à pessoa idosa: a deliberação e efetivação das políticas públicas voltadas à melhor idade na atual conjuntura de crise” identifica a política de atendimento à pessoa idosa na contemporaneidade, permeando a legislação pertinente no país, bem como as principais políticas públicas implementadas pela esfera federal para esse estrato populacional. Por meio de pesquisa bibliográfica, o texto evidencia a necessidade de aprimoramento de políticas públicas na proteção de idosos. Referência direta ao constitucionalismo,

o manuscrito é também fundamental no contexto da pandemia do coronavírus, mesmo que esta não tenha sido objeto de análise.

“Pornografia de vingança’: vulnerabilidades femininas e poder punitivo” busca apresentar o fenômeno da pornografia de vingança a partir de um viés criminológico, tendo como ponto de ancoragem uma perspectiva feminista crítica ao poder punitivo. Há clara defesa do empoderamento feminino alternativo ao punitivismo que se contrapõe à vitimização. Trata-se de investigação bibliográfica que assume a perspectiva político-criminológica no enfrentamento, principalmente, da discussão que envolve a liberdade sexual feminina. Não se pode deixar de reconhecer a importância de pesquisas que enfrentam temas tão delicados como é o caso.

O artigo “A realidade do realismo”, por sua vez, analisa estudos empíricos, além de pesquisa bibliográfica, na busca de investigação da aproximação do realismo jurídico norte-americano com recentes descobertas da economia comportamental. A singularidade do estudo está na apresentação da psicologia como parte constitutiva da ciência econômica. Apresentam-se ainda dois recentes prêmios Nobel sobre o tema no artigo. É fundamental levar em consideração os estudos de Eduardo C. B. Bittar sobre a Teoria do Humanismo Realista, que considera mudanças radicais experimentadas pelo direito.

“Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras” procura demonstrar como as atuações do discurso de ódio e da psicologia das massas podem causar reflexos no âmbito penal. Abordando tema necessário no debate sobre democracia, em sentido amplo, mas com foco no direito penal, o texto evidencia considerações sobre a influência de determinados paradigmas sociais nas próprias relações interpessoais, gerando dissabores imorais, antiéticos e ilegais. A sociedade brasileira experimenta discursos de ódio em diferentes contextos, daí a urgência do manuscrito.

O manuscrito “Fins da pena no estado democrático de direito: ainda faz sentido defender o caráter preventivo da pena e a necessidade de ressocialização do condenado?” objetiva contribuir de maneira positiva para o debate trazendo para o leitor o necessário confronto entre a teoria e a prática, buscando, ao fim, extrair de ambas o que ainda resta como verdadeira essência da pena estatal. Há crítica contundente sobre a falta de adensamento, no âmbito do direito penal, quanto à função e à finalidade da pena.

“Direito ao esquecimento em casos criminais” discute o direito ao esquecimento como direito fundamental decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da proteção à personalidade. A análise se estabelece em casos em que a mídia viola a privacidade, a imagem e a intimidade dos egressos do sistema prisional com o argumento do direito à informação. Interessante avaliar o esquecimento no contexto do livro A memória, o esquecimento e o desejo, de Rogério Miranda de Almeida.

O artigo “Por que cuidar da saúde da mulher no sistema prisional?” assume a hipótese da falta de efetividade do sistema normativo para atendimento diferenciado à população feminina encarcerada. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, argumenta sobre a necessidade de priorização do atendimento à saúde da mulher, não sendo razoável aceitar argumentos sobre dificuldades orçamentárias, crise fiscal e complexidade do sistema prisional. O atendimento à mulher é dever do Estado e compromisso de toda a sociedade. A cultura machista estabelecida tem oportunidade de ser repensada por meio do manuscrito.

“A ação de classe especial como instrumento de soberania econômica: uma análise do caso brasileiro” analisa a ação de classe especial como instrumento para a soberania econômica do país. Questionando se uma *joint venture* estabelecida entre uma empresa estrangeira e uma empresa estatal representa um risco à soberania nacional, o artigo apresenta como conclusão que há possibilidade de imposição do uso do poder de veto pelo Poder Executivo, em caso de omissão do Congresso Nacional, e subsidiariamente pelo Poder Judiciário, em decorrência do caráter impositivo do princípio constitucional da soberania econômica.

O manuscrito “Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos” trata dos direitos de minorias em contextos instáveis por meio da análise da ascensão de movimentos conservadores que colocam a democracia em risco. O objetivo é contextualizar tais temáticas à luz da proteção de grupos minoritários e a adoção do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais como mecanismo de tutela nos cenários de crise. O resultado evidencia a importância e o protagonismo que têm o Direito e sua função social na garantia da vida civilizada. Se o direito exerce o papel de emancipar os cidadãos, enfrentar a vulnerabilidade de grupos minoritários, esse é um assunto urgente e necessário.

“Sobre o povo: do debate Kelsen-Schmitt a Agamben, Freud e Laclau”, que resulta de pesquisa bibliográfica, analisa o conceito de povo a partir de diferentes perspectivas. O objetivo deste trabalho é deslocar a investigação daquele conceito entre os âmbitos jurídico, filosófico e psicossociológico, baseando-se em um referencial teórico constituído por textos dos autores mencionados. Atual e relevante o tema, investigado neste artigo por clássicos do pensamento.

O texto “Judicialização do direito à saúde: críticas administrativa e financeira” examina as críticas, sob viés administrativo e financeiro, à judicialização do direito à saúde por meio de voto de ministro do Supremo Tribunal Federal. Com base em pesquisa bibliográfica, o artigo explora o direito à saúde como direito social fundamental garantido pela Constituição Republicana de 1988. Pensar os limites do ativismo judicial é necessário para a preservação da democracia e do estado democrático de direito.

“Implementação da convenção de Nova Iorque no Brasil e do mundo: desafios” busca analisar a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no direito internacional e no direito brasileiro. Por meio de pesquisa bibliográfica, o artigo evidencia que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo demandam um esforço global para sua efetivação.

O artigo “Estudo crítico da construção e do conteúdo das agendas brasileiras para o trabalho decente”, por sua vez, examina o processo de construção e o conteúdo das agendas brasileiras de trabalho decente elaborados a partir da cooperação técnica entre o governo brasileiro e a OIT, em confronto com os parâmetros adotados por essa Organização. Por meio de pesquisa bibliográfica, o texto evidencia que a confecção e o conteúdo dessas agendas denotam um distanciamento dos padrões estabelecidos pela OIT na consideração do frágil diálogo social em relação aos participantes. O trabalho decente deve ser objeto de mais estudos, sobretudo no contexto da pandemia do coronavírus, embora esta não configure o objeto do texto.

O manuscrito “A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann” busca esclarecer a discussão acerca do funcionamento e da evolução da teoria de sistemas. Por meio de pesquisa bibliográfica, o texto evidencia que a sociedade atual, global, que se consubstancia pela comunicação dos sistemas, na perspectiva de Luhmann, permite avançar por meio da crítica social na apresentação de diagnóstico contundente sobre a sociedade capitalista. É fundamental o enfrentamento de problemas em sociedades democráticas por meio de teorias; a dos sistemas, na argumentação apresentada, é especialmente interessante pela temática relativa à sociedade capitalista.

“Democracia e emergência na América Latina – um novo paradigma do coronavírus” analisa a ascensão de regimes de exceção democrática fundados na emergência sanitária mundial causada pela Covid-19. O texto examina criticamente seis questões de relevância pública e institucional sobre o comportamento das autoridades estatais na América Latina na época da crise da pandemia da Covid-19, com o propósito de explicitar a erosão democrática vivida na região. O esforço de pensar algo que estamos vivendo, sem o tempo de maturação, no caso a pandemia do coronavírus, é arriscado e, paradoxalmente, essencial.

O artigo “O direito adquirido (pela metade?) à aposentadoria por tempo de contribuição na Emenda Constitucional 103/19” analisa aspecto específico da reforma previdenciária, qual seja, o tempo de contribuição. Por meio de pesquisa bibliográfica, o ensaio conclui que os segurados possuem não apenas o direito adquirido à aposentadoria, mas também o direito adquirido à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para afastar a incidência do Fator Previdenciário. No contexto do constitucionalismo, trata-se de reflexão fundamental para o aprimoramento da democracia.

O manuscrito “A constitucionalidade da presença de símbolos religiosos em prédios públicos” investiga se a exibição de símbolos religiosos em edifícios públicos viola a laicidade do Estado brasileiro. Não se pode ignorar a presença do fenômeno religioso nas instituições da República. O Executivo e o Legislativo têm se aproveitado da força social das religiões para influenciar e até mesmo conceber políticas públicas. Nesse sentido, o princípio da neutralidade deve ser interpretado como uma norma que determina a tomada de ações que efetivamente garantam a liberdade religiosa.

“Democracia e política em tempos de fake news” apresenta o tema das notícias falsas no contexto das redes sociais e dos processos eleitorais. Sabe-se por meio de diversas demandas judiciais que o acesso à informação passou a disseminar na política o ódio a grupos e minorias, além de dividir opiniões em “bolhas”, impedindo o convívio com a diversidade e sinalizando a necessidade de uma educação digital para a população brasileira. Tema também muito pertinente para o constitucionalismo e a democracia, na medida em que a defesa da liberdade de expressão não autoriza o cometimento de crimes.

O artigo “A relativização da impenhorabilidade da remuneração, sob a ótica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do direito comparado, apresenta o tratamento dado pelo Código de Processo Civil à questão da impenhorabilidade, especialmente da remuneração em sentido lato sensu, em comparação ao que era previsto no Código de Processo Civil de 1973. Por meio de pesquisa bibliográfica, demonstra-se, como resultado, a forma como o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado essa questão, com destaque para a possibilidade de se penhorar salário fora das hipóteses dispostas no § 2º do art. 833 do CPC.

Os temas são variados, no entanto todos percorrem a linha editorial Constitucionalismo e Democracia. É nesse sentido que se pode argumentar, sobre o fortalecimento da linha editorial, que coincide com demandas urgentes para o aprimoramento dos debates jurídicos na sociedade brasileira. Deseja-se ótima leitura e, principalmente, o uso dos textos em suas pesquisas em andamento.

Samuel Mendonça
(PUC Campinas/CNPq)

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial	III
A ação de classe especial como instrumento de soberania econômica: uma análise do caso brasileiro	1
<i>The golden share as an instrument of economic sovereignty: an analysis of the brazilian case</i>	
Rodrigo Oliveira Salgado ■ Fábio Sampaio Mascarenhas ■ Marcus Vinicius Silva de Oliveira	
A constitucionalidade da presença de símbolos religiosos em prédios públicos	29
<i>The constitutionality of religious symbols in public buildings</i>	
Lucas Catib de Laurentiis ■ Guilherme Cosimato de Vasconcelos	
A realidade do realismo	45
<i>The reality of realism</i>	
João Paulo Forni / Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
A relativização da impenhorabilidade da remuneração, sob a ótica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do direito comparado	59
<i>The relivalization of remuneration's impenhorability, from the perspective of the jurisprudence of the Superior Court of Justice and compared law</i>	
Paulo Henrique da Silveira Chaves ■ Pedro Henrique Pereira Chaves	
A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann	77
<i>Niklas Luhmann's social system theory</i>	
João Paulo Bachur	
Colisão entre direitos fundamentais na prisão preventiva: o direito à liberdade em face do direito à segurança pública	95
<i>Collision between fundamental rights in preventive prison: the right to freedom compared to que right to public security</i>	
André Peixoto de Souza ■ Lucas Cavini Leonardi	
Democracia e emergência na América Latina – um novo paradigma do coronavírus	113
<i>Democracy and emergency in Latin America –a new coronavirus paradigm</i>	
Daniel Francisco Nagao Menezes	

Democracia e política em tempos de fake news.....	127
<i>Democracy and politics in times of fake news</i>	
Amanda de Souza Camargo ■ Carolina Piccolotto Galib ■ Luís Renato Vedovato ■ Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini ■ Viviane de Arruda Pessoa Oliveira	
Direito ao esquecimento em casos criminais	137
<i>Right to be forgotten in criminal cases</i> Túlio Vianna	
Jamilla Monteiro Sarkis	
Discurso de ódio e psicologia das massas: o poder destrutivo das palavras.....	153
<i>Hate speech and mass psychology: the destructive power of words</i>	
Gilberto Giacoia ■ João Ricardo dos Santos	
Estudo crítico da construção e do conteúdo das agendas brasileiras para o trabalho decente	173
<i>Critical study on the construction and content of brazilian agendas for decent work</i>	
Silvio Beltramelli Neto ■ Isadora Rezende Bonamim	
Fins da pena no estado democrático de direito: ainda faz sentido defender o caráter preventivo da pena e a necessidade de ressocialização do condenado?	209
<i>The purpose of the penalty in the democratic state of law: still makes sense to defend the preventive character of the penalty and the need for the release of the convicted?</i>	
Pedro Henrique Demercian ■ Tiago Caruso Torres	
Implementação da Convenção de Nova Iorque no Brasil e no mundo: desafios	227
<i>Implementation of the New York Convention in Brazil and the world: challenges</i>	
Alexandre Coutinho Pagliarini ■ Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira	
Judicialização do direito à saúde: críticas administrativa e financeira	245
<i>Judicialization of the right to health: administrative and financial criticism</i>	
Eliana Maria de Souza Franco Teixeira	
O direito adquirido (pela metade?) à aposentadoria por tempo de contribuição na Emenda Constitucional 103/19	265
<i>The right acquired (by half?) to retirement in Constitutional Amendment 103/19</i>	
Vinícius Pacheco Fluminhan	
Política de atendimento à pessoa idosa: a deliberação e efetivação das políticas públicas voltadas à melhor idade na atual conjuntura de crise	279
<i>Policy of the older person: the deliberation and effectiveness of public policies returned to the best age in the current conjuncture of crisis</i>	
Robson Leandro Soda ■ Rosane Teresinha Carvalho Porto	

Por que cuidar da saúde da mulher no sistema prisional?.....	297
<i>Why care for women's health in the prison system?</i>	
Camila Soares Cardoso Matos ■ José Carlos Francisco	
“Pornografia de vingança”: vulnerabilidades femininas e poder punitivo.....	317
<i>Revenge pornography: women's vulnerabilities and law enforcement</i>	
Augusto Jobim do Amaral ■ Gabriela Ferreira Dutra ■ Liziane da Silva Rodríguez	
Sobre o povo: do debate Kelsen-Schmitt a Agamben, Freud e Laclau	339
<i>On people: from the Kelsen-Schmitt debate to Agamben, Freud and Laclau</i>	
Lucas Bertolucci Barbosa de Lima ■ Marcos César Botelho	
Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos	363
<i>Vulnerability of minority groups between crisis and rights protection scenarios</i>	
Arthur Ramos do Nascimento ■ Fernando de Brito Alves	

A AÇÃO DE CLASSE ESPECIAL COMO INSTRUMENTO DE SOBERANIA ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

THE GOLDEN SHARE AS AN INSTRUMENT OF ECONOMIC SOVEREIGNTY: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE

Rodrigo Oliveira Salgado*

Fábio Sampaio Mascarenhas**

Marcus Vinicius Silva de Oliveira***

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise da ação de classe especial como instrumento para a soberania econômica do país. Questiona-se por meio dela se, juridicamente, há possibilidade de imposição de uso, ao Poder Executivo, do poder de veto inerente à ação de classe especial nos casos em que uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma empresa estatal represente um risco à soberania nacional. A hipótese é que com base no princípio da soberania econômica (art. 170, I), há uma obrigação expressa à administração ao veto, no caso em que uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma empresa nacional, prejudique o mercado interno (art. 219). Adota-se como método de análise a verificação bibliográfica dedutiva, somada à análise indutiva do caso mais relevante em que se propôs a extinção de uma ação de classe especial no Brasil: a *joint venture* entre a Embraer e a Boeing. Concluiu-se que nos casos em que uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma

* Doutor e mestre em Direito Econômico pelo programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Nove de Julho. Advogado. E-mail: rodrigo.salgado@mackenzie.br.

** Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Municipal pela Escola Paulista de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e consultor tributário em São Paulo. E-mail: fabiomascarenhas@usp.br.

*** Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Consultor Tributário em São Paulo. E-mail: mvsoliveira7@hotmail.com.

empresa nacional representar um risco à soberania econômica, há possibilidade de imposição de uso do poder de veto ao Poder Executivo, em caso de omissão ao Congresso Nacional e subsidiariamente ao Poder Judiciário, em decorrência do caráter impositivo do princípio constitucional da soberania econômica.

Palavras-chave: *Golden Share*. Soberania econômica. Paralelismo das formas.

ABSTRACT

This article aims to analyze the golden share as an instrument for the economic sovereignty. It argues if, legally, there is a possibility of imposition of the veto power, inherent in the golden share, considering the Brazilian constitutional-economic order. In front of these questions, it is hypothesized based on the principle of economic sovereignty (article 170, I), there is an express obligation to the veto, in case of a corporate reorganization (merger, acquisition, joint venture, etc.) of a foreign company with a national state-owned company, is detrimental to the internal market (article 219). It uses as its method the deductive bibliographic verification, added to the inductive analysis of the most relevant case in which it was proposed to terminate a golden share in Brazil: the joint venture between Embraer and Boeing. It concludes that in cases where a joint venture of a foreign company with a national company represents a risk to economic sovereignty, there is the possibility of imposing the use of veto power on the Executive Power, in case of omission in the National Congress and in the alternative. Judiciary, due to the enforceable nature of the constitutional principle of economic sovereignty.

Keywords: Golden Shares. Economic sovereignty. Parallelism of forms.

INTRODUÇÃO

No dia 05 de julho de 2018, representantes da empresa brasileira EMBRAER e da empresa norte-americana BOEING assinaram um memorando de entendimentos que consubstancia um fechamento de uma *joint venture* dialogada desde o ano anterior entre as companhias¹. Nele, prevê-se a criação de uma empresa da área de aviação comercial, que tinha como divisão de seu capital social a proporção de oitenta por cento para a empresa norte-americana e vinte por cento à brasileira, o que dava o controle a primeira, além de uma *joint venture* na área de defesa.

Frente a tal cenário, o presente artigo, diante da dimensão do caso, pretende analisar a relevância do instrumento da ação de classe especial para a soberania

¹ Vale ressaltar que a operação foi apresentada pelas companhias como sendo um conjunto de *joint ventures*. Porém, nada indica que seja impossível tratar a operação como uma aquisição indireta da Embraer pela Boeing.

econômica nacional². Para tanto, dois questionamentos são levantados: (i) é possível juridicamente, no que tange ao poder de veto inerente da ação de classe especial³, considerando a ordem constitucional-econômica brasileira, uma omissão do Poder Executivo Federal? (ii) caso essa omissão ocorra, o Congresso Nacional teria competência para analisá-la?

Diante de tais questionamentos, tem-se como hipótese que com base no princípio da soberania econômica (art. 170, I), há uma obrigação expressa à administração ao veto, no caso em que uma *joint venture* ou uma reorganização societária (fusão, aquisição, *cisão*, etc.) de uma empresa estrangeira com uma estatal nacional, prejudique o mercado interno (art. 219). Caso essa obrigação não seja exercida, caberá ao Congresso Nacional, por força do princípio do paralelismo das formas, e como expressão da soberania popular, essa designação. Restando ainda, ao Poder Judiciário, no exercício do poder subsidiário que lhe cabe, uma última decisão para a proteção da soberania econômica.

A fim de corroborar, ou não, essa hipótese, têm-se no primeiro item aportes sobre o surgimento da *golden share* frente à conjuntura que motivou essa criação. No segundo item, delinea-se o contexto que motivou o surgimento da ação de classe especial no Brasil. Por fim, destaca-se com maior detalhamento o caso Embraer-Boeing e os dispositivos constitucionais relevantes à soberania econômica, de modo a explicitar a intrínseca relação entre a extinção de uma *golden share* e a violação desses dispositivos.

A ORIGEM DAS AÇÕES DE CLASSE ESPECIAL (GOLDEN SHARES) E O NEOLIBERALISMO

A Ação de Classe Especial, ou *golden share*, é um mecanismo que tem por função a realização da transferência do controle societário das companhias

² Aqui a expressão soberania econômica nacional aparece, em diálogo com o que propõe Gilberto Bercovici, como a supremacia de um Estado-Nação caracterizada pela expressão da vontade do povo, manifestada por um poder constituinte e consubstanciada pela Constituição, em sua dimensão econômica. Na Constituição Federal de 1988, a soberania econômica é representada sobretudo pelo postulado da soberania nacional no capítulo referente à Ordem Econômica (art. 170, I), mas o termo também aparece como um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo. Quarter Latin, 2008, p. 22-24. Não se pretende aqui esgotar a discussão histórica das *golden shares*, ou mesmo verificar todos os poderes relativos ao instrumento. Portanto, os questionamentos trazidos têm como foco a ‘ação de ouro’ como instrumento de soberania econômica do país. A questão específica acima se torna extremamente contemporânea e relevante visto o cenário acima descrito.

³ O poder de veto no Brasil é uma reserva que se confere à União para decidir sobre assuntos estratégicos e de interesse nacional dentro das empresas privatizadas. Assim, mesmo após concretizada uma privatização, em decorrência do interesse público e da soberania nacional, teria a União por meio da ação de classe especial o poder de vetar determinadas decisões que fossem contrárias ao interesse do país.

estatais, mantendo sob controle do Estado poderes que resguardem os interesses nacionais, de modo a impedir a participação de empresas estrangeiras em setores estratégicos da economia, por isso designada “ação de ouro”. Na prática, a ação se constituía de um título acionário que representava uma unidade do capital social, de forma a atribuir ao Estado, seu titular, prerrogativas especiais, desproporcionais a sua participação, a fim de impedir o ingresso de acionistas estrangeiros na companhia, satisfazendo assim o interesse público⁴.

A compreensão da sua importância é intrinsecamente associada à conjuntura histórica em que a ação se estabeleceu. Seu surgimento se dá na década de 1970, em um contexto de avanço da financeirização⁵ e do neoliberalismo⁶, momento em que as privatizações entraram no debate global por meio da premissa

⁴ KRUEGER, Juliana. *Origem e desenvolvimento das Golden Shares*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 187-238 jan./dez. 2008, p. 186.

⁵ O debate internacional sobre a financeirização do capital é extenso. Como aponta Gerald Epstein, há ao menos três vertentes de entendimento sobre o fenômeno: os que entendem como o controle político da classe rentista sobre as demais, na linha de Hiefferding; aqueles que percebem a financeirização como a dominância dos sistemas financeiros dos mercados de capitais, e; aqueles que entendem como sendo a dominância do *shareholder value* sobre a gestão corporativa. Para todo o debate, vide EPSTEIN, Gerald E. *Financialization and the World Economy*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2007, especialmente as páginas 3 e 4.. Vide também sobre a financeirização: BRAGA, José Carlos de S. “Financeirização Global: o padrão sistêmico de riqueza do capitalismo contemporâneo”. In: TAVARES e FIORI (Orgs.). *Poder e Dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 196; KRIPPNER, G. *The financialization of the American economy*. *Socio-Economic Review*, 3, 2005, pp. 173-208; CHESNAIS, François. *A Finança Mundializada: raízes sociais e políticas, configuração, consequências*. São Paulo, Boitempo, 2005, pp. 35-36; PAULANI, Leda Maria. Não há saída sem a reversão da financeirização. *Estud. av.*, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 29-35, abril 2017, pp. 30-32; WILLIAMSON, J. What Washington Means by Policy Reform. In: WILLIAMSON, J. (Org.). *Latin American Adjustment: How Much has Happened?* Washington: Institute for International Economics, 1990, pp. 7-8; VICENTE, Maximiliano Martin. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 127.

⁶ Uma visão interessante para definir o neoliberalismo é a de Octavio Ianni ao explicar que: “O neoliberalismo compreende a liberação crescente e generalizada das atividades econômicas, englobando produção, distribuição, troca e consumo. Funda-se no reconhecimento da primazia das liberdades relativas às atividades econômicas como pré-requisito e fundamento da organização e funcionamento das mais diversas formas de sociabilidade, compreendendo não só as empresas, corporações e conglomerados, mas também as mais diferentes instituições sociais. “Neo” liberalismo porque se impõe e generaliza em escala mundial, alcançando inclusive os países nos quais se havia experimentado ou continua a se experimentar o regime socialista ou o planejamento econômico centralizado. Sob o neoliberalismo, reforma-se o Estado tanto dos países que se haviam organizado em moldes socialistas como os que sempre estiveram organizados em moldes capitalistas. Realizam-se a desregulamentação das atividades econômicas pelo Estado, a privatização das empresas produtivas estatais, a privatização das organizações e instituições governamentais relativas à habitação, aos transportes, à educação, à saúde e à previdência. O poder estatal é liberado de todo e qualquer empreendimento econômico ou social que possa interessar ao capital privado nacional e transnacional.”. IANNI, Octávio. *Globalização e Neoliberalismo*. São Paulo em Perspectiva, 12, 1998, pp. 27-28.

de que ao transferir aos particulares o controle de empresas estatais, adicionaria aos seus ativos maior valor e aumentaria, em corolário, seu bem-estar agregado⁷.

Diante de tal função, o primeiro lugar a adotar, no ano de 1979 a *golden share* foi o Reino Unido de Margareth Thatcher. Naquele contexto, o grande fator para a aplicação da *golden share* foi a influência das ideias neoliberais que pregavam a necessidade de diminuir os gastos públicos, sobretudo em decorrência da crise econômica que enfrentou o Reino Unido entre o final da década de 1970 e o início da década de 1980. Essa influência se demonstra também na pretensão do governo de diminuir a intervenção estatal seja na administração das empresas, seja no poder sindical de trabalhadores estatais. Além das premissas de competitividade e eficiência a que deveriam cumprir as empresas estatais; da dispersão da propriedade acionária pelos trabalhadores e a redução dos empréstimos concedidos pelo *Public Sector Borrowing Requirement (PSBR)*⁸.

Assim, frente a esse cenário de diminuição do intervencionismo estatal, a *golden share* representou um influente mecanismo jurídico de proteção dos interesses estatais em diversos casos de privatização que lá ocorreram. Como exemplos podem ser mencionados o caso da *British Aerospace*, em 1981, da *Cable & Wireless*, também em 1981, da *Amersham International*, em 1982, da *Britoil*, em 1982, da *Sealink*, em 1984, da *Enterprise Oil*, em 1984, da Jaguar, em 1984, da *British Telecom*, em 1984, da *British Gas*, em 1986, da *Rolls-Royce*, em 1987, da *British Airports Authority*, em 1987, da *British Petroleum*, em 1987, da *National Power*, em 1993, e da *British Steel*, em 1998⁹.

⁷ KRUEGER, Juliana. Origem e Desenvolvimento das Golden Shares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103, p. 187-238, jan./dez. 2008, p. 188.

⁸ KRUEGER, Juliana. *Origem e Desenvolvimento das Golden Shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103 p. 187-238 jan./dez. 2008, p. 186.

⁹ “A Inglaterra foi pioneira na adoção da política de privatização, tendo privatizado a BT logo no início da década de 1980, como apresentado na figura a seguir. A Argentina seguiria pelo mesmo caminho alguns anos depois, privatizando sua empresa de telefonia no início da década de 1990. Ao contrário da Inglaterra, que abdicou da *golden share* apenas em 1997 e adotou um modelo de venda gradual, a Argentina não optou por manter ações de classe especial após a privatização do controle acionário. Por seu turno, França e Brasil privatizaram suas empresas apenas na segunda metade dos anos 1990, quando o ambiente de concorrência internacional já estava mais claro e se podia aproveitar da experiência dos países pioneiros. Na França, entretanto, a privatização foi apenas parcial. A societização da empresa, como foi chamado na época, lembra de certa forma o modelo adotado no Brasil antes da privatização.” FERRAZ, Alexandre Sampaio. Privatização e processo decisório. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 425-469, June 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000200005&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Aug. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582009000200005>; COX, Gary. (1987), *The Efficient Secret: The Cabinet and the Development of Political Parties in Victorian England*. New York/London, Cambridge University Press; LIJPHART, Arendt. (1999), *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty Six Countries*. New Haven, Yale University Press.

A origem do conceito de poder de veto se confunde com a origem da própria ação, por ser desta uma característica intrínseca. Surge ele no Reino Unido como uma atribuição ao Estado de vetar a dissolução de uma empresa estatal ou a criação de novas ações. O exemplo mais clássico do exercício desse poder naquele país, foi na aquisição da *Britoil* pela *British Petroleum* no ano de 1987. Naquela oportunidade, frente a esse obstáculo gerado pela ação, houve um acordo político para firmar a aquisição¹⁰.

Um outro país de referência para a compreensão dessa ação foi a França em que a chamada *action spécifique* foi instituída pela Lei n. 86. 912 de 06 de agosto de 1986, no contexto da primeira etapa do programa francês de privatizações datado entre 1986 e 1988, com os objetivos de diminuição do déficit público e promoção do desenvolvimento de um *capitalisme populaire*, ligado ao mercado de valores mobiliários. Alguns exemplos práticos de sua aplicação ocorreram na *Société National Elf-Aquitaine*, em 1986, na *Compagnie des Machines Bull*, em 1987, na *Agence Havas*, também em 1987 e na *Société Matra*, também em 1987, da *Thomson S.A* e da *Thomson CSF*, em 1997¹¹.

A chamada *action spécifique*, por meio do artigo 7º, da Lei n. 93.923, garantiria ao Estado francês o poder de veto nas deliberações que envolvessem cessão ou oneração de ativos da companhia, capazes de atentar contra os interesses nacionais, veto esse que poderia ser exercido segundo procedimento previsto no Decreto n. 93.1296¹².

Na Itália, a chamada *poteri speciali* surgiu por meio do Decreto-Lei n. 332, de 31 de maio de 1994, alterado e convertido na Lei n. 474, de 30 de julho de 1994. A grande inovação do modelo italiano refere-se a não dependência de titularidade da

¹⁰ FERRAZ, Alexandre Sampaio. Privatização e processo decisório. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 425-469, June 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000200005&lng=en&nrm=iso>. access on 20 Aug. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582009000200005>; COX, Gary. (1987), *The Efficient Secret: The Cabinet and the Development of Political Parties in Victorian England*. New York/London, Cambridge University Press; LIJPHART, Arendt. (1999), *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty Six Countries*. New Haven, Yale University Press; KRUEGER, Juliana. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103 p. 195-238 jan./dez. 2008, p. 188.

¹¹ BORDE, Dominique; PONCELET, Aline. Le nouveau programme de privatisation français de 1993 une importante evolution des techniques de mise en vente sur les marchés financiers. *Rivista delle Società*, milano, n. 39, fasc. 1-2, p. 269-302, genn./apr. 1994; KRUEGER, Juliana. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103 p. 218-238 jan./dez. 2008, p. 199.

¹² BORDE, Dominique; PONCELET, Aline. Le nouveau programme de privatisation français de 1993 une importante evolution des techniques de mise en vente sur les marchés financiers. *Rivista delle Società*, milano, n. 39, fasc. 1-2, p. 269-302, genn./apr. 1994; KRUEGER, Juliana. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103 p. 218-238 jan./dez. 2008, p. 199.

empresa privatizada das ações que integralizavam o capital social. Previa-se também no instituto que antes da transferência do controle acionário da empresa estatal aos particulares, especificamente nos setores de defesa, transporte, telecomunicações, energia e outros serviços públicos, poderia haver uma submissão à reforma estatutária, a fim de inserir no estatuto social uma cláusula com um *poteri speciali*, sendo designação do Conselho de ministros determinar quais sociedades se sujeitariam a essa reforma. Três casos paradigmáticos do instituto foram os casos da privatização da Eni s.p.a, em 1995, da Stet, s.p.a, e da Telecom Itália s.p.a em 1997¹³.

No *poteri speciali* italiano previa-se o veto nas deliberações que tivessem por objeto a dissolução, cisão ou fusão da companhia, a transferência de estabelecimento empresarial, a mudança da sede social para o exterior, a alteração do objeto social e a modificação da cláusula estatutária relativa aos *poteri speciali* (cf. alínea “c” do art. 2, comma 1, do Decreto-lei n. 332)¹⁴.

Desse modo, os exemplos externos mais relevantes da utilização da “ação de ouro” estão contextualizados em um cenário neoliberal, em que a diminuição da intervenção estatal acompanhada de privatizações de empresas que atuam em setores econômicos estratégicos, ameaça o interesse público. No Brasil, esse processo possui características similares. Com o avanço do neoliberalismo no país a partir da década de 1990 é incluída no Programa Nacional de Desestatização (PND) a previsão legal da Ação de Classe Especial.

Desse modo, no item a seguir abordaremos de que modo se deu o avanço do neoliberalismo no Brasil, de modo a contextualizar a inserção na década de 1990 da ação em nosso ordenamento jurídico.

¹³ Conforme sintetiza Juliana Kruger: “ (...) Competiria, porém, ao ministro da Fazenda, ouvidos alguns outros ministros, especificar, em decreto, os poderes que se pretendia assegurar ao Estado, dentre os (i) direito de aprovar previamente (gradimento) a aquisição de participação relevante na companhia a ser privatizada, participação essa correspondente a pelo menos % do capital votante (cf. alínea “a” do art. 2, comma 1, do Decreto-lei n.332); (ii) direito de aprovar a celebração de acordos ou pactos para-sociais que envolvessem ações com direito a voto representativas de, no mínimo, % do capital votante (cf. alínea “b” do mesmo dispositivo); (iii) veto nas deliberações que tivessem por objeto a dissolução, cisão ou fusão da companhia, a transferência de estabelecimento empresarial, a mudança da sede social para o Exterior, a alteração do objeto social e a modificação da cláusula estatutária relativa aos *poteri speciali* (cf. alínea “c” do art. 2, comma 1, do Decreto-lei n.332); (iv) eleição de no mínimo um administrador da companhia, observado o limite de um, quarto dos membros do Conselho de administração, e de um membro do Conselho Fiscal (cf. alínea “d” do mesmo dispositivo)”. KRUEGER, Juliana. *Origem e desenvolvimento das golden shares*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 215-238 jan./dez. 2008, p. 203.

¹⁴ BELVISO, Francesco. *La nomina da parte dello stato degli amministratori delle società privatizzate* (art. 2, comma 1º, lett. d legge n. 474/1994). In: maRaSÀ, gioio (Org.). *Profili giuridici delle privatizzazioni*. torino: g. giappichelli editore, 1997. pp. 103-110. SODI, Jacopo. *Poteri speciali, golden share e false privatizzazioni. rivista delle società*, milano, n. 41, fasc. 2-3, p. 368-404 mar./giugno 1996. p. 377; KRUEGER, Juliana. *Origem e desenvolvimento das golden shares*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 218-238 jan./dez. 2008, p. 204.

O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND) E O SURGIMENTO DAS AÇÕES DE CLASSE ESPECIAL NO BRASIL

No início da década de 1990, ao término do governo de José Sarney (1985-1990), o debate desenvolvimentista era visto como sinônimo de atraso. O Estado era tido como ineficiente, inclusive em setores estratégicos, em contraponto a uma iniciativa privada que aparecia como representação do dinamismo e da eficiência. O momento era marcado politicamente pela posse de Fernando Collor – primeiro presidente eleito desde 1960 – a inflação superava os 80% ao mês e a economia encontrava-se estagnada. O discurso de Collor foi pautado em denunciar a corrupção, atender às camadas desfavorecidas da sociedade e promover reformas estruturais. No entanto, tais reformas romperam com o modelo brasileiro baseado em elevada intervenção estatal e proteção tarifária¹⁵.

Lavínia Barros Castro afirma que os planos econômicos Collor I e II não somente fracassaram em eliminar a inflação, como, também, resultaram em recessão e perda de credibilidade das instituições de poupança. Esse “processo de reformas” iniciado no governo Collor, teve continuidade no governo Itamar Franco (1992-1995), este, responsável por estabelecer as bases do programa de estabilização que marcou o governo Fernando Henrique Cardoso¹⁶.

O período denotou uma mudança do modelo de desenvolvimento que se inicia sobretudo na década de 1970, momento em que, conforme aduz André Ramos Tavares, houve um declínio da força do Estado para implementar suas decisões, que ganhou contornos dramáticos diante da chamada “globalização econômica” e da sua intensa mobilidade responsável por promover a força do capital internacional¹⁷.

¹⁵ COSTA, Glória Maria Moraes da. O BNDES nos Anos 1987-1990. *Memórias do Desenvolvimento*, ano 5, n. 5, pp. 61-106, 2016, p. 74.

¹⁶ CASTRO, Lavínia Barros. *Privatização, Abertura e Desindexação: A primeira metade dos anos 90*. In: *Economia Brasileira Contemporânea (1995-2014)*. Editora Campos Elsevier, 2005. pp. 139-142.

¹⁷ TAVARES, André Ramos, “Fações privadas e política econômica não-democrática da ditadura brasileira”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, maio/agosto 2015, pp. 1047-1066; Vide também: CASTRO, Lavínia Barros. *Privatização, Abertura e Desindexação: A primeira metade dos anos 90*. Em: *Economia Brasileira Contemporânea (1995-2014)*. Editora Campos Elsevier, 2005, p. 143. Vide também: CASTRO, Lavínia Barros. *Privatização, abertura e desindexação: a primeira metade dos anos 90*. Em: *Economia Brasileira Contemporânea (1995-2014)*. Editora Campos Elsevier, 2005, p. 143. Para um aprofundamento nas questões da globalização e financeirização vide: SANTOS, C.R.S; SANFELICI, Daniel. Caminhos da produção financeirizada do espaço urbano: a versão brasileira como contraponto a um modelo. *Cidades (Presidente Prudente)*, v. 12, p. 4-34, 2016, p. 7; BRAGA, José Carlos de S. “Financeirização Global: o padrão sistêmico de riqueza do capitalismo contemporâneo”. In: TAVARES e FIORI (Orgs.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 196; KRIPPNER, G. *The financialization of the Ame-*

No âmbito legislativo, por meio da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, criou-se o Programa Nacional de Desestatização (PND). Nele, contava-se como objetivos fundamentais a reordenação da posição estratégica estatal perante o domínio econômico, por meio de transferência à iniciativa privada de atividades supostamente mal exploradas pelo poder público; a redução da dívida pública, de modo a concorrer para sanear as finanças do setor público, por meio de retomada dos investimentos nas empresas privatizadas; a contribuição para a modernização do parque industrial brasileiro, de modo a ampliar sua competitividade e reforçar a capacidade empresarial nos vários setores da economia; a limitação da concentração dos esforços da administração pública nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e a contribuição para que o mercado de capitais fosse fortalecido, por meio do acréscimo de ofertas de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que seriam privatizadas¹⁸.

No que tange à Ação de Classe Especial, essa lei dispõe competência da Comissão Diretora para a criação da ação (artigo 6º, XIII)¹⁹, que seria subscrita pela União (artigo 6º, § 2º)²⁰. Além disso, em seu artigo 8º, destaca-se a previsão de que sempre que houvessem razões que o justifiquem, a União deteria, direta ou indiretamente, ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe conferiam poder de veto em determinadas matérias, as quais deveriam ser caracterizadas nos estatutos sociais das empresas. Esse dispositivo legal foi posteriormente regulamentado pelo Decreto n. 1.204, de 29 de julho de 1994, que dispôs em seu artigo 43 no sentido de que ainda que houvesse razões que justificasse, a União deteria ações de classe especial do capital social de sociedade privatizada, que confeririam poder de veto de determinadas matérias previstas no estatuto²¹.

rican economy. Socio-economic Review, 3, 2005, pp. 173-208; CHESNAIS, François. *A finança mundializada: raízes sociais e políticas, configuração, consequências*. São Paulo: Boitempo, 2005, pp. 35-36; PAULANI, Leda Maria. Não há saída sem a reversão da financeirização. *Estud. av.*, São Paulo, v. 31, n. 89, p. 29-35, abril 2017, pp. 30-32; WILLIAMSON, J. What Washington Means by Policy Reform. In: WILLIAMSON, J. (Org.). *Latin American Adjustment: How Much has Happened?* Washington: Institute for International Economics, 1990, pp. 7-8; VICENTE, Maximiliano Martin. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 127; FURTADO, Celso. A Reconstrução do Brasil. *Folha de São Paulo*, domingo, 13 de junho de 1999. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi13069914.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990; Revogada pela Lei n. 9.491 de 1997.

¹⁹ “Art. 6º Compete à Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização. (...) XIII – sugerir a criação de ações de classe especial e as matérias que elas disciplinarão, nas condições fixadas nos §§ 1º e 2º deste artigo.

²⁰ “Art. 6º Compete à Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização. (...) § 2º A ação de classe especial somente poderá ser subscrita pela União”.

²¹ Vide nesse sentido também a Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997 atribuiu um maior poder a ação de classe especial ao Estado brasileiro.

Em 1999, a União travou uma acirrada briga jurídica para vetar a alienação, pelos controladores da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer) a um grupo francês, de 20% das ações ordinárias de emissão da companhia. Na ocasião foi discutido se a alienação poderia ser qualificada como transferência de controle acionário e, nesse sentido, se estaria sujeita ao veto da União²².

Essa postura da União de briga pelo veto da alienação da Embraer, anos depois, em um contexto também neoliberal, mas agravado pela ilegitimidade política, não se repetiu. Assim, em 2018 foi concretizada a operação societária entre a Embraer e a Boeing, sendo discutida, inclusive, a possibilidade pelo Tribunal de Contas da União de abrir mão da *golden share*.

Diante disso, versaremos a partir de então especificamente sobre este caso, em diálogo com o princípio da soberania nacional.

O CASO EMBRAER, A EXTINÇÃO DA AÇÃO DE CLASSE ESPECIAL E A SOBERANIA ECONÔMICA BRASILEIRA

O caso Embraer e a Ação de Classe Especial

A operação do caso Embraer deve ser necessariamente analisada sob o prisma global. Dada a participação restrita de agentes²³, o mercado relevante geográfico no qual está inserida é, por excelência, global. Neste contexto, o relatório da consultoria Oliver Wyman aponta que entre 2018 e 2028 o mercado global de aeronaves deverá ter uma taxa de crescimento de 3.7% ao ano, saltando de 26.307 em 2018 para 37.978 em dez anos²⁴.

Ainda que seja verificável um crescimento constante da frota, o aumento anual de cerca de 1.183 aeronaves é indicativo da restrição natural à estrutura do mercado. Em que pese as previsões de crescimento constante de toneladas

²² SILVA, Luiz Alberto da. Transferência de ações ordinárias da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER – dos acionistas controladores da companhia a empresas francesas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 8, p. 197-217, abr./jun. 2000; KRUEGER, Juliana. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 218-238, jan./dez. 2008, p. 188.

²³ O número de fabricantes de aeronaves pode ser bastante diverso a depender do mercado relevante analisado. Caso seja levado em conta aviões militares não tripulados, por exemplo, o número será distinto do normalmente verificado. No caso em tela será observado o quadro da aviação comercial de grande parte, liderado pela Boeing e Airbus. A escolha se deve ao caso em análise, que é encarado pelos analistas como uma resposta à operação entre Airbus e Bombardier, concorrente direta da Embraer no mercado de jatos de médio porte em escala global.

²⁴ Note-se que o relatório aponta para um crescimento inicial de 4,2% nos primeiros cinco anos, caindo para 3,7% no quinquênio seguinte. Para mais informações ver GLOBAL FLEET & MRO MARKET FORECAST COMMENTARY: 2018-2028, p. 22. Disponível no *site* da consultoria: https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliver-wyman/v2/publications/2018/January/2018-2028_Global_Fleet_MRO_Market_Forecast_Commentary_Public_Final_web.pdf. Acesso: 15 nov. 2019.

transportadas²⁵, barreiras à entrada como o alto investimento em capital fixo, necessidade de mão-de-obra extremamente qualificada e domínio de tecnologia de ponta são questões intransponíveis para o surgimento de um grande número de novos *players* entrantes.

Exatamente por isso, empresas consolidadas e líderes do mercado de aviação comercial de grande porte como Airbus e Boeing tendem a ter o comportamento típico de mercados oligopolizados, operando para evitar o surgimento de potenciais concorrentes. Tanto o caso da Boeing quanto da Airbus, é bastante conhecida as trajetórias das companhias, repleta de episódios de subsídios e intervenção dos governos de seus países de origem²⁶. Deferidas como campeãs nacionais nos Estados Unidos e na França, Boeing e Airbus indicam, na ponta do mercado, o que ocorre em todo o segmento: tanto a canadense Bombardier quanto a brasileira Embraer também têm histórico de auxílios e subsídios, diretos ou indiretos em sua produção.

No caso da companhia brasileira, a história fala por si. Como empresa estatal até 1994, a transferência do controle societário à iniciativa privada não fez com que a participação da Administração Pública cessasse. Seja via aportes do FINEP, BNDES²⁷ ou pela existência da própria *golden share*, a União se manteve como importante parceira da companhia.

E não é em sentido diverso que a ação de classe especial é criada no processo de privatização da companhia. Conforme aponta Juliana Krueger Pela, a presença deste ativo mobiliário cumpre modalidade de intervenção do Estado nas atividades estratégicas de companhias cujo controle acionário foi transferido ao setor privado. Em geral, a *golden share* visa a proteger, nesta hipótese, o interesse nacional, entendido como projeção, no plano interno, da soberania do Estado²⁸.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 16.

²⁶ É farta a literatura sobre o excesso de auxílio que ambas companhias receberam de seus governos ao longo da história. Para uma análise mais ampla, vide NEWHOUSE, John. *Boeing vs. Airbus*. Nova York: Alfred A. Knopf, 2007. Vide também IRWING, Douglas A. & PAVCNIK, Nina. Airbus versus Boeing revisited: international competition in the aircraft market. *Journal of International Economics*, v. 64, n. 2, (Dezembro de 2004), pp. 223-245. Para uma análise específica dos extensos subsídios conferidos às companhias, vide CARBAUGH, Robert J. & OLIENYK, John. Boeing-Airbus Subsidy Dispute: A Sequel. *Global Economy Journal*, v. 4, n. 2 (2004), artigo n. 6. Para uma análise mais detida sobre a fusão Boeing-McDonnell Douglas, vide KOVACIC, William E. Transatlantic turbulence: the Boeing-McDonnell Douglas merger and international competition policy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, n. 3 (2001), pp. 805-873.

²⁷ Para uma análise dos aportes do BNDES, vide FONSECA, Paulus Vinicius da Rocha. Embraer: um caso de sucesso com o apoio do BNDES. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 37, jun. 2012, pp. 39-65. Ainda, cumpre ressaltar que o projeto do avião multimissão KC-390 foi intensamente financiado pelo governo brasileiro através do FINEP e do próprio BNDES.

²⁸ PELA, Juliana Krueger. *As Golden Shares no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 156.

Tal posição é verificável pela inscrição do próprio estatuto da Embraer²⁹ e pelo descrito junto ao artigo 8º da Lei n. 8.031/1990, que criou o PND³⁰. Enquanto a legislação prevê a criação da ação de classe especial em situações que seja justificado o interesse nacional no veto de determinadas condutas possíveis na companhia, o estatuto da Embraer aponta em rol taxativo quais são as hipóteses onde a União terá poder de veto. Ressalta-se aqui que, entre eles está a possibilidade de transferência de controle acionário da empresa.

Como será visto adiante, o quadro normativo descrito aqui está em consonância com a própria Constituição Federal de 1988. Por ora, cumpre apontar como a operação aqui analisada foi consolidada. Não só, quais as implicações à Administração e os limites impostos à União, seja em função ao descrito pelo estatuto da companhia seja pela própria Constituição.

Em junho de 2018, Embraer e Boeing firmam e tornam público um memorando de entendimento, indicado a criação de duas *joint ventures*: uma para atuação conjunta no mercado de aeronaves comerciais de médio porte e outra para a promoção comercial do cargueiro multimissão KC-390³¹. Conforme apontou o memorando a *New Co.* teria participação da Embraer em seu capital acionário de apenas 20%, sem conferi-la assento no Conselho de Administração. Em contrapartida, a Boeing deteria os outros 80% do capital e teria o direito de indicar todos os membros do Conselho da nova companhia. Não só, a *New Co.* seria uma

²⁹ Conforme aponta seu artigo 9º, A ação ordinária de classe especial confere à União poder de veto nos casos de mudança de denominação da companhia ou de seu objeto social; alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia; criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil; capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares; interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; transferência do controle acionário da Companhia; além de alterações no próprio corpo do estatuto. Para acessar a íntegra do estatuto, visite o site da companhia: <https://ri.embraer.com.br/show.aspx?idCanal=Kacx+BqjYTwZmMKBRQu5Yg==> Acesso em 15 de novembro de 2019.

³⁰ A norma vigente que regula o PND é a Lei n. 9.491/1997. A privatização da Embraer foi regulada por lei anterior, a Lei n. 8.031/1990, que criou o Plano Nacional de Desestatização. Em ambos os diplomas, os dispositivos são idênticos. Para efeito temporal, cita-se aqui os dispositivos da norma válida ao tempo da desestatização.

Art. 6º Compete à Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização:

XIII – sugerir a criação de ações de classe especial e as matérias que elas disciplinarão, nas condições fixadas nos §§ 1º e 2º deste artigo;

§ 2º A ação de classe especial somente poderá ser subscrita pela União.

Art. 8º Sempre que houver razões que o justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe confirmam poder de veto em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos estatutos sociais das empresas, de acordo com o estabelecido no art. 6º, inciso XIII e §§ 1º e 2º desta lei.

³¹ A primeira foi nomeada à época como *New Co.*, hoje Boeing Brasil. A segunda ficou conhecida como JV KC-390.

Sociedade Anônima de capital fechado. Em 10 de janeiro de 2019, a União dá aval à operação, não exercendo o seu poder de veto conferido pela ação ordinária de classe especial. Ao tempo da Assembleia Geral Extraordinária que aprovou a operação, em janeiro de 2019, as obrigações apontadas às duas envolvidas tornaram-se públicas³².

O valor estimado da operação supera em pouco os U\$5,26 bilhões. Se por um lado a companhia norte-americana teria o total controle da New Co., suas obrigações não iriam muito além do aporte maciço de capital. Já a Embraer, comprometeu-se a ceder sua propriedade intelectual de sua nova família de jatos (*E-Jets*) à *New Co.* Esta, por sua vez, também poderia ceder sua propriedade intelectual à brasileira, em que pese não contar com nenhuma patente ou *software* ao tempo de sua fundação. O desenho da nova companhia pode ser observado na imagem abaixo:

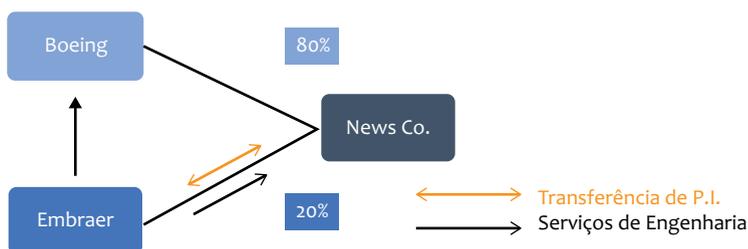


Figura 1: Composição acionária e detalhes da operação Boeing x Embraer.

Elaboração própria a partir das informações do Manual AGE de 24 de janeiro de 2019.

Já no caso da *joint venture* JV KC-390, a operação consistiu na formação de uma nova sociedade por cotas de responsabilidade limitada (*LLC*) com sede em Delaware, Estados Unidos da América. A EB DEFENCE LLC conta com 51% do capital oriundo da companhia brasileira e os 49% restantes aportados pela Boeing. Seu Conselho de Administração conta com cinco membros, sendo quatro deles indicados pela Embraer³³.

³² As informações aqui referidas estão disponíveis junto ao Manual da Assembleia Geral Extraordinária de 24 de janeiro de 2019, disponível em: <https://ri.embraer.com.br/list.aspx?idCanal=CLZiEuOUHuNY/qTXw1TlIA==>.

³³ Vide o Manual para a AGE de 24 de janeiro de 2019, p. 14. Quanto à produção da aeronave, o acordo celebrado entre as partes prevê que “A Sociedade Embraer e a Sociedade Boeing decidirão conjuntamente onde o local de fabricação final da JV KC-390 será localizado (nos Estados Unidos da América), buscando uma estrutura sem custo que maximize os incentivos governamentais, ou uma alternativa de custo mínimo utilizando as instalações existentes da Sociedade Embraer ou da Sociedade Boeing, caso em que a JV KC390 reembolsará o sócio aplicável em cujas instalações as instalações industriais da JV KC-390 estarão localizadas por custos efetivamente incorridos, incluindo custos internos associados com a ocupação da instalação de tal sócio (que pode ser estruturada como locação (ou sublocação), arrendamento ou qualquer outro acordo com a JV KC-390 ou qualquer de seus sócios).” *Idem*, p. 70.

A figura abaixo indica a estrutura da JV KC-390 após toda a conclusão da operação³⁴:

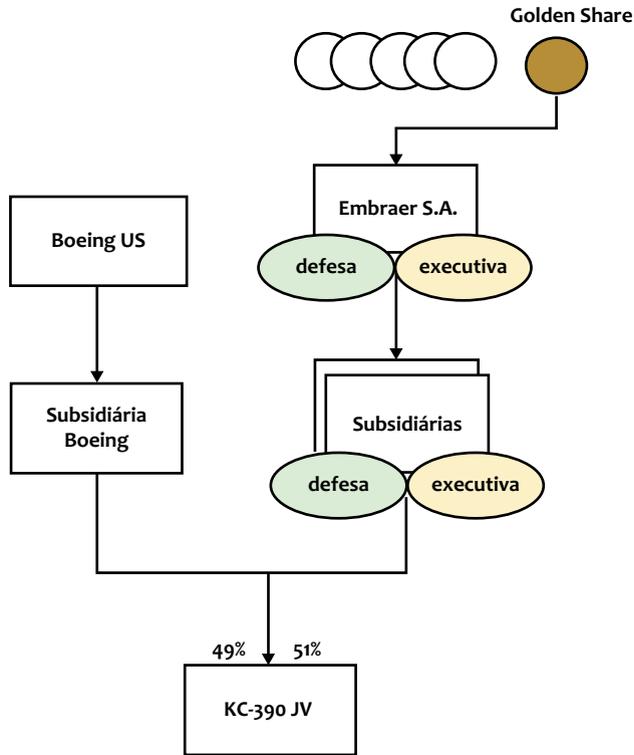


Figura 2: Estrutura da JV KC-390 após a conclusão de todas as etapas da operação.

Fonte: Manual da Assembleia Geral Extraordinária da Embraer de 24 de janeiro de 2019.

Ao todo, o *Master Transaction Agreement (MTA)* previu a celebração de sete contratos acessórios³⁵ e também instituiu uma série de outros acordos operacionais, cujos resumos estão disponíveis no referido manual³⁶.

Como apontado inicialmente, o estatuto da Embraer previa que nas hipóteses de transferência do controle acionário e de alteração de programas militares. No caso, a criação da *New Co.* impeliu a companhia brasileira a transferir mediante contratação direta sua mão-de-obra especializada, sem contrapartida da

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 19.

³⁵ São eles o Contrato de Uso das Instalações, Contrato Geral de Prestação de Serviços, Contrato de Engenharia, Contrato de Pesquisa e Desenvolvimento, Contrato de Cooperação na Cadeia de Suprimentos, Contrato de Fornecimento de Suprimentos, e, Contrato de Licença de Propriedade Intelectual. *Idem, ibidem*, pp. 58-69.

³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 69 e ss.

suposta parceira norte-americana. Mais ainda, o Contrato de Licença de Propriedade Intelectual previu que a Embraer transferisse gratuitamente toda sorte de patentes, inclusive de *softwares*, como aponta o Manual da AGE de 24 de janeiro³⁷:

Quanto à estrutura societária da antiga *New Co.*, hoje Boeing Brasil, o referido Manual aponta em sua página 19 qual será o quadro de controle da nova empresa:

³⁷ “A Embraer e a Nova Sociedade Aviação Comercial celebrarão o Contrato de PI, que terá como escopo a concessão de licenças recíprocas de direitos de propriedade intelectual (i.e., tecnologia, mas não marca) (“PI”), com o objetivo de permitir que cada parte possa usar certos ativos de propriedade intelectual da outra parte em suas operações. A Embraer concederá à Nova Sociedade Aviação Comercial licença para usar, comercializar e exercer direitos de PI sobre toda a PI de titularidade da Embraer ou de suas afiliadas que, antes da assinatura do Contrato de PI, era utilizada em conexão com o negócio de aviação comercial (a “PI Embraer”). A licença será exclusiva no campo de aviação comercial, e não exclusiva nos demais campos (exceto pela restrição de que a PI Embraer não pode ser licenciada pela Embraer para certas entidades restritas por 10 anos ou para certas pessoas proibidas pelo prazo do Contrato de PI). A licença não englobará o campo de utilização de defesa e segurança da Embraer, definido como: (a) aeronaves militares de asa fixa transporte/carga com um peso máximo de decolagem (maximum take-off weight) (“MTOW”) inferior a 192.000 lbs, (b) aeronaves de ataque leves de asa fixa e turboélice com um MTOW inferior a 15.000 lbs, e (c) aeronaves militares de asa fixa e serviços relacionados a tais aeronaves para venda ou desenvolvimento das autoridades do governo do Brasil. A Nova Sociedade Aviação Comercial concederá para Embraer uma licença para usar, comercializar e exercer quaisquer direitos de PI sobre toda a PI de titularidade da Nova Sociedade Aviação Comercial e suas subsidiárias a partir da celebração do Contrato de PI (a “PI da Nova Sociedade Aviação Comercial”). A licença será exclusiva no campo de utilização de defesa e segurança da Embraer, não-exclusiva nos demais campos, e válida 68 somente fora do campo de aviação comercial. A Embraer não poderá sublicenciar ou conceder direitos de fabricação em relação à PI da Nova Sociedade Aviação Comercial para certas entidades restritas durante os primeiros 10 anos ou para certas pessoas proibidas pelo prazo do Contrato de PI. Cada parte poderá sublicenciar os direitos licenciados a ela, respeitados os termos do Contrato de PI descritos acima. As Partes deverão fazer com que seus sublicenciados observem todos os termos da sublicença e prontamente fazer com que cada sublicenciado cure qualquer violação. As partes poderão atualizar, modificar, aperfeiçoar, traduzir, reformatar, melhorar ou de outra forma criar direitos derivados da PI licenciada pela outra parte, sendo cada parte titular da tecnologia que desenvolver ainda que tenha como base PI licenciada, e não serão obrigadas a licenciar tal tecnologia para a outra parte. Se a Nova Sociedade Aviação Comercial ou uma de suas afiliadas que seja uma sociedade com sede no Brasil lançar uma nova aeronave que incorpore a PI Embraer e seja projetada para uso civil e não seja capaz de ser configurada para conter 50 ou mais assentos em classe econômica, a Embraer e a Nova Sociedade Aviação Comercial (ou sua afiliada, conforme o caso) adotarão os esforços comerciais razoáveis para negociar um acordo no qual a Embraer seja um parceiro de negócios preferencial da Nova Sociedade Aviação Comercial (ou sua afiliada, conforme o caso) em relação a tal aeronave. Caso as partes não cheguem a um acordo sobre um determinado projeto, a Nova Sociedade Aviação Comercial (ou sua afiliada, conforme o caso) poderá lançar referida aeronave isoladamente ou com outros parceiros, sem prejuízo de acordos futuros referentes a novos projetos. Por fim, destaca-se que (i) o Contrato de PI será regido e interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York, Estados Unidos da América, (ii) qualquer disputa ou controvérsia decorrente do Contrato de PI será submetida à arbitragem perante o Centro Internacional para a Resolução de Disputas, e (iii) as obrigações assumidas ou decorrentes do Contrato de PI estarão sujeitas à execução específica”. *Idem, ibidem*, pp. 67 e 69.

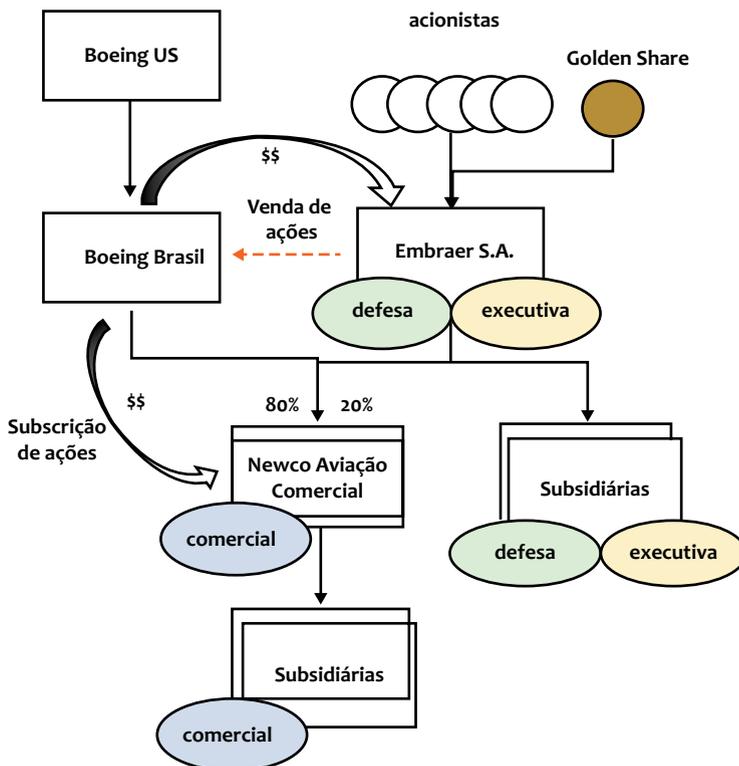


Figura 3: Estrutura da New Co. (Boeing Brasil) após a conclusão de todas as etapas da operação.

Fonte: Manual da Assembleia Geral Extraordinária da Embraer de 24 de janeiro de 2019.

Conforme aponta o art. 167 do Código Civil Brasileiro, é nulo o negócio jurídico simulado. Ainda o inciso II do § 1º do mesmo artigo aponta que haverá simulação nos casos em que contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

O que se vê aqui é que sob a pretensa forma de constituir uma *joint venture* há na verdade a transferência de toda a produção da nova linha de jatos da companhia brasileira para uma nova empresa, controlada pela norte-americana Boeing. Mais ainda, a transferência unilateral de propriedade intelectual da Embraer à Boeing Brasil sem contrapartida da Boeing norte-americana, indica que o desenho industrial disponível hoje e futuras criações da Embraer em jatos de 50 assentos ou mais poderão ser utilizados pela Boeing Brasil. Trata-se assim de transferência de controle societário indireto, configurando-se então negócio jurídico simulado.

Não só, a criação da JV KC-390 prevê que a produção final da aeronave militar multimissão, que foi financiada desde sua concepção pelo BNDES através do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), será necessariamente realizada

nos Estados Unidos da América, alterando significativamente o programa de produção da aeronave militar.

Mais ainda, em ambas as operações, o controle da União sobre a produção dos setores comerciais e militares não estarão mais sob a tutela da ação de classe especial detida pela União. A reconfiguração da estrutura produtiva da Embraer torna a *golden share* inócua, causando sua extinção de fato. Neste caso, cumpre ressaltar que a ação de classe especial foi prevista em lei, portanto, aprovada pelo Congresso Nacional, cabendo ao Legislativo Federal a deliberação sobre o caso. Trata-se do princípio do paralelismo das formas, que implica ao Poder Público modificar norma jurídica sob o mesmo rito que a criou. Sob o manto do princípio da legalidade, o paralelismo das formas é condição para o controle dos atos da Administração, evitando que deliberações do Poder Legislativo sejam alteradas ou suprimidas por ato de ofício do Executivo, por exemplo.

Neste quadro, deve-se ainda problematizar quais são os limites da discricionariedade da Administração.

Sabe-se que o poder conferido à Administração Pública constitui dever-poder, fundado no princípio da supremacia do interesse público³⁸. Em face do princípio da legalidade, inscrito junto ao art. 37 da Constituição Federal, a discricionariedade é limitada por todo o quadro legislativo nacional. Desta forma, uma vez configurado o panorama descrito pela norma, a Administração deve cumpri-la, cabendo o uso de sua discricionariedade apenas dentro dos limites a ela imposta. Conforme o que foi apresentado no caso de estudo deste artigo, há ao menos duas situações que implicariam o veto da União: a alteração de programas militares e a transferência indireta do controle societário, descritos nos incisos III e IV do art. 9º do Estatuto Social da companhia. Porém, a ação de classe especial está inserida em contexto constitucional mais amplo. A sua preservação é também comando constitucional e implica no caso concreto a manutenção da soberania nacional.

A extinção da Ação de Classe Especial e a soberania nacional na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 traz, expressamente, a transformação das estruturas sociais e busca sistematizar a estrutura jurídica da economia brasileira³⁹.

³⁸ O debate é por demais assentado no Direito Administrativo brasileiro, fazendo com que não seja preciso aprofundar a questão. Por todos, vide. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 99 e ss.

³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

Nesse sentido, é interessante mencionar a perspectiva finalista de Oscar Asenjo⁴⁰ que é trazida por Bercovici ao afirmar que: “a constituição econômica tem por funções a ordenação da atividade econômica, a satisfação das necessidades sociais e a direção do processo econômico geral”⁴¹. Dentro dessa perspectiva finalista, o autor assevera que a função de ordenação da atividade econômica diz respeito à instituição da ordem pública econômica, ou seja, das regras do jogo econômico⁴².

No que tange a essa ordenação do jogo econômico, conforme nos lembra Eros Grau, o primeiro dos princípios da ordem econômica, que porta, por fazer parte desse capítulo constitucional, a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é a soberania econômica (art. 170, I). Gilberto Bercovici ao versar sobre esse conceito na Constituição Federal de 1988 associa a ideia à supremacia de um Estado-Nação caracterizada pela expressão da vontade do povo, manifestada por um poder constituinte e consubstanciada pela Constituição⁴³.

O princípio da soberania econômica, seguindo o conceito de Canotilho, não se trata de uma opção, mas de um princípio constitucional impositivo, que cumpre as funções de instrumento para a realização da existência digna e objetivo específico a ser alcançado. Como objetivo, aportando a epistemologia de Dworkin, assumiria o princípio a função de uma norma objetivo, com feição de diretriz e caráter constitucional conformador. Caráter esse que dialoga, como fundamento, com a soberania política (art. 1º, I), e como princípio de suas relações internacionais, a independência nacional (art. 4º, I)⁴⁴. Soma-se a estes a presença do mercado interno como parte integrante do patrimônio nacional, conforme o consubstanciado no artigo 219 da Constituição⁴⁵.

⁴⁰ ASENJO, Oscar de Juan. *La constitución económica española: iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada em la constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 101-120

⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 210.

⁴² Nesse sentido, o autor elenca nesse sentido dispositivos constitucionais referentes às limitações à liberdade econômica (artigos 170, II, III, IV, V, VI e IX, 172, 173, §4, 174, 179 da Constituição Federal, entre outros), às satisfações de necessidades sociais (artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 21, X, XI, e XII, 175, 178, 194, 196, 199, 201, 203, 205, entre outros), nos dispositivos relativos ao desenvolvimento, pleno emprego, política monetária e distribuição de renda (artigos 3º, II e III, 21, VII, VIII e IX, 164, 170, VII, e VIII, 176, 177, 192, entre outros), na reforma urbana e agrária (artigos 182 a 191), e no que Verdú chama de cláusula transformadora que está presente no artigo 3º, nos objetivos da República Federativa do Brasil. Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30; vide também: BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 210.

⁴³ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo. Quartier Latin, 2008, p. 22-24.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 230.

⁴⁵ SALGADO, Rodrigo Oliveira. *Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na constituição de 1988*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 118-150. Vide também: LUIÍS,

Aqui, para Grau, o conceito de soberania econômica – ou, nas palavras do autor, soberania nacional econômica – não representaria um isolamento econômico, mas sim um processo de modernização do nosso sistema econômico e social, de modo que as potencialidades do nosso sistema econômico nacional sejam internamente exploradas, a fim de romper com a dependência brasileira com relação aos países centrais no sistema econômico mundial⁴⁶, de modo que seja preservado o patrimônio nacional⁴⁷.

Ressaltando a concernência da CF/88 pela questão da dependência econômica e da posição do Brasil na periferia do sistema capitalista, é interessante remetermos ao que trazem Bercovici e Octaviani ao buscarem a interconexão entre os objetivos constitucionais e os dispositivos da Ordem Econômica e da Ordem Social, como forma de corroborarem a afirmação de que busca a constituição superar o subdesenvolvimento:

A tarefa constitucionalmente determinada ao Estado brasileiro é (como se depende dos comandos dos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição de

Alessandro Octaviani. *Recursos Genéticos e Desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). São Paulo: FDUSP, 2008; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 229-230.

⁴⁷ Pode-se entender patrimônio nacional, na visão de Floriano Marques Neto, como aquele mais relacionado a um domínio eminente, uma potência, expressão da soberania nacional. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: Como expressão da Soberania Nacional não encontra limites senão no ordenamento jurídico-constitucional estabelecido pelo próprio Estado. Esse domínio alcança não só os bens pertencentes às entidades públicas, como a propriedade privada e as coisas inapropriáveis, de interesse público. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Uma outra visão relevante acerca do tema é a de Tércio Sampaio Ferraz Jr que se propõe a analisar a preservação do mercado interno como parte integrante do patrimônio nacional por um viés pouco usual, com o fito de discutir o comportamento dos agentes de mercado em um modelo de livre concorrência e livre mercado. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Regulamentação da Ordem Econômica. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência*, São Paulo, RT, ano 5, n. 18, jan./mar. 1997, pp. 95-98; Vide a abordagem trazida por SALGADO, Rodrigo Oliveira. *Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na constituição de 1988*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 96. O patrimônio nacional é diverso do que é estabelecido como patrimônio público. Enquanto o segundo pode ser entendido, conforme Leon Duguit, como o patrimônio afetado por uma utilidade coletiva DUGUIT, Léon. *Traté du Droit Constitutionnel*. 3. ed. v. III. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930, p. 345 Desta forma, do ponto de vista teórico-dogmático, a manutenção do patrimônio nacional é condição imposta pelo próprio legislador constitucional, em especial ao fomento do mercado interno e da economia industrial brasileira. SALGADO, Rodrigo Oliveira. *Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na constituição de 1988*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Trata-se, portanto, de imposição constitucional e condição para a concretização da soberania nacional.

1988, entre tantos outros), portanto, a superação do subdesenvolvimento, da sua condição periférica, ou seja, uma tarefa mais ampla, complexa e transformadora do que as que são geralmente atribuídas ao Estado Social tradicional, estruturado nos países centrais, inspirado no modelo de bem-estar europeu ou nas intervenções keynesianas que visam manter o nível de emprego na economia. Para alcançar tal complexa tarefa (simultaneamente econômica, política e cultural, modificadora de relações entre países e classes sociais), é necessário reestruturar e fortalecer o Estado, sob uma perspectiva democrática e emancipatória, e não desmontar o aparato estatal, como vem ocorrendo no Brasil desde, principalmente, 1994, com a subsequente modelagem institucional dos interesses do sistema financeiro, brasileiro e mundial, repositores das relações de força do subdesenvolvimento⁴⁸.

A adoção da soberania econômica como princípio constitucional impositivo, norma diretriz e caráter conformador, tem sua relevância, assim, maximizada quando dialogada aos contornos de dependência econômica que atrasam nosso processo civilizatório e nos mantem em situação periférica na dinâmica do sistema capitalista, situação essa que, em linha com os autores, tem na Constituição Federal mecanismos para ser combatida.

A Embraer, historicamente, teve um papel relevante para o mercado interno nacional. A empresa foi criada por meio do Decreto-Lei de n. 770, de 19 de agosto de 1969 com o intuito de desenvolver a indústria aeronáutica brasileira⁴⁹. Maria Cecília Spina Forjaz delinea como primado para criação da Embraer a questão da segurança nacional e pontua o amplo engajamento dos militares no processo político brasileiro. Porém, ela ressalta que a criação da empresa não segue uma ideia surgida naquele contexto histórico, mas é assemelhável à instalação da indústria petrolífera e siderúrgica que ocorrera no Estado Novo, momento em que “o Estado brasileiro assumiu a iniciativa de criar uma infraestrutura de energia, transportes, siderurgia e comunicações para sustentar o projeto de industrialização nacional”⁵⁰. Armando Dalla Costa e Elson Rodrigo de Souza-Santos afirmam que a criação da empresa coroa um projeto que, embora

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto; OCTAVIANI, Alessandro. Direito e subdesenvolvimento: o desafio furtadiano. In: D'AGUIAR, Rosa Freire (Org.). *Celso Furtado e a dimensão cultural do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2013.

⁴⁹ Vide o referido no Art. 2º do Decreto-Lei de n. 770, de 19 de agosto de 1969: “A EMBRAER terá por objeto promover o desenvolvimento da indústria aeronáutica brasileira e atividades correlatas, inclusive projetar e construir aeronaves e respectivas acessórios, componentes e equipamentos e promover ou executar atividades técnicas vinculadas a produção e manutenção do material aeronáutico, de acordo com programas e projetos aprovados pelo Poder Executivo”.

⁵⁰ FORJAZ, Maria Cecília Spina. As origens da Embraer. *Tempo Social*, v. 17, n. 1, p. 281-298, 1 jun. 2005.

concretizado no setor aeronáutico ao fim da década de 1960, remetia à década de 1930, sobretudo por grupos militares da então Força Aérea do Exército e da Marinha, que visualizavam o domínio da tecnologia aeronáutica como fundamental para o desenvolvimento do país⁵¹.

O desenvolvimento de aeronaves pela Embraer buscava a finalidade de uso civil e militar⁵². Tendo a produção de aeronaves começado em 1970 buscaram-se parcerias com empresas estrangeiras⁵³. Seu regime jurídico era de empresa de capital misto, mas com o controle reservado ao governo brasileiro.

Entre os anos de 1975 a 1992 a Embraer alcançou grande sucesso empresarial, sobretudo no setor da defesa, tendo vendido no período de 1975 a 1992 aproximadamente US\$ 1,5 bilhão em equipamentos militares⁵⁴. Apesar do sucesso comercial que a Embraer havia alcançado na área militar, o início da década de 1980 foi marcado por uma forte crise econômica que afetou o Brasil⁵⁵, com o cenário brasileiro desfavorável e a redução do poder do Estado em financiar seus projetos⁵⁶.

Já na década de 1990, nos governos de Fernando Collor e Itamar Franco, entre 1990 e 1994, com o avanço do neoliberalismo no país que leva ao grande movimento de privatizações de empresas que eram consideradas estratégicas ao Estado, a Embraer é privatizada e adiam-se projetos relevantes como o jato regional ERJ 145. Nesse momento, no entanto, embora tenha sido privatizada, o controle acionário permaneceu sob comando nacional por meio dos fundos de pensão Previ (20%), Sistel (20%) e Companhia Bozano, Simonsen (20%), além de sócios minoritários como a EADS – France e Dassault e a “golden share” do Estado brasileiro a fim de vetar negócios que potencialmente prejudicassem a segurança nacional⁵⁷.

⁵¹ DALLA COSTA, Armando; SOUZA-SANTOS, Elson Rodrigo de. Embraer, história, desenvolvimento de tecnologia e a área de defesa. *Revista Economia & Tecnologia*, [S.l.], v. 6, n. 3, set. 2010.

⁵² ANDRADE, Israel de Oliveira. SILVA FILHO, Edison Benedito da. HILLEBRAND, Giovanni. SUMI, Marcelo Colus. O fortalecimento da indústria de defesa no Brasil. In: *Texto para Discussão n. 2182*/ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 20.

⁵³ GOLDSTEIN, Andrea. EMBRAER: From national Champion to global player. *CEPAL Review*. n.77. p. 97-115, 2002.

⁵⁴ ANDRADE, Israel de Oliveira. SILVA FILHO, Edison Benedito da. HILLEBRAND, Giovanni. SUMI, Marcelo Colus. O fortalecimento da indústria de defesa no Brasil. In: *Texto para Discussão n. 2182*/ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 20.

⁵⁵ GOLDSTEIN, Andrea. EMBRAER: From national Champion to global player. *CEPAL Review*. n. 77. p. 97-115, 2002.

⁵⁶ DALLA COSTA, Armando; SOUZA-SANTOS, Elson Rodrigo de. Embraer, história, desenvolvimento de tecnologia e a área de defesa. *Revista Economia & Tecnologia*, [S.l.], v. 6, n. 3, set. 2010.

⁵⁷ DALLA COSTA, Armando; SOUZA-SANTOS, Elson Rodrigo de. Embraer, história, desenvolvimento de tecnologia e a área de defesa. *Revista Economia & Tecnologia*, [S.l.], v. 6, n. 3, set. 2010, p. 176.

Dessa forma, pode-se notar que mesmo com a privatização, houve uma preocupação em se resguardar, por motivos de soberania, o controle estatal da empresa, dado o seu caráter estratégico. Esse cenário demonstra a tamanha violação que representa a tentativa de extinção da *Golden Share* trazida no caso referenciado envolvendo a Embraer e a Boeing, representando claramente uma espoliação do Estado nacional⁵⁸, não podendo, assim, ser mera discricionariedade do Poder Executivo Federal. Faz também com que a *Golden Share* represente um instrumento ainda mais apto a evitar tal espoliação.

Em sua obra "*L'ordine giuridico del mercato*", Natalino Irti nos ensina que a constituição não pode ser vista em pedaços⁵⁹. Nesse sentido, é válido à ordem econômica o princípio constitucional administrativo do paralelismo das formas, que nas palavras de Paulo Bonavides representa a imposição de que: "um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo"⁶⁰. Sendo assim, o campo de diálogo para a alteração legislativa tendente à entrega ao capital estrangeiro de uma empresa estatal, seja qual for o modo de reorganização societária adotado (fusão, cisão, aquisição, *joint venture*, etc.), é o Congresso Nacional. Além disso, essa visão conectada dos princípios constitucionais também nos permite afirmar que, como guardião da constituição, em caráter subsidiário, não é opção Supremo Tribunal Federal manifestar-se de forma a concretizar a manutenção de seus postulados, mas função precípua.

⁵⁸ Aqui espoliação é no sentido de acumulação por espoliação de David Harvey o qual defende que com a financialização associada ao neoliberalismo, surgiram diversos mecanismos de espoliação do Estado pelo setor privado. Ao verificarmos os exemplos utilizados por Harvey, facilmente podemos incluir o caso da entrega da Embraer e de toda a sua tecnologia pertencente ao Estado brasileiro à Boeing. Para melhor contextualização aos exemplos relativos a esse conceito trazidos por Harvey, vide o trecho a seguir: "A forte onda de financialização, domínio pelo capital financeiro, que se estabeleceu a partir de 1973 foi em tudo espetacular por seu estilo especulativo e predatório. (...) A corporativização e privatização de bens até agora públicos (como as universidades), para não mencionar a onda de privatizações (da água e de utilidades públicas de todo gênero) que tem varrido o mundo, indicam uma nova onda de "expropriação das terras comuns". Tal como no passado, o poder do Estado é com frequência usado para impor esses processos mesmo contrariando a vontade popular. A regressão dos estatutos regulatórios destinados a proteger o trabalho e o ambiente da degradação tem envolvido a perda de direitos. A devolução de direitos comuns de propriedade obtidos graças a anos de dura luta de classes (o direito a uma aposentadoria paga pelo Estado, ao bem-estar social, a um sistema nacional de cuidados médicos) ao domínio privado tem sido uma das mais flagrantes políticas de espoliação implantadas em nome da ortodoxia neoliberal. Para Harvey, a partir dessa 'financialização' se somam aos instrumentos tradicionais de acumulação primitiva outros como a biopirataria, regressão dos estatutos regulatórios destinados à proteção do trabalho, a mercantilização da natureza, o patenteamento e licenciamento de material genético e a já mencionada privatização de bens públicos que antes haviam sido administrados pelo Estado. HARVEY, David. *O novo imperialismo*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2010, pp. 96-97.

⁵⁹ IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma: Laterza, 2004.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 206.

Embora a atual conjuntura nacional seja de “quebra constitucional” (“*Verfassungsdurchbrechung*”)⁶¹, visto a catalisação do esgarçamento do texto de 1988, no pós-impeachment. A saída jurídica da condição de subdesenvolvimento perpassa, como objetivo da própria constituição, de acordo com Gilberto Bercovici, por um alargamento das funções do Estado e uma e readaptação de seus órgãos e estrutura⁶². Isso pois, conforme aduz Celso Furtado, em ensaio sobre ‘A Reconstrução do Brasil’, o país necessita de reformas estruturais de longo prazo. Reformas estas que devem ter como objetivos estratégicos: reverter o processo de concentração patrimonial e de renda que está na raiz das distorções sociais que caracterizam o Brasil; romper com o atraso nos investimentos no fator humano, que se traduz em extremas disparidades entre salários de especialistas e do operário comum; e compreender de que forma o Brasil se inseriria no processo da globalização⁶³. Dessa forma, a ação de classe especial, por meio de seu poder de veto e tendo como atores sociais os três poderes, no limite de suas designações, deve servir para preservar a soberania econômica de forma a compactuar com as reformas estratégicas a longo prazo que rompa com nossa condição nacional de dependência, e não servir ao entreguismo com pretensões austeras que, como nos ensina Bercovici e Massoneto, inverteu a constituição dirigente, blindou a constituição financeira e agonizou a constituição econômica⁶⁴.

CONCLUSÕES

O presente artigo analisou a ação de classe especial no Brasil como instrumento de soberania econômica. Problematizou-se por meio dela sobre a possibilidade de imposição de uso, ao Poder Executivo, do poder de veto da ação de classe especial em casos em que uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma empresa estatal represente um risco à soberania nacional.

A hipótese levantada foi que com base no princípio da soberania econômica (art. 170, I), haveria uma obrigação expressa à administração ao veto, no caso

⁶¹ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018.

⁶² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 69.

⁶³ FURTADO, Celso. A reconstrução do Brasil. *Folha de São Paulo*, Domingo, 13 de junho de 1999. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi13069914.htm>. Acesso em: 28 set. 2018, 13:39.

⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto, MASSONETTO, Luís F. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 45, p. 79-89, 2007. Essa menção dos autores no contexto da infraestrutura foi trazido originalmente em MASCARENHAS, Fábio Sampaio. *A regulação jurídica da integração dos modais de transportes no Brasil: o sistema nacional de viação como instrumento para a superação do subdesenvolvimento*. 254 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

em que uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma estatal nacional, prejudicasse o mercado interno (art. 219).

Viu-se que a soberania econômica como um princípio constitucional impositivo e uma norma diretriz com caráter conformador, não é mera opção, devendo ser emanado nos casos em que uma operação societária entre uma empresa estrangeira e uma empresa nacional violar a soberania econômica do país.

Constatou-se nesse sentido que no caso mais relevante de formação de uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma empresa nacional, houve na verdade a transferência de toda a produção da nova linha de jatos da companhia brasileira para uma nova empresa, controlada pela norte-americana Boeing. Além, nas operações constantes no acordo, o controle da União sobre a produção dos setores comerciais e militares não estariam mais sob a tutela da ação de classe especial detida pela União. Assim, a reconfiguração da estrutura produtiva da Embraer torna a *golden share* inócua, causando sua extinção de fato.

Neste caso, cumpre ressaltar que a ação de classe especial por ser prevista em lei, caberia então ao Congresso Nacional a deliberação sobre os casos que tendem à sua extinção e, subsidiariamente, ao poder judiciário.

Conclui-se portanto, a partir da análise dedutiva da bibliografia utilizada, somada à análise indutiva do caso concreto estudado, há grande que a extinção da *Golden Share* tende à violação ao princípio da soberania econômica e do mercado interno como patrimônio nacional, assim, nos casos em que uma *joint venture* de uma empresa estrangeira com uma empresa nacional representar um risco à soberania econômica, deve-se impor o uso do poder de veto ao Poder Executivo, em caso de omissão desse poder, ao Congresso Nacional, e subsidiariamente ao Poder Judiciário, em decorrência do caráter impositivo do princípio constitucional da soberania econômica.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Israel de Oliveira; SILVA FILHO, Edison Benedito da; HILLEBRAND, Giovanni; SUMI, Marcelo Colus. O fortalecimento da indústria de defesa no Brasil. In: *Texto para Discussão n. 2182/ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.
- ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española*: iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada em la constitución española de 1978. Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 101-120.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: link para o artigo. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BELVISO, Francesco. *La nomina da parte dello stato degli amministratori delle società privatizzate* (art. 2, comma 1º, lett. d legge n. 474/1994). in: maRaSÀ, gioigio (Org.). *Profili giuridici delle privatizzazioni*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. pp. 103-110.

- BERCOVICI, Gilberto, MASSONETTO, Luís F. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 45, p. 79-89, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORDE, Dominique; PONCELET, Aline. Le nouveau programme de privatisation français de 1993 une importante evolution des techniques de mise en vente sur les marchés financiers. *Rivista delle Società*, Milano, n. 39, fasc. 1-2, p. 269-302, genn./apr. 1994.
- CARBAUGH, Robert J.; OLIENYK, John. Boeing-Airbus subsidy dispute: a sequel. *Global Economy Journal*, v. 4, n. 2, 2004.
- CASTRO, Lavínia Barros. *Privatização, abertura e desindexação: a primeira metade dos anos 90*. In: *Economia Brasileira Contemporânea (1995-2014)*. Rio de Janeiro: Campos Elsevier. 2005. p. 139-142.
- CERVO, Amado. *Relações internacionais da América Latina: velhos e novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CHESNAIS, François. *A finança mundializada: raízes sociais e políticas, configuração, consequências*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- COSTA, Gloria Maria Moraes da. O BNDES nos anos 1987-1990. *Memórias do Desenvolvimento*, ano 5, n. 5, p. 61-106, 2016.
- COX, Gary. *The Efficient Secret: The Cabinet and the Development of Political Parties in Victorian England*. New York/London, Cambridge University Press, 1987.
- DALLA COSTA, Armando; SOUZA-SANTOS, Elson Rodrigo de. Embraer, história, desenvolvimento de tecnologia e a área de defesa. *Revista Economia & Tecnologia*, [s.l.], v. 6, n. 3, set. 2010.
- DUGUIT, Léon. *Traté du droit constitutionnel*. 3. ed. Paris : Ancienne Librarie Fontemoing & Cie, 1930. v. III.
- EPSTEIN, Gerald E. *Financialization and the World Economy*. Chetelham, UK: Edward Elgar, 2007.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência*, São Paulo, RT, ano 5, n. 18, jan./mar. 1997.
- FIORI, José Luís. *O cosmopolitismo de cócoras*. Educ. Soc. Campinas, v. 22, n. 77, p. 11-27, dez. 2001.
- FONSECA, Paulus Vinicius da Rocha. Embraer: um caso de sucesso com o apoio do BNDES. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 37, jun. 2012, pp. 39-65.
- FURTADO, Celso. A reconstrução do Brasil. *Folha de São Paulo*, domingo, 13 de junho de 1999. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi13069914.htm>. Acesso em: 28 set. 2018, 13:39.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GLOBAL FLEET & MRO MARKET FORECAST COMMENTARY: 2018-2028. Disponível no site da consultoria: https://www.oliverwyman.com/content/dam/oliverwyman/v2/publications/2018/January/2018-2028_Global_Fleet_MRO_Market_Forecast_Commentary_Public_Final_web.pdf. Acesso: 15 nov. 2019.

GOLDSTEIN, Andrea. EMBRAER: *From national Champion to global player*. *CEPAL Review*. n.77. p. 97-115, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

HARVEY, David. *O Novo Imperialismo*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4. ed. Loyola: São Paulo, 2010.

IANNI, Octávio. Globalização e neoliberalismo. *São Paulo em Perspectiva*, 12, pp. 27-32, 1998.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma: Laterza, 2004.

IRWING, Douglas A.; PAVCNIK, Nina. Airbus versus Boeing revisited: international competition in the aircraft market. *Journal of International Economics*, v. 64, n. 2 (Dezembro de 2004), pp. 223-245.

KOVACIC, William E. Transatlantic turbulence: the Boeing-McDonnell Douglas merger and international competition policy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, n. 3 (2001), pp. 805-873.

LIJPHART, Arendt. *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty Six Countries*. New Haven, Yale University Press, 1999.

LUÍS, Alessandro Octaviani. *Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). São Paulo: FDUSP, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica*. São Paulo: Tese de Livre Docência, 2008

MASCARENHAS, Fábio Sampaio. *A regulação jurídica da integração dos modais de transportes no Brasil: o Sistema Nacional de Viação como instrumento para a superação do subdesenvolvimento*. 254 páginas. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NEWHOUSE, John. *Boeing vs. Airbus*. Nova York: Alfred A. Knopf, 2007.

PELA, Juliana Krueger. *As Golden Shares no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

- PELA, Juliana Krueger. Origem e Desenvolvimento das Golden Shares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103, p. 195-238, jan./dez. 2008.
- SALGADO, Rodrigo Oliveira. *Constituição e desenvolvimento: o mercado interno na Constituição de 1988*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- SILVA, Luiz Alberto da. Transferência de ações ordinárias da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.a. – EMBRAER – dos acionistas controladores da companhia a empresas francesas. *Revista de Direito Bancário*, do Mercado de Capitais e da arbitragem, São Paulo, n. 8, p. 197-217, abr./jun. 2000.
- SODI, Jacopo. Poteri Speciali, Golden Share e False Privatizzazioni. *Rivista delle Società*, Milano, n. 41, fasc. 2-3, p. 368-404 mar./giugno 1996. p. 377.
- TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não-democrática da ditadura brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, maio/agosto 2015, pp. 1047-1066.
- VICENTE, Maximiliano Martin. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

Data de recebimento: 12/08/2019

Data de aprovação: 31/10/2019

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRESENÇA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EM PRÉDIOS PÚBLICOS

THE CONSTITUTIONALITY OF RELIGIOUS SYMBOLS IN PUBLIC BUILDINGS

*Lucas Catib de Laurentiis**

*Guilherme Cosimato de Vasconcelos***

RESUMO

O trabalho investiga se a exibição de símbolos religiosos em prédios públicos viola a laicidade do Estado brasileiro. Questiona se toda e qualquer manifestação religiosa tem o condão de desrespeitar a Constituição Federal quando perpetrada na esfera pública. Para tanto foi necessário distinguir o Estado Laico do Estado Laicista, o que permite constatar que é possível que o fenômeno religioso esteja presente em âmbito estatal, desde que isso não signifique proselitismo. A religião é um fenômeno coletivo e não pode ser relegada à esfera privada. Ela deve ser vista como uma força social que influencia os padrões de comportamento e as próprias instituições estatais, que podem conceder posição de destaque para aquela confissão de fé que possui maior peso na realidade social. Logo, o princípio da neutralidade deve ser interpretado como não somente como um mandado de abstenção estatal em matéria de religião, mas uma norma que determina a tomada de ações que efetivamente garantam a liberdade religiosa.

Palavras-chave: Direito constitucional. Estado laico. Princípio da neutralidade. Liberdade religiosa.

ABSTRACT

The work investigates whether the display of religious symbols in public buildings violates the secularity of the Brazilian State. It questions whether any and all religious manifestations have the power to disrespect the Federal Constitution when perpetrated in the public sphere. Therefore, it was necessary to distinguish the Laic State from the Secular State, which shows that it is possible that the religious phenomenon is present at the state level, as long as this does not mean proselytism. Religion is a

* Doutor em direito pela Universidade de São Paulo. Professor do PPGD da PUC-Campinas.

** Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Advogado.

collective phenomenon and cannot be relegated to the private sphere. It must be seen as a social force that influences behavior patterns and state institutions themselves, which can give a prominent position to that confession of faith that has greater weight in social reality. Therefore, the principle of neutrality must be interpreted as not only a mandate of state abstention in matters of religion, but a norm that determines the taking of actions that effectively guarantee religious freedom.

Key-words: Constitutional law. Secular state. Neutrality principle. Religious freedom.

INTRODUÇÃO

A presença de símbolos religiosos em prédios públicos fere a laicidade do Estado garantida na Constituição de 1988? É possível que um Estado laico, como o brasileiro, crie feriados em datas religiosas? Cidades, Estados, monumentos, símbolos e festas nacionais podem ter seus nomes e significados atrelados a uma religião? Os entes federados brasileiros não devem “subvencionar” cultos ou crenças religiosas (art. 19, I, CF/88), mas isso faz com que todas essas ações sejam inconstitucionais? A separação entre Igreja e Estado é antiga no Brasil. Um dos primeiros atos da República brasileira foi justamente determinar essa separação (Decreto-Lei 119-A de 1890 e posteriormente positivada na Constituição de 1891). Hoje a liberdade de consciência e de crença é um direito garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso VI (BRASIL, 1988) e pelo Pacto de San José da Costa Rica no seu artigo 12. Mas o que isso efetivamente quer dizer? Com base em pesquisa jurisprudencial e documental este texto procura apresentar uma resposta mais realista para essas questões.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Março de 2012. Entidades da sociedade civil postularam, mediante expediente administrativo, a retirada de crucifixos nos espaços do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul destinados ao público.¹ Argumentaram que a existência de tais símbolos é incompatível com o princípio constitucional da impessoalidade da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) e com a laicidade do Estado (art. 19, I, da CF/88). Seguindo o voto do relator do processo,² o Tribunal decidiu que os símbolos religiosos, em especial os crucifixos, não são meramente elementos que refletem a tradição histórico-cultural do Brasil, mas sim objetos de devoção de determinado grupo religioso. Disse ainda que a isonomia foi igualmente violada no caso: afinal, o

¹ As postulantes foram: Rede Feminista de Saúde, SOMOS – Comunicação, saúde e sexualidade, NUANCES – Grupo Pela Livre Orientação Sexual, Liga Brasileira de Lésbicas, Marcha Mundial de Mulheres, Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0000620-85.2013.2.00.0000. *Diário da Justiça*. Brasília, 24 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ107_2016>. Acesso em: 04 out. 2018.

Poder Público não pode tratar pessoas de forma distinta. Por fim, a legalidade também teria sido desrespeitada, pois não há lei autorizando a permanência dos símbolos religiosos em prédios públicos. Crucifixos foram, então, retirados de todas as instalações do Poder Judiciário, porém, quatro anos depois, em 2016, foram recolocados sob o argumento de que os símbolos religiosos em questão não ferem a liberdade religiosa e não induzem indivíduos a aderirem a qualquer religião, o Conselho Nacional de Justiça decidiu recolocar os crucifixos nos prédios da Justiça gaúcha.³

Julho de 2009. O Ministério público federal ajuizou ação civil pública pleiteando a condenação da União à obrigação de retirar quaisquer símbolos religiosos presentes em locais de ampla visibilidade e de atendimento ao público das repartições públicas federais do Estado.⁴ Fundamentos: violação dos princípios da impessoalidade, isonomia, liberdade de crença e da laicidade, previstos constitucionalmente e que vinculam a Administração Pública, razão pela qual o referido símbolo deveria ser retirado do prédio. Sustentou-se ainda que a liberdade religiosa não permite que o Poder público estabeleça preferências em relação a determinado credo ou religião. Enfim, afirma o autor que o artigo 20 da Lei federal n. 7.716/89 tipifica a prática, o induzimento ou a incitação à discriminação ou preconceito de religião como ilícito penal, razão pela qual não poderia o Estado preferir uma crença em detrimento da outra, sob pena de se caracterizar discriminação. Em primeira instância, a sentença indeferiu o pedido, argumentando que a prestação do serviço público não seria afetada pela simples presença dos símbolos religiosos. Sustentou que o princípio da igualdade é o que rege a prestação dos serviços públicos, razão pela qual a crença religiosa de qualquer indivíduo não é óbice para a concretização deste preceito. Por fim, afirma que a presença de um crucifixo em um prédio público representa, na verdade, proteção à liberdade religiosa por parte do Estado e não sua supressão. Inconformado, o órgão ministerial interpôs recurso de apelação, que foi rejeitada pelo Tribunal Regional Federal com os mesmos argumentos adotados pela magistrada de primeira instância.⁵

³ Isso porque o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Pedido de providências n. 0001058-48.2012.2.00.0000, acatou o pedido formulado pelo Deputado Federal Onyx Dornelles Lorenzoni. O requerente contestou a decisão do Conselho da Magistratura de 2012, defendendo o valor histórico-cultural dos crucifixos.

⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Regional dos Direitos Humanos do Cidadão no Estado de São Paulo. *Ação civil pública com pedido de tutela antecipada em face da União*. Petição Inicial. Processo n. 2009.61.00.017604-0. São Paulo, 31 jul. 2009. A ação foi ajuizada em razão de procedimento administrativo que apurou notícia de ostentação de símbolo religioso no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, instaurado pelo cidadão Daniel Sottomaior, presidente da Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos, que teria se sentido ofendido com a presença de um crucifixo na sede do órgão público em questão.

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0017604-70.2009.4.03.6100/SP. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região*. São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6457585>>. Acesso em: 05 set. 2018.

Novembro de 2012. Em situação semelhante, o Ministério Público Federal ajuizou Ação civil pública, visando condenar a União e o Banco Central do Brasil (doravante BACEN) à obrigação de fazer consistente em promover a retirada da expressão “Deus seja louvado” das cédulas de Real⁶. A demanda reproduz os argumentos utilizados na ação de 2009. Mais uma vez, a sentença foi de improcedência. Sustenta a magistrada que a liberdade religiosa e Estado laico são conceitos distintos entre si, ilustrando tal afirmação com o caso da Inglaterra que, com alto grau de liberdade religiosa, possui uma religião estatal oficial (Cristianismo) reconhecida em sua Constituição. Destaca também que não cabe o Poder Judiciário definir a permanência ou não da inscrição e que ela não ofende direito individual ou coletivo algum, lembrando a opção do constituinte nacional de incluir a proteção de Deus no preâmbulo da Constituição da República.

Essas decisões indicam que, na prática, o regime de separação entre Igreja e Estado brasileiro não exclui pontos de ação conjunta e cooperativa entre essas instâncias.⁷ Mais do que isso, tendo em vista que não existe só um conceito de laicidade,⁸ essas decisões indicam que argumentos abstratos e conclusões generalizantes a respeito do dever de neutralidade do Estado em relação às crenças religiosas não podem levar à conclusão na direção da proibição ou autorização da exposição de símbolos religiosos em espaços públicos. Para isso é necessário um estudo mais detalhado e aprofundado acerca das relações possíveis entre Estado e religião. É o que se desenvolve nos itens seguintes, partindo de uma análise da jurisprudência do direito comparado.

JURIPRUDÊNCIA COMPARADA

1991. Pais de estudantes de uma escola no Estado da Baviera, Alemanha, ajuizaram uma ação com pedido de liminar contra a instituição de ensino em que seus filhos estudavam. Não se conformavam com a existência de um crucifixo na sala de aula.⁹ O Tribunal Administrativo de Regensburg indeferiu o pedido de liminar afirmando que os crucifixos em sala de aula não violam o direito dos pais de educar seus filhos, nem os direitos fundamentais dos próprios filhos. A cruz seria somente um apoio para a educação religiosa dos estudantes, o que não

⁶ BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. Ação Civil Pública nº 0019890-16.2012.403.6100. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região*. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/9458>>. Acesso em 12/10/2018.

⁷ De forma similar, tratando do português, ver: MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade, *Observatório da jurisdição constitucional*, Brasília: IDP, Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014.

⁸ Nessa linha, ver: HIRSCHIL, Ran. *Constitutional theocracy*, Harvard University Press, 2010.

⁹ Para o acesso ao conteúdo da decisão, ver: SCHWABE, Jürgen. *50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, organização e introdução: Leonardo Martins, Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 366 e ss.

conflitaria com a ordem constitucional. Como a ação ordinária não foi provida, os pais dos alunos ajuizaram reclamação constitucional perante a Corte constitucional alemã (TCA). Por 5 votos contra 3, o primeiro senado da Corte considerou a reclamação fundada e procedente, do que se concluiu que a lei estadual que determinava a exposição de tal símbolo religioso é inconstitucional. O fundamento constitucional da decisão está no artigo 4, I, da Constituição Alemã de 1949, de acordo com o qual “a liberdade de crença, de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis”, do que resulta o direito subjetivo de todo cidadão se autodeterminar de acordo com sua crença e religião. O problema é que isso, de acordo com a mesma decisão, não significa que as pessoas tenham direito, em uma sociedade democrática que dá espaço a diferentes convicções religiosas, “a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe são estranhos”.¹⁰

Para contornar essa dificuldade, a Corte constitucional afirma que de tal artigo da Lei fundamental decorre do princípio da neutralidade estatal e do princípio da tolerância, razão pela qual o Estado deve permitir a livre manifestação religiosa, sem beneficiar ou tolher crença alguma. Diz ainda que a cruz está diretamente relacionada à convicção religiosa cristã e, por isso, não é um reflexo histórico-cultural de uma nação marcada pelo Cristianismo, mas sim o seu símbolo “por excelência”. A exposição de jovens e crianças durante longos períodos de tempo esses símbolos representa, portanto, uma grave interferência da liberdade de crença, assim como na liberdade da família de não expor seus filhos a dogmas por eles não compartilhados. Isso se torna ainda mais grave, diz a Corte, tendo em vista que a escola é local onde as potencialidades emocionais e afetivas dos alunos devem ser desenvolvidas. Fora isso, mesmo que os crucifixos não sejam aptos a ditar comportamentos ou testemunhos, eles possuem caráter apelativo e identificam o conteúdo religioso respectivo como digno de ser seguido. Finalmente, a Corte vê no caso um conflito entre os aspectos positivo (liberdade de expressar a crença) e negativo (liberdade de escolher a crença), do que decorreria o dever do legislador buscar o ponto de equilíbrio (concordância prática) entre esses direitos fundamentais. E, nesse ponto, a decisão afasta o princípio majoritário, que em sua visão não seria o método adequado para a resolução do conflito, vez que o direito fundamental em questão visa justamente proteger o direito das minorias.

Tal decisão sofreu severas críticas na literatura constitucional. Do ponto de vista dogmático, afirma-se com frequência que o aspecto negativo da liberdade religiosa não foi afetado em nenhum momento pela exposição dos símbolos religiosos – não

¹⁰ SCHWABE, Jürgen. *50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, organização e introdução: Leonardo Martins, Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 369.

se exigiu em nenhum momento que os alunos ou seus pais adotassem a religião cristã.¹¹ Nesse contexto, o Poder legislativo estadual aprovou uma nova lei obrigando as escolas a exporem os crucifixos em cada sala de aula, sob o fundamento de que seria uma figura representativa da cultura alemã. Por fim, os crucifixos foram recolocados.¹²

Em ambiente europeu, a situação se repetiu.¹³ O ano era 2002 quando a mãe de dois estudantes de uma escola pública em Abano Terme, Itália, questionou a diretoria da escola sobre a presença de crucifixos nas salas de aula em que seus filhos estudavam. Pleiteava a retirada destes. Com a negativa da direção, foi proposta reclamação perante o Tribunal Administrativo Regional de Veneto, argumentando que houve violação do princípio da laicidade e também dos princípios da igualdade, da liberdade religiosa e da imparcialidade das autoridades públicas (artigos 3, 19 e 97 da Constituição Italiana). Mencionou-se também o artigo 9 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (doravante Convenção), que garante a liberdade de pensamento, de consciência e de religião¹⁴. Em 2005 o Tribunal Administrativo negou o pedido, argumentando que a cruz representa um “símbolo de um sistema de valores que sustenta a própria Constituição da Itália”. A demandante apelou, então, para o Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*), Tribunal Administrativo Supremo na Itália. Tal órgão estatal confirmou a adequação da presença dos símbolos religiosos ao ordenamento jurídico nacional, vez que os decretos supramencionados expressamente os preveem nas instituições de ensino públicas.

Em 2006 foi interposto novo recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que em 2009 considerou que houve violação do artigo 9 da Convenção Europeia de Direitos do Homem, combinado com o artigo 2 do protocolo n. 1, do mesmo diploma normativo. Em sua decisão, o TEDH sustentou que o aspecto religioso dos crucifixos predomina sobre o cultural ou histórico. Sua presença nas escolas se chocaria com as convicções seculares da mãe demandante e também seriam objetos que poderiam causar perturbações emocionais nos estudantes não cristãos. Sublinhou, ainda, o TEDH que o Estado deve ser neutro em matéria de religião na educação pública, vez que tal neutralidade teria como objetivo promover o pensamento crítico aos alunos.

Contudo, o governo italiano solicitou, em 2010, a reanálise da matéria pela Grande Sala do TEDH, conforme permissão regimental e em 18 de março de 2011 o Tribunal mudou seu entendimento e decidiu que não houve violação dos

¹¹ Dentre outros, nessa linha, ver: MÜLLER, Jörg. Positive und negative religionsfreiheit, *JuristenZeitung*, n. 20 (1995), p. 996-1000, p. 999.

¹² Tal fato foi até mesmo noticiado na imprensa internacional: Independent UK. *Bavaria drafts crucifix law*. 1995. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/bavaria-drafts-crucifix-law-1575730.html>>. Acesso em: 26 out. 2018.

¹³ Caso *Lautsi v. Italia*, acórdão disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-104040&filename=001-104040.pdf>>. Acesso em 12/09/2018.

¹⁴ Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 12/09/2018.

mencionados dispositivos normativos.¹⁵ De acordo com essa nova decisão, a controvérsia deve ser analisada sob a luz do artigo 2 do protocolo n. 1, norma que determina que o Estado deve respeitar o direito dos pais a assegurar que a educação de seus filhos seja conforme às suas próprias convicções. Para o TEDH, esse dispositivo normativo é uma norma específica (*lex specialis*) em relação ao artigo 9 da Convenção, do que decorre o afastamento no caso da proteção da liberdade religiosa. Fora isso, considerou-se que cada Estado possui uma “margem de apreciação” para determinar quais são as ações que possam garantir o respeito ao mencionado direito dos pais em relação à educação de seus filhos. Isso quer dizer que a Corte europeia reconheceu que essa matéria está colocada sob a discricionariedade de cada entidade estatal. Por fim, argumentou o TEDH que o crucifixo é um símbolo passivo, não sendo capaz de influenciar, por si, os estudantes das escolas. Segue-se disso que o princípio da neutralidade estatal não teria sido desrespeitado, razão pela qual fora denegado o pedido da mãe.

ESTADO LAICO: UM CONCEITO EM TRANSFORMAÇÃO

Uma vez analisado o comportamento de alguns tribunais brasileiros e estrangeiros no que tange à solução de casos referentes ao problema analisado por este trabalho, cabe agora analisar as características de um dos conceitos mais polêmicos e mais obscuros da literatura constitucional: Estado Laico. A Constituição Federal brasileira não determina expressamente que o Estado Brasileiro seja laico e tampouco há definição do que consiste tal conceito em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro.¹⁶ Há, porém, uma regra no texto constitucional brasileiro que se aproxima disso. Diz o artigo 19, I, que os entes federados brasileiros não devem “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. O que isso quer dizer?

Há diversas interpretações. Uma delas sustenta que laico é o Estado que se relaciona com “a democracia, com a liberdade e com a igualdade”.¹⁷ Tal conclusão está fundada em pressupostos da teoria dos princípios, dentre eles, a conhecida distinção entre regras e princípios – aquelas, mandamentos de realização; estes, mandamentos

¹⁵ A esse respeito, dentre outros, ver: ALIDADI, Katayoun; FLOBLETS, Marie-Claire. European supranational Courts and the fundamental right to freedom of religion or belief, *Oxford Journal of Law and Religion*, v. 5, 2016, p. 532-540.

¹⁶ O Pacto de direitos civis e políticos trata da liberdade religiosa no art. 18, sem explicitar o que se entende por Estado laico.

¹⁷ ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 37.

de ponderação.¹⁸ Nesta chave, o artigo 19, I, da Constituição, seria uma regra jurídica, que possui sua sustentação em um princípio jurídico: a laicidade. Nessa linha, Laico é o Estado que garante a liberdade religiosa, não se associando com qualquer credo. É um estado neutro, imparcial. Nele, as escolhas políticas, as diretrizes estatais, por conseguinte, não são fundamentadas no âmbito da religião. O Estado laico é o Estado neutro, asséptico e distante. Um paradigma de Estado abstencionista e liberal.

De fato, como observou Stanley Fish¹⁹, a divisão entre as esferas pública e privada produz resultado desde que a religião não determine um comprometimento dos assuntos do mundo secular. Ao confinar as práticas religiosas no âmbito privado, a noção de Estado laico distancia a prática religiosa da esfera pública, o que leva ao comprometimento da pluralidade religiosa. O Estado Liberal, que não intervém nos assuntos particulares de cada pessoa e exige a neutralidade do espaço público, é também o Estado que distancia e silencia a diferença.²⁰ Fora isso, para que exista efetivamente uma neutralidade da ação estatal em relação aos credos religiosos, é necessário indicar o critério distintivo que separa, de forma neutra, os âmbitos de ação do Estado e da Religião. Um critério objetivo, que possa distinguir o que é essencial e o que é acidental em cada religião, seria uma ferramenta para que houvesse uma coexistência pacífica entre o âmbito sagrado e secular, pois bastaria que os religiosos se abstivessem de praticar os elementos acidentais de suas crenças no espaço público. Contudo, não é possível aferir tal critério, pois os critérios de validação e confirmação das crenças religiosas e das ações estatais são incomensuráveis. Como seria possível, afinal, determinar o que é inegociável e o que é circunstancial em cada sistema religioso?

Disso se conclui que qualquer discussão ou ato normativo que vise determinar o que é principal e o que é periférico em cada crença, apesar de pretender estabelecer o critério objetivo para que juristas e gestores públicos tomem as decisões mais justas, traria, invariavelmente, um desmantelamento da consciência individual.²¹ É como Bernhard Schlink adverte: “se a consciência serve como a autoridade final para o comportamento social, a ordem jurídica é minada; se a ordem jurídica é considerada como a autoridade final para o comportamento social, a consciência é ameaçada”.²² Tal impasse não é só teórico, pois dele pode

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁹ FISH, Stanley. *Mission Still Impossible*. In: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michael (ed.). *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 465-472.

²⁰ Na mesma linha, ver: SAJÓ, András, *Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism*, *INT'L J. CONST. L. (I•CON)*, v. 6, 605 (2008).

²¹ Nessa linha, ver: AUGSBERG, Ino. *Noli me tangere: Funktionale Aspekte der Religionsfreiheit*. *Der Staat*, v. 48, Issue 2 (2009): p. 239-258.

²² SCHLINK, Bernhard. *Conscientious Objections*. In: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michael (ed.). *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*. Cambridge University Press, Cambridge, 2018. p. 102-108, p. 107.

resultar o silenciamento da crença religiosa com base em critérios puramente estatais. Enfim, com o afastamento de determinados aspectos dos sistemas religiosos da vida comunitária, esvazia-se a própria religião, que muitas vezes presuppõe o exercício público de todos os aspectos da fé.

Como lidar com a religião neste contexto? Deve ser relegada ao espaço exclusivamente privado de modo a não interferir no discurso público, como ocorre em um Estado Laicista?²³ Enfim, a ausência de critérios objetivos para garantir o direito ao exercício da liberdade religiosa impede a coexistência do discurso religioso e secular? Tais indicam a necessidade de uma reformulação do princípio da neutralidade. Com esse objetivo, Karl-Heinz Lauder e Ino Augsberg ressaltaram que hoje ocorre em todo o mundo uma revitalização do fenômeno religioso, do que decorre a necessidade de repensar os critérios de identificação do âmbito de proteção da liberdade religiosa. Em tal cenário, o direito deve adaptar-se aos novos desafios, valendo-se das conclusões desenvolvidas em outras áreas do conhecimento, como a história e a sociologia.

De tudo isso se extrai que o Estado não deve considerar as manifestações religiosas como mero fenômeno irracional e privado. Ao contrário, as religiões devem ser vistas como “mecanismos extrapessoais de percepção, entendimento, julgamento e manipulação do mundo”.²⁴ Nesse sentido, o culto e a fé devem ser encarados como um agente capaz de organizar os processos sociais e psicológicos. E a religião deve ser conectada com a dinâmica das relações sociais, razão pela qual ela deve ser vista como um fenômeno *coletivo* e não somente individual.

Com base nesta perspectiva comunitária do conceito do religioso, é possível então afirmar que as crenças religiosas são construídas e constroem as memórias da sociedade desafiada pela necessidade de interpretar o mundo sob o jugo da incerteza.²⁵ Elas formam um “conhecimento comum”, um “ponto de referência compartilhado” que permite a vivência social. Nesse sentido, o Cristianismo é um exemplo latente, porquanto criou um leque de padrões de comportamento, valores, procedimentos aceitos socialmente, ao menos em grande parte dos países

²³ Nesse sentido, afirmando que “o laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas de fé. Baseado no racionalismo e no cientificismo, é hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas. Já a laicidade, como neutralidade, significa a isenção”, ver: TAVARES, André Ramos. O poder judiciário entre o Estado laico e a presença religiosa na constituição de 1988. In: LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). *Liberdade Religiosa no Estado Democrático de Direito*: questões históricas, filosóficas políticas e jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 120.

²⁴ AUGSBERG, Ino. Noli me tangere: Funktionale Aspekte der Religionsfreiheit. *Der Staat*, v. 48, Issue 2 (2009): 239-258, p. 249.

²⁵ No mesmo sentido, afirmando que “o homem religioso assume um modo de existência específica no mundo, e, apesar do grande número de formas histórico-religiosas, este modo específico é sempre reconhecível”, ver: ELIANE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência das religiões*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 163.

ocidentais. Tais realizações culturais não podem ser secularizadas ou neutralizadas, sob pena de eliminar a religião.²⁶

Seguindo tal linha de raciocínio, é possível afirmar que certas religiões, em razão de seu critério qualitativo, *i.e.*, sua influência na construção da respectiva sociedade em que sejam dominantes, possuem um *status* diferenciado, mesmo em um Estado Laico.²⁷ Por tudo isso, neutro não é o estado que simplesmente se abstém do âmbito do religioso, deixando que as diversas religiões se autorregulem em suas relações. Ao contrário, o Estado deve garantir que a liberdade religiosa seja efetivada para além de tal garantia puramente formal, conferindo, assim, tratamento diferenciado para as religiões e cultos, de acordo com a sua proeminência dentro do processo de formação da sociedade. Tal tratamento desigual tem como objetivo atingir a igualdade material de tratamento e, por isso, está de acordo com a nova configuração mundial do fenômeno religioso e representa uma remodelagem do princípio da neutralidade. Enfim, neste sentido, é possível afirmar que eventuais manifestações religiosas realizadas dentro da esfera do Poder Secular podem ocorrer desde que não tenham uma finalidade missionária, visando o proselitismo, porque, neste caso, haveria uma imposição estatal unilateral de uma crença, o que configuraria uma nítida confissão religiosa estatal.

ANÁLISE CRÍTICA DA CONTROVÉRSIA

Afirma-se, com frequência que o Brasil é um país cuja população majoritariamente cristã, do que se extrai a autorização constitucional para a ostentação de símbolos religiosos em prédios públicos, uma vez que tal seria a vontade da maioria.²⁸ A razão da manutenção dos símbolos religiosos estaria, portanto, no princípio democrático (artigo 1º da Constituição Federal de 1988), que fundamentaria a ideia de que a vontade da maioria deve reger as decisões estatais, como uma forma de dirimir os conflitos entre as diferentes ideias e vontades de cada indivíduo. Há, porém, um problema nessa linha de argumentação. Para que fosse possível aferir que a vontade da maioria cristã pela manutenção dos símbolos religiosos em prédios públicos seria necessário pressupor uma uniformização no pensamento de todos os integrantes desse grupo religioso. Mas como é possível garantir que todos os cristãos – independentemente da ramificação de tal religião que pertencerem – possuem a mesma

²⁶ LAUDER, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. The Myth of the Neutral State: the relationship between state and religion in the face of new challenges. *German Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 143-152, 2007, p. 150.

²⁷ De forma similar, sustentando que a completa ausência de ação do estado em conferir direitos a determinadas práticas religiosas gera a dissolução do conceito de neutralidade do Estado, que neste sentido se identifica com o mandamento cristão de abstencionismo Estatal, conferir: POSCHER, Ralf. Totalität – Homogenität – Zentralität – Zonsistenz, *Der Staat*, v. 39, n. 1 (2000), pp. 49-67.

²⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 320.

vontade e a mesma compreensão a respeito desse tema? Sem uma resposta convincente a essa questão, a simples indicação quantitativa da predominância dos adeptos de uma crença não pode levar à solução da questão.

Fora isso, como também já foi aqui mencionado, um dos aspectos relevantes da compreensão pluralista do regime democrático está na abertura ao convívio com as diferenças. Isso significa que o espaço público deve estar sempre aberto à manifestação das mais diversas crenças religiosas. Mas é duvidoso que disso se possa extrair a conclusão segundo a qual as diferentes ideologias e formas de compreensão do mundo, presentes no meio social, irão sempre ter a mesma força argumentativa e a mesma visibilidade perante o público. Ao contrário, o papel de um Estado democrático é justamente abrir as portas para que todos possam manifestar-se, sem interferir na distribuição social das oportunidades de fala.²⁹ Disso se extrai que sempre uma compreensão do mundo sobressairá perante as outras, sem que isso possa significar a exclusão de pontos de vista contrários ou da crítica ao pensamento dominante. Assim, em questão religiosa, assim como em todas as demais, nem sempre a vontade da maioria irá prevalecer. De fato, se e quando a manifestação de uma crença religiosa representar o silenciamento e a perseguição de grupos minoritários, o Estado terá o dever de intervir na distribuição de oportunidades, protegendo as minorias e exigindo que a posição predominante não se converta em perseguição dos mais desfavorecidos. Os direitos fundamentais apresentam aqui seu caráter contra-majoritário.

Essas conclusões se aplicam à manutenção de crucifixos em repartições públicas? Uma resposta afirmativa pressupõe a análise de duas questões. Primeiro, é necessário verificar se os crucifixos sempre e necessariamente representam a religião cristã, ou se eles podem ser pensados como uma manifestação cultural identificadora da comunidade. No caso brasileiro, há de fato uma forte influência da religião católica que imbuiu sua tradição cultural, do que se poderia concluir que os crucifixos seriam uma manifestação histórica e cultural; não uma forma de proselitismo ou de privilégio religioso. Mesmo em tal contexto, permanece a questão: como seria possível dissociar o conteúdo religioso dos crucifixos? É certo que símbolos, dentre eles o crucifixo, não têm um significado fixo, pois a sua interpretação está diretamente vinculada ao imaginário coletivo e à carga emocional a eles vinculada. Nesse sentido emocional e mitológico o crucifixo evoca o momento do “despertar do coração para a compaixão, a transformação

²⁹ Cf., nessa linha: DE LAURENTIIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos / Freedom of Expression: Theories, Foundations and Case Analysis. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], mar. 2020. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/44121>>. Acesso em: 14 jun. 2020

da paixão em compaixão”.³⁰ Em termos religiosos é igualmente certo que a cruz pode assumir várias formas, sendo utilizada em cultos judaicos, ortodoxos e tauistas. Se isso é certo, a questão passa a se referir não só ao sentido histórico do símbolo, mas também da forma que esse símbolo é percebido e interpretado pelo observador que com ele é confrontado. Dessa forma, a proibição de crucifixos em repartições públicas deve pressupor que todo observador identifica esse símbolo com a tradição cristã, pressuposto que se mostra problemático quando a cruz não está acompanhada da figura de Cristo. Nesse ponto, é preciso reconhecer que o cristianismo tem como sua figura central Jesus Cristo, que se apresenta na figura de um Deus sacrificado para trazer a salvação aos fiéis justamente na imagem da cruz. Trata-se, portanto, de um símbolo que fundamenta a própria religião. Não é um mero aspecto circunstancial.³¹

Porém, como já foi analisado aqui, a prática da religião possui alta relevância para solidificar a coesão social.³² Por isso, não é compatível com a noção de Estado Laico a ideia de repressão a qualquer tipo de manifestação religiosa. Deve haver, isso sim, uma relação equilibrada das influências que as religiões exercem no meio social, sem que isso signifique a ausência de predominância de uma crença. E nesta perspectiva, vistas como um fenômeno histórico e cultural, as religiões podem alterar certos aspectos da vida pública, sendo possível que o Estado proteja certas manifestações religiosas sem que isso configure privilégio arbitrário, desde que não haja proselitismo de sua parte. Segue-se desses pressupostos que é possível visualizar o custeio para a manutenção de prédios e monumentos que constituam patrimônio nacional, mesmo que vinculados a alguma religião, eis que constituem partes integrantes da memória histórica do país, sendo notoriamente símbolos culturais, muito antes de serem apenas religiosos.³³ Da mesma forma, não há razão para se excluir a priori a possibilidade de prédios públicos ostentarem símbolos religiosos representativos da tradição ou da cultura em que o Estado se encontra envolto. Não há violação da liberdade religiosa neste cenário.³⁴

³⁰ CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito*: entrevista com Bill Moyers, São Paulo: Athena, 1990, p. 129

³¹ Em sentido contrário, afirmando que todo símbolo, desvinculado do contexto, não tem sentido próprio: STEINBERG, R. Religiösen symbolen im sekulären Staat, *Der Staat*, v. 56, p. 157-192, 2017, p. 182.

³² LAUDER, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. The Myth of the Neutral State: the relationship between state and religion in the face of new challenges. *German Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 143-152, 2007, p. 148.

³³ Mencione-se, por exemplo, o próprio Cristo Redentor no Rio de Janeiro, o Santuário do Bom Jesus de Matosinhos em Minas Gerais, que é a obra prima do artista barroco Aleijadinho ou o Pátio do Colégio de São Paulo. São obras com conteúdo notoriamente religioso e que são tombadas como patrimônio nacional.

³⁴ O mesmo raciocínio é válido para a questão dos nomes de cidades. Estes representam a memória histórica do país, não sendo incompatível com o Estado Laico sua manutenção. Vale

No caso dos crucifixos fixados em tribunais, há um problema adicional. No caso dos crucifixos fixados em escolas, o Tribunal constitucional alemão salientou que a habitualidade e o tempo de permanência dos estudantes no espaço em sala de aula era um ponto de diferenciação em relação ao caso da exposição do crucifixo em tribunais.³⁵ Fora isso, é preciso observar que os estudantes, sobretudo aqueles que cursam os níveis mais básicos de educação, são naturalmente mais suscetíveis a influências e direcionamentos em sua formação. Em relação a eles, a exposição a símbolos quaisquer, inclusive os religiosos, configura uma intervenção muito mais intensa na liberdade de crença e consciência.³⁶ Essa conclusão não pode ser diretamente transplantada para a exposição de símbolos em tribunais, tendo em vista que os servidores que trabalham habitualmente nesses locais têm, em sua grande maioria, formação universitária e foram todos submetidos a exigentes provas de seleção em concursos públicos.

Afirmar que essas pessoas são severamente afetadas em sua crença pessoal com a exposição de crucifixos em seus locais de trabalho soa como um grande exagero. Elas não foram obrigadas a acreditar na crença representada por esse símbolo religioso, quanto menos foram doutrinadas ou expostas a um discurso religioso persistente. Foram simplesmente confrontadas com um símbolo que, de resto, é conhecido e difundido em todo o território brasileiro. Fora isso, em um ambiente democrático é evidente que choque entre ideias ocorrerão. Em um Estado laico esses confrontos são inevitáveis, do que sempre decorrerá a predominância de influência que uma religião: as crenças são fenômenos coletivos que moldam a realidade.³⁷ A democracia e a laicidade não excluem, portanto, a oportunidade de as minorias religiosas lutarem por espaço e reconhecimento, justamente por ser um ambiente plural. Mas isso não quer dizer que esses grupos possam exigir que todos adotem seus pontos de vista, seus símbolos religiosos, ou alterem as suas tradições em função da divergência.

ressaltar, ademais, que nomes próprios, como São Paulo, Espírito Santo, não possuem um sentido intrínseco e, portanto, uma carga religiosa, mas tão somente se referem a objetos existentes no mundo fático, ou seja, a cidades. Tais nomes somente se referem a algum objeto, não possuindo um sentido religioso imediato, razão pela qual não é possível afirmar que contêm em si uma carga religiosa que configure um proselitismo religioso (Cf. nesse sentido: FREGE, Gottlob. Sobre o Sentido e a Referência. *Revista Fundamento*, Ouro Preto, v. 1, n. 3, p. 21-44, agosto de 2011, p. 22).

³⁵ Cf. SCHWABE, Jürgen. *50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, organização e introdução: Leonardo Martins, Montevidéu: Konrad Adenauer Stieftung, 2005, p. 371.

³⁶ Na mesma linha, ver: BÖCKENFÖRDE, E-Wolfgang. *Kopftuchstreit auf dem richtigen Weg?*, *NJW*, Heft 10, p. 723-729, 2001.

³⁷ Cf. LAUDER, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. *The Myth of the Neutral State: the relationship between state and religion in the face of new challenges*. *German Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 143-152, 2007, p. 149.

CONCLUSÕES

Em um mundo polarizado e radicalizado, a necessidade de se criar espaços de convivência plurais e pacificação das tensões ideológicas é cada vez mais premente. Mas é justamente quando a tolerância é mais necessária que o radicalismo se faz mais presente. Em tal contexto, o debate e a discussão são convertidos em guerras políticas e o debate religioso é, ao mesmo tempo, convertido em um confronto existencial. Enfim, nesse contexto, o debate sobre a constitucionalidade dos símbolos religiosos em prédios públicos no Brasil fica cada vez mais longe de assumir um consenso. Polêmica, a questão ainda exalta os ânimos dos debatedores, o que muitas vezes prejudica um intercâmbio de ideias pautado na racionalidade. Por um lado se afirma com paixão que o Estado laico deve ser neutro em relação às crenças e símbolos religiosos, conclusão que é derivada de forma direta, imediata e muitas vezes irrefletida da Constituição de 1988, sem que se identifique a passagem desse texto que explicitamente proíba tal ação. Por outro, se considera com veemência que o Estado deve adotar a crença prevalente na sociedade e nenhuma outra. A persistência desse conflito indica que o princípio da neutralidade precisa ser remodelado em face das novas transformações sociais contemporâneas e que não é possível relegar o fenômeno religioso à esfera privada dos cidadãos. Em específico, no que diz respeito à manutenção de símbolos religiosos em Tribunais, não se pode pressupor que a simples confrontação de crucifixos tenha o efeito de interferir na autodeterminação religiosa dos cidadãos.

Isso não quer dizer que tudo pode ser feito em matéria religiosa pelos agentes estatais. No Brasil, para além dos símbolos religiosos em prédios públicos é possível constatar outras manifestações da religião na esfera do Poder secular. O artigo 79, § 1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por exemplo, preceitua que nas sessões públicas a Bíblia deverá ficar à disposição para que qualquer presente possa usar dela. Existem, ainda, programas da rede pública de televisão que exibem cultos evangélicos, evidenciando-se o uso de uma concessão pública para o proselitismo religioso. Enfim, há órgãos estatais, como Câmaras de Vereadores, que celebram cultos religiosos com entidades evangélicas³⁸. Nesses casos, ao que parece, há efetiva doutrinação e a utilização de órgãos públicos para a difusão de uma crença pessoal específica. Se o proselitismo deve ser admitido quando realizado por particulares, é certo que o Estado deixa sua posição de garantidor do livre debate religioso quando é cooptado por grupos de pressão ideológicos ou religiosos.

Disso se extrai que, apesar de a manutenção dos símbolos religiosos em Tribunais não violar a Constituição Federal, há outras manifestações religiosas

³⁸ Como consta desta notícia da revista Veja sobre a celebração de cultos na Câmara de Vereadores da cidade de São Paulo: <<https://veja.abril.com.br/brasil/camara-municipal-de-sao-paulo-e-transformada-em-templo-religioso-uma-vez-por-semana/>>. Acesso em 12/10/2018.

– especialmente a celebração de cultos em órgãos públicos e o uso de concessões públicas para realizar proselitismo religioso – que merecem ser repensadas. O Estado brasileiro ainda apresenta violações à igualdade de chances em matéria religiosa e à laicidade. Porém, o distanciamento deste ideal não se dá por conta de símbolos religiosos em prédios públicos, da menção de Deus na Constituição Federal e nas cédulas do dinheiro ou da simples existência de uma bancada evangélica na cúpula do Poder Legislativo Federal, mas sim de condutas que evidentemente configuram proselitismo religioso perpetrado em âmbito estatal, tais como cultos realizados nos órgãos do Poder Público e uso de concessões públicas para transmitir tais cultos. Os símbolos, os mitos e a simbologia religiosa estão presentes na identidade e na cultura ocidental. Esses signos devem ser estudados, interpretados e compreendidos; não eliminados. Com isso se pode criar um espaço público mais representativo e plural, onde a tolerância e o diálogo substituem o confronto e o conflito; onde, enfim, a manifestação religiosa não é confrontada com a possibilidade do silenciamento, mas tolerada como um elemento constitutivo e essencial da vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALIDADI, Katayoun; FLOBLETS, Marie-Claire. European supranational Courts and the fundamental right to freedom of religion or belief, *Oxford Journal of Law and Religion*, v. 5m 2016, p. 532-540.
- AUGSBERG, Ino. Noli me tangere: Funktionale Aspekte der Religionsfreiheit. *Der Staat*, v. 48, Issue 2 (2009): p. 239–258.
- BÖCKENFÖRDE, E-Wolfgang. Kopftuchstreit auf dem richtigen Weg?, *NJW*, Heft 10, p. 723-729, 2001.
- CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito: entrevista com Bill Moyers*, São Paulo: Athena, 1990.
- DE LAURENTIIS, Lucas Catib; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos / Freedom of Expression: Theories, Foundations and Case Analysis. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], mar. 2020. ISSN 2179-8966.
- ELIANE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência das religiões*, São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FISH, Stanley. Mission Still Impossible. In: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michael (ed.). *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 465-472.
- FREGÉ, Gottlob. Sobre o Sentido e a Referência. *Revista Fundamento*, Ouro Preto, v. 1, n. 3, p. 21-44, agosto de 2011.
- HIRSCHIL, Ran. *Constitutional theocracy*, Harvard University Press, 2010.
- AUGSBERG, Ino. Noli me tangere: Funktionale Aspekte der Religionsfreiheit. *Der Staat*, v. 48, Issue 2 (2009): 239–258.

- LAUDER, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. The Myth of the Neutral State: the relationship between state and religion in the face of new challenges. *German Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 143-152, 2007.
- MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade, *Observatório da jurisdição constitucional*, Brasília: IDP, Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- POSCHER, Ralf. Totalität – Homogenität – Zentralität – Zonsistenz, *Der Staat*, v. 39, n. 1 (2000), pp. 49-67.
- SAJÓ, András, Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism, *INT’L J. CONST. L. (I•CON)*, v. 6, 605 (2008).
- SCHLINK, Bernhard. Conscientious Objections. In: MANCINI, Susanna; ROSENFELD, Michael (ed.). *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*. Cambridge University Press, Cambridge, 2018. p. 102-108.
- STEINBERG, Rudolf. Religiösen symbolen im sekulären Staat, *Der Staat*, v. 56, issue 2, p. 157-192, 2017.
- FREGE, Gottlob. Sobre o Sentido e a Referência. *Revista Fundamento*, Ouro Preto, v. 1, n. 3, p. 21-44, agosto de 2011.
- SCHWABE, Jürgen. *50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, organização e introdução: Leonardo Martins, Montevidéu: Konrad Adenauer Stiefung, 2005.
- TAVARES, André Ramos. O poder judiciário entre o Estado laico e a presença religiosa na constituição de 1988. In: LAZARI, Rafael José Nadim; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). *Liberdade Religiosa no Estado Democrático de Direito*: questões históricas, filosóficas políticas e jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 120.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica da PRPE*, Pernambuco, v. 1, n. 5, p.1-17, maio 2007.
- SCHLINK, Bernhard. Conscientious Objections. In: *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*. Cambridge University Press, Cambridge, 2018. p. 102-108.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Data do recebimento: 15/06/2020

Data de aprovação: 20/06/2020

A REALIDADE DO REALISMO

THE REALITY OF REALISM

*João Paulo Forni**

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy***

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo, por meio de revisão bibliográfica e análise de estudos empíricos, investigar a aproximação do realismo jurídico norte-americano com recentes descobertas da economia comportamental. Aquela corrente de pensamento tem como marca o ceticismo quanto à dedutibilidade do direito, assim como a ideia de que diversos fatores, conscientes e inconscientes, interferem nos julgamentos. A economia comportamental é ramo da ciência econômica que, englobando aspectos da psicologia, vem ganhando proeminência, inclusive com dois recentes prêmios Nobel, e, por meio de verificações empíricas, chegou a conclusões muito parecidas com ideário do realismo jurídico, o que demonstra a atualidade dos pressupostos desse movimento histórico.

Palavras-chave: Economia comportamental. Realismo jurídico norte-americano.

ABSTRACT

This article intends, through documentary analysis and literature review, to investigate the approximation of American legal realism with recent discoveries of behavioral economics. That way of think the Law emphasizes skepticism about the deductibility of the law and the idea that several factors, both conscious and unconscious, interfere with judgments. Behavioral economics is a branch of economic science that, covering aspects of psychology, has been gaining prominence, including two recent Nobel Prizes, and, through empirical verifications, has reached conclusions that are very similar to the ideals of American legal realism, which demonstrates the actuality the assumptions of this historical movement.

Keywords: Behavioral economics. American legal realism.

* Mestre em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Graduado em Administração. Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. <<http://lattes.cnpq.br/3520330187873051>>.

** Livre docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Procurador da Fazenda Nacional. <<http://lattes.cnpq.br/2987368350054932>>.

INTRODUÇÃO

O realismo jurídico é um movimento que busca explicar a experiência jurídica não com base nos ideais de justiça ou nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas na realidade social e nas ações dos homens que constroem, a partir de seu comportamento, as regras de conduta que os governam.¹

De acordo com essa corrente de pensamento, os jusnaturalistas pecam porque substituem o direito real – aquele que efetivamente é aplicado – pela aspiração à justiça. Já os juspositivistas pecam porque o substituem o direito real pelas regras impostas e formalmente válidas, muitas vezes pura forma vazia de conteúdo.²

O movimento realista foi, ao longo do tempo, acentuando-se em termos de violência e revolta antiformalista, sendo possível dividi-lo em três momentos: o primeiro, denominado escola histórica do direito, encabeçado por Savigny, para quem o direito não se deduz de princípios racionais, mas é fenômeno histórico, que nasce espontaneamente do povo; o segundo, chamado de concepção sociológica do direito, que, em apertada síntese, enfatiza o direito judiciário (elaborado pelos juízes) e culmina na jurisprudência dos interesses, de Philip Heck; e, por fim, o terceiro, denominado realismo jurídico norte-americano, objeto deste artigo.³

O realismo jurídico norte-americano parte da premissa de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica. O pensamento é instrumento para ajuste das condições de vida, e a reflexão jurídica é mecanismo para resolução de problemas concretos. Abandona-se a metafísica e os construídos românticos de direito natural, em favor do pragmatismo, da utilidade prática, da atuação fática.⁴

Para os realistas norte-americanos, não existe um Direito objetivo ou objetivamente dedutível dos costumes, da lei ou do precedente jurídico. O Direito seria contínua criação do juiz no ato em que decide uma disputa, em uma negação do princípio da certeza jurídica. A consequência lógica desse raciocínio é que a certeza jurídica é um mito, com traços de infantilidade, que deve ser derrubado para dar lugar a uma ideia de direito como criação contínua e imprevisível por parte do magistrado.⁵

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 62.

² *Ibidem*, p. 63-64.

³ *Idem*, p. 62.

⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: Edição do Autor, 2013. p. 5.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 65.

Esse ceticismo quanto à dedutibilidade do direito, somado à ideia de que diversos fatores, conscientes e inconscientes, interferem nos julgamentos, sugerem uma aproximação do pensamento realista em relação a recentes descobertas da economia comportamental, campo de estudo que vem ganhando cada vez mais relevo, o que pode ser atestado pelo Prêmio Nobel de Economia atribuído a Daniel Kahneman, em 2002⁶, e a Richard Thaler, em 2017, ambos expoentes desse ramo da ciência econômica.⁷

A economia comportamental parte de uma crítica à abordagem tradicional da economia, centra na concepção do “homo economicus”, que seria um tomador de decisões racional, ponderado, focado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada para processar informações. A essa visão, contrapõe-se a ideia de que a realidade é formada por pessoas fortemente influenciadas por fatores emocionais, pelas decisões de outras pessoas e que decidem baseando-se em hábitos, experiências e regras práticas simplificadas; aceitam soluções que sejam apenas satisfatórias; tomam decisões rapidamente, sem calcular diversas possibilidades; e têm dificuldades de conciliar interesses de curto e longo prazo.⁸

O presente artigo tem como objetivo, por meio de revisão bibliográfica e análise de estudos empíricos, investigar a aproximação entre o realismo jurídico norte-americano e a economia comportamental, demonstrando, com isso, a atualidade do pensamento realista em certos aspectos.

DO REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO À ECONOMIA COMPORTAMENTAL

O realismo jurídico norte-americano é uma concepção do direito que floresceu na primeira metade do século XIX, nos Estados Unidos.⁹ Parte da premissa de que Direito é o que efetivamente acontece nos tribunais, e não a letra da lei, que teria menos importância. A ênfase no que ocorre, de fato, nas cortes acaba por colocar em xeque a tese da previsibilidade jurídica, levando à associação do realismo ao ceticismo – quando se questiona a confiança na norma nua – e ao relativismo – que sugere a incerteza associada à aplicação da norma, uma vez que dependerá de vários fatores, nem sempre jurídicos ou previsíveis.¹⁰

⁶ MLA style: *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

⁷ MLA style: *The Prize in Economic Sciences 2017*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

⁸ ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (coord.). *Guia de economia comportamental e experimental*: economiacomportamental.org, 2015. p. 14-15.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 65.

¹⁰ KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 481-482.

O pai espiritual do realismo americano é Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935).¹¹ Considerado o primeiro juiz da Suprema Corte norte-americana a repudiar o tradicionalismo jurídico e impulsionar interpretações evolutivas do direito, com deferência às mudanças da consciência social¹², Holmes ficou conhecido como “*the great dissenter*”, devido a sua discordância para com posições formalistas de seus colegas.¹³ Uma passagem de sua obra “*The Path of Law*”, ilustra a ênfase realista nas decisões judiciais:

(...) se olharmos da perspectiva de nosso malfeitor, veremos que ele não liga para axiomas ou deduções, mas o que ele quer realmente saber é o que os tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra poderão fazer de fato. Penso de modo muito semelhante ao dele. As profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso que isso, é o que quero dizer com direito.¹⁴

O antiformalismo, portanto, é marca dos realistas e característica que os une. No âmbito do ensino jurídico, Christopher Columbus Langdell – dirigente da *Harvard Law School* – e seu método do *case law*, cujo objetivo central era alcançar princípios que regem as decisões judiciais e regem o direito, foram alvos dos realistas, que viam esse método de ensino como uma apologia ao formalismo.¹⁵

Ainda no que concerne a Langdell, não apenas seu método de ensino baseado no caso foi severamente criticado pelos realistas, mas também sua concepção de teoria do direito, que propugnava certa cientificidade jurídica no ato de desvendar princípios e regras. Essa crítica fica bem demonstrada no seguinte trecho de Joseph Bingham (professor de Stanford e um dos pioneiros do realismo norte-americano):

Eu desejo combater especialmente a atual ideia vaga que prega que o objetivo da investigação científica é a extração dos seus esconderijos e a domesticação de feras selvagens da floresta da ignorância conhecidas como princípios e regras. Nós somos guiados inconscientemente pelo senso comum a pensar os princípios e regras como coisas tangíveis existentes fora da mente humana que podem ser percebidas por pessoas inteligentes ou treinadas e comunicadas a outros. (...) a concepção de princípios e regras indicada por tal linguagem é errada (...).¹⁶

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 65.

¹² *Ibidem*, p. 65.

¹³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, jul./set. 2006, p. 91.

¹⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. Project Gutenberg Etext#2373. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: Edição do Autor, 2013. p. 20.

¹⁶ BINGHAM, Joseph W. What is the Law? *Michigan Law Review*, v. 11, n. 1, 1912, p. 1-25. p. 4.

Outro expoente do movimento realista, e o mais importante no contexto desse artigo, é Jerome Frank (1889-1957). Com experiência na advocacia e na magistratura, Frank ganhou a alcunha de radical e ficou conhecido pelas inserções da psicanálise em observações acerca do direito e das decisões judiciais.¹⁷

Em um espectro de suas influências, o realismo se vincula, à esquerda, ao movimento *Critical Legal Studies* (CLS), capitaneado por Roberto Mangabeira Unger. Mais radicais, as propostas do CLS giram em torno da fusão entre direito e política, envolvendo-os em um processo de transformação consciente e perpétuo. Busca-se repensar elementos básicos da “ordem institucional estabelecida”, como livre mercado, democracia e propriedade privada.¹⁸

À direita do espectro, o realismo se vincula ao movimento *law and economics*, tendo como expoente o juiz federal norte-americano e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, Richard Posner. Essa escola vê o direito como ferramenta de alteração de incentivos e prega, numa acepção extrema, um conceito de justiça fundado na maximização da riqueza. Parte-se, aqui, do pressuposto de que cada indivíduo busca maximizar sua satisfação racionalmente.¹⁹

É possível colocar, como uma ramificação desse caminho (à direita), nos tempos atuais, a economia comportamental. Esse ramo da economia, como afirmado na introdução, parte de uma crítica à abordagem tradicional da economia, centrada na tomada de decisão racional, partindo de uma capacidade ilimitada para processar informações²⁰, para uma visão mais realista dos fatores psicológicos e emocionais que regem as decisões dos indivíduos. A economia comportamental representa, portanto, um retorno ao ceticismo manifestado inicialmente por Jerome Frank, que já vislumbrava a decisiva influência de fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais. Frank, inclusive, chamava esses fatores de vieses²¹, assim como fazem certos economistas comportamentais.²²

Em que pese a atualidade das ideias realistas, é necessário pontuar, antes de encerrar o presente tópico, o que aconteceu ao movimento, uma vez que os críticos (realistas) também foram severamente criticados.

¹⁷ FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. Jerome Frank e a incerteza no direito: um estudo de autor. In: LEMOS JUNIOR, Eloy; FREITAS, Lorena de Melo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Teorias da decisão e realismo jurídico*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 168.

¹⁸ KELLY, John Maurice. *Op. cit.*, p. 90 e 104.

¹⁹ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 571-572.

²⁰ ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (coord.). *Guia de economia comportamental e experimental*: economicomportamental.org, 2015. p. 14-15.

²¹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. x-xi.

²² Ver KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Em meados de 1930, crescia a aversão dos americanos a governos totalitários como o russo, o italiano e o alemão. Quanto mais a possibilidade de uma guerra se aproximava, a ideia de democracia era defendida com mais veemência. Nesse contexto, a crítica dos realistas ao método do caso e à forma de decisão dos magistrados terminava sendo encarada como uma forma de colocar a ideia de democracia em cheque, pois o ácido pensamento realista negaria padrões éticos e tornaria a lei uma força coercitiva amoral, levando ao totalitarismo. Tais ideias não seriam toleradas em um momento no qual os EUA precisavam de convicção e reafirmação de seus valores republicanos. Essa conjuntura fez com que os tradicionalistas prevalecessem, abafando a corrente realista na sua faceta de teoria do direito, o que resultou na derrocada desse movimento.²³

Contudo, na faceta relacionada ao ensino jurídico, o movimento realista deixou um legado que persiste até os dias atuais, qual seja a interdisciplinaridade, principalmente a integração do direito com a sociologia; como decorrência disso, a melhoria no material didático (livros de casos), que incorporaram a interdisciplinaridade defendida por Karl Llewellyn (um dos realistas mais conhecidos); a proliferação das disciplinas eletivas; a adoção de clínicas de prática jurídica; a aplicação da pesquisa empírica ao direito; e a melhoria das técnicas de ensino.²⁴

Em relação ao Brasil, é interessante o paralelo traçado por Paulo Macedo Garcia Neto entre o realismo norte-americano e a crescente preocupação de alguns intelectuais com a questão social. Segundo o autor, assim como o realismo apresentava-se como uma crítica ao modelo de Langdell e, na Suprema Corte dos EUA, como oposição ao *laissez-faire*, construía-se, no Brasil, uma forte oposição ao pensamento liberal que marcou a República Velha.²⁵

Segundo o autor, juízes progressistas inspirados no realismo, como Benjamin Cardozo e Louis Brandeis, lideravam os votos na Suprema Corte dos EUA em prol de um posicionamento mais deferente a medidas de proteção social. João Mangabeira e Oliveira Vianna, conhecidos defensores da questão social, em que pesem seus desencontros, foram buscar nos votos de Louis Brandeis tanto as críticas ao modelo liberal, como a defesa do *Welfare State*.²⁶

²³ FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origens, contribuições e principais autores. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, jan./jul. 2012. p. 6-33.

²⁴ *Ibidem*, p. 23-28.

²⁵ GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 154-156.

²⁶ *Ibidem*.

ECONOMIA COMPORTAMENTAL: HEURÍSTICAS E VIÉSES

Jerome Frank afirmou, referindo-se a juízes e membros de um júri, que julgamentos têm preconceitos, muitas vezes inconscientes, contrários ou favoráveis a testemunhas, juízes ou advogados. Dissequê, além dos conhecidos preconceitos raciais, religiosos ou econômicos, existem alguns escondidos, aos quais chamava “vieses inconscientes”. Exemplificou esses vieses como: reações menos ou mais intensas a mulheres, mulheres solteiras, ruivas, morenas, em relação à idade, ou, até mesmo, gestos ou tiques nervosos. Vieses esses que seriam impossíveis de reconhecer, o que levaria a uma impossibilidade de previsão dos “padrões comportamentais”.²⁷

As ideias de Frank têm uma forte conexão conceitual com as heurísticas e vieses propostos por Daniel Kahneman e Amos Tversky em artigo publicado originalmente na Revista Science em 1974 e, posteriormente, ampliados pelo próprio Kahneman no livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar* (2011). Heurística seria um procedimento simples que ajuda na formulação de respostas plausíveis, ainda que imperfeitas, a perguntas difíceis. Seriam métodos ou “regras de bolso” simplificadoras, utilizadas para fazer um julgamento ou resolver um problema. A confiança nessas heurísticas leva a erros sistemáticos, que se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares, chamados vieses.²⁸

Jerome Frank dizia que boa parte do que sugeria a psicologia carecia de empirismo e padecia de problemas em relação à precariedade de seus instrumentos.²⁹ No decorrer do artigo, serão apresentados estudos empíricos que preenchem, em parte, essa lacuna vislumbrada por Frank. Sua posição pela impossibilidade de padronização dos vieses fica atenuada pela sistematização dos erros cometidos nos julgamentos, em certa medida, passíveis de previsão.

Efeito halo

Como afirmou Frank, características pessoais de testemunhas, advogados ou juízes podem influenciar julgamentos, muitas vezes de forma inconsciente. Tais observações se conectam ao que se denomina efeito halo. Esse viés pode ser definido como a influência de uma avaliação global sobre avaliações relativas a aspectos específicos de uma pessoa³⁰, ou a tendência a gostar (ou desgostar) de

²⁷ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. x-xi.

²⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 10-14 e 127.

²⁹ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949. p. 21.

³⁰ NISBETT, Richard; WILSON, Timothy DeCamp. The Halo Effect: Evidence for Unconscious Alteration of Judgments. In: BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 35, n. 4, 1977. p. 250.

tudo o que diz respeito a alguém, incluindo o que não se observou. Como exemplo: ao se deparar com a frase “Hitler gosta de cachorrinhos e de gatinhos”, provavelmente o leitor ou ouvinte ficará chocado. Isso acontece porque o efeito halo induz ao raciocínio de que Hitler foi responsável pela morte de milhões de pessoas, o que significa que é cruel, portanto (e aqui está o “salto” representado pelo efeito halo) não pode ter nenhum traço de bondade, como gostar dos filhotes.³¹

O efeito halo também está ligado à sequência com que observamos as características de alguém. As primeiras impressões acabam por determinar as seguintes e possuem maior peso. No caso de opiniões, as primeiras opiniões ou argumentos tendem a influenciar os demais.³² Isso pode ser demonstrado com dois exemplos.

No primeiro, em um estudo, pediu-se que pessoas avaliassem a personalidade de Alan e de Ben, a partir das seguintes características:

Alan: inteligente – esforçado – impulsivo – crítico – obstinado – invejoso

Ben: invejoso – obstinado – crítico – impulsivo – esforçado – inteligente

O resultado foi que os participantes do estudo avaliaram Alan de forma mais favorável que Ben, o que demonstra o peso das características iniciais. Para testar o raciocínio provável dos participantes, pode-se dizer que a obstinação ou a impulsividade de uma pessoa inteligente é compreensível, enquanto uma pessoa invejosa e inteligente pode ser perigosa.³³

No caso do segundo, inicialmente é preciso explicar o que significa “erro decorrelato”. A partir da observação de um pote cheio de bolas de gude, solicita-se que indivíduos opinem sobre a quantidade de bolas no pote. Como consequência de avaliações exageradas e subavaliações, a tendência é que a média dessas avaliações seja precisa, quanto maior for o número de indivíduos. Porém, o erro decorrelato só ocorre se não houver influência de algumas opiniões sobre as outras (as opiniões – ou “erros” – não podem estar correlacionadas, por isso “decorrelato”). Caso as opiniões sejam coletadas em conjunto, o efeito halo enviesava o resultado e o efeito desaparece.³⁴

Ainda em relação ao efeito halo, um estudo realizado com 83 estudantes da Universidade de Princeton investigou a maneira como se julga a confiabilidade das pessoas a partir de fotos. A mudança de posição em relação à confiabilidade

³¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 107 e 250.

³² *Ibidem*, p. 108.

³³ Estudo reproduzido em KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 107-108, e publicado em ASCH, Solomon. Forming Impressions of Personality. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, v. 41, 1946, p. 258-90.

³⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 110.

das pessoas foi significativamente maior quando se compararam os resultados dos primeiros 50 milissegundos com os julgamentos realizados após 100 milissegundos de exposição às imagens. Esse resultado sugere que a maior parte da informação que utilizamos para fazer julgamentos de características pessoais é obtida nos primeiros 100 milissegundos de exposição a um rosto.³⁵

Outro estudo com temática análoga mostrou que inferências sobre a competência de candidatos a eleições baseadas exclusivamente na aparência de seus rostos possibilitam uma previsibilidade de quase 70%, em alguns casos, dos resultados reais das disputas. As verificações mostraram, ainda, que as previsões baseadas nos rostos foram linearmente relacionadas à margem de vitória dos candidatos. Tudo isso com uma exposição de menos de um segundo às fotos. Os resultados desse estudo sugerem que inferências rápidas e sem a devida reflexão podem contribuir de forma acentuada para a decisão sobre votos, que são considerados uma escolha racional, até como corolário da ideia de democracia.³⁶

Em conjunto, esses estudos permitem inferir a correção das observações de Frank, com o acréscimo da velocidade com o que os preconceitos são ativados e enviesam os julgamentos. O efeito halo é justamente o nome dado ao fenômeno explanado por Jerome Frank e observado nos estudos citados, quando características específicas, muitas vezes apreendidas de forma inconsciente, são tomadas como gerais e distorcem opiniões, podendo levar a julgamentos enviesados.

Ancoragem

O efeito de ancoragem é um viés que se enquadra, de forma mais clara, nas ideias de impossibilidade de padronização e inconsciência dos vieses, de Jerome Frank. Esse efeito ocorre quando alguém considera, em sua opinião (estimativa) sobre uma quantidade desconhecida, um valor particular, relevante ou não no contexto dessa quantidade.³⁷ A razão do nome “ancoragem” fica claro no seguinte estudo: visitantes do museu Exploratorium, separados em dois grupos (mais o grupo de controle) responderam a duas sequências de perguntas:

A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 365 metros?

Qual a sua melhor estimativa (*best guess*) sobre a altura da sequoia mais alta?

A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 55 metros?

Qual a sua melhor estimativa (*best guess*) sobre a altura da sequoia mais alta?

³⁵ TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; OOSTERHOF, Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social Cognition*, v. 27, n. 6, 2009, p. 815-819.

³⁶ TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu; GOREN, Amir, HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science Magazine*, v. 308, 2005. p. 16213.

³⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 110.

O resultado foi que os participantes que responderam à primeira sequência de perguntas ficaram “ancorados” na referência a 365 metros quando responderam à segunda questão e estimaram, em média, 257 metros. Já os participantes que responderam à segunda sequência de perguntas ficaram “ancorados” em um valor menor – resultando em 86 metros a média das respostas à segunda questão.³⁸

No caso da sequência, seria possível dizer que a pergunta daria uma dica a respeito da altura, o que explicaria a ancoragem. Porém, em estudo surpreendente, descobriu-se que mesmo “âncoras” aleatórias podem influenciar os indivíduos. Foram selecionados 52 juízes alemães, com idades que variavam entre 24 e 33 anos, para sentenciar uma mulher que havia cometido um delito. A partir da leitura de uma descrição do caso, os participantes lançavam dois dados. Os dados foram preparados para sempre caírem nos números 1 e 2 (somando 3) para o primeiro grupo e 3 e 6 (somando 9) para o segundo grupo (havia também o grupo de controle). Logo após esse procedimento, a sentença sugerida deveria ser escrita em um questionário. O primeiro grupo (soma 3) apresentou média próxima a 5 anos em suas sentenças, enquanto o segundo grupo (soma 9) apresentou média próxima a 8 anos. Tal resultado sugere um efeito de ancoragem de quase 50%.³⁹

A impossibilidade de estabelecimento de padrão comportamental e a inconsciência do viés, em relação à ancoragem, decorrem da dificuldade de precisar quais “âncoras” influenciarão os julgamentos – se uma ou várias delas, de que forma, com que peso e assim por diante. As ideias de Frank, novamente, se mostram compatíveis com as descobertas da economia comportamental, uma vez que os julgamentos dos juízes ou outros envolvidos em questões legais podem sofrer interferência de algo tão inusitado como um lançamento de dados.

Fome

Por fim, apresenta-se um viés inusitado: a interferência da fome nos julgamentos dos juízes. A frase: “direito é o que o juiz comeu no café da manhã”, comumente atribuída a Jerome Frank, mas de origem incerta, é uma caricatura comum do realismo jurídico norte-americano, no sentido de levar ao extremo a interferência dos mais variados fatores nas decisões judiciais.⁴⁰

Com o objetivo de testar empiricamente essa descrição caricata do realismo, pesquisadores realizaram um estudo com juízes israelenses, utilizando uma

³⁸ JACOWITZ, Karen; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 21, Issue 11, 1995. p. 1161-1166.

³⁹ ENGLISH, Brite; MUUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, n. 2, 2006. p. 194-195.

⁴⁰ LIEBMAN, Matthew. Who the judge ate for breakfast: on the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness. *Animal Law – Limits of Creativity*, v. 18:133, 2011. p. 134.

amostra de 1.112 decisões judiciais, a maior parte delas – 78,2% – composta por pedidos de liberdade condicional. Os requerentes haviam cometido crimes como assalto, roubo, estupro e assassinato.

O estudo concluiu que a probabilidade de uma decisão favorável ao requerente é maior logo no início do dia de trabalho e após uma pausa para lanche. O que surpreende nos resultados da pesquisa, entretanto, é a significativa diferença de probabilidade. No início da jornada de trabalho, a probabilidade de uma concessão de liberdade condicional – ou outra decisão favorável – é de aproximadamente 65%, caindo constantemente até quase zero no decorrer do dia, com o acúmulo de cansaço e fome. Logo após uma pausa para lanche, no entanto, essa probabilidade volta para aproximadamente 65% de sucesso dos pedidos.

Em um estudo posterior, essa correlação da fome com o sucesso de decisões judiciais foi atenuada⁴¹. Além disso, é quase impossível discriminar entre os efeitos da fome e do descanso nas decisões judiciais. Apesar dessas limitações, é interessante observar a plausibilidade da conhecida frase que leva ao extremo o ceticismo dos realistas, em uma clara demonstração da interferência de fatores externos ao caso e à lei no resultado de julgamentos.

CONCLUSÃO

Por meio de revisão bibliográfica e verificação de pesquisas empíricas, buscou-se demonstrar que o realismo jurídico norte-americano, com sua ênfase no que de fato acontece nos tribunais em um misto de relativismo e ceticismo, em especial no que diz respeito às ideias de Jerome Frank, encontra, na economia comportamental, evidências da plausibilidade de seu ideário.

Após um breve apanhado histórico do movimento, no qual foi pontuada sua origem na aversão ao método do caso utilizado e propugnado por Langdell, asseverou-se a sequência de correntes inspiradas no realismo, com destaque para o Critical Legal Studies (CLS), capitaneado pelo brasileiro Mangabeira Unger (à esquerda), e para a análise econômica do Direito (AED), capitaneada por Posner (à direita). Esses autores não são, ressalta-se, propriamente realistas, mas, seguindo os ensinamentos de John Kelly, tanto o CLS como a AED são movimentos que se originam na concepção realista, enfatizando uma análise mais próxima da realidade e menos idealizada da “ciência” jurídica.

Tal evolução histórica desemboca na economia comportamental, que é ramo da economia ligado à psicologia que tenta se aproximar ainda mais realidade ao levar em

⁴¹ Vide GLÖCKNER, Andreas. The irrational judge effect revisited: simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. *Judgment and Decision Making*, v. 11, n. 6, November 2016. p. 601-610.

conta sentimentos e emoções que interferem na tomada de decisão, não sendo o homem um ser eminentemente racional, como propugnado pela economia tradicional.

No âmbito da economia comportamental, o foco do artigo foram as heurísticas e os vieses delas decorrentes – erros sistemáticos, que se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares. O termo “viés”, inclusive, foi usado por Frank ao sugerir a impossibilidade de padronização do comportamento dos juízes, tendo em vista que cada um é influenciado – consciente ou inconscientemente – por incontáveis fatores.

Essa conclusão de Frank resta atenuada por alguns estudos que mostram certa repetição nos vieses, tornando-os, em parte, previsíveis. Todavia, como no caso da ancoragem, a gama de possibilidades é tão ampla que a ideia de Frank se aplica de forma mais acentuada.

Apresentaram-se o efeito halo, a ancoragem e, como viés mais inusitado do artigo, a fome. O primeiro pode ser caracterizado como a influência de uma avaliação global, que tomou por base uma característica marcante de algo ou alguém, em avaliações sobre aspectos específicos de uma pessoa. O segundo ocorre quando alguém considera, em sua estimativa sobre uma quantidade desconhecida, um valor particular, normalmente irrelevante no contexto dessa quantidade. O terceiro, é a simples influência da fome no resultado de julgamentos.

Todos esses fatores foram capazes de interferir nas decisões de juízes – ou outros profissionais ligados ao direito – onde, supostamente, só os autos, as provas e a lei deveriam levar a uma decisão racional. Isso contribui para demonstrar a atualidade do ideário realista – caracterizado pelo ceticismo quanto às regras e princípios orientadores do proceder jurídico, e por preconizar a existência de fatores externos influenciando fortemente nos julgamentos – por meio de evidências trazidas pela economia comportamental.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. (coord.). *Guia de economia comportamental e experimental*: economiacomportamental.org, 2015.

BINGHAM, Joseph W. What is the Law? *Michigan Law Review*, vol. 11, n. 1, 1912, pp. 1-25.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

ENGLISH, Brite; MUUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 32, n. 2. 2006.

FERNANDES, Manuela Braga; FREITAS, Lorena de Melo. Jerome Frank e a incerteza no direito: um estudo de autor. In: LEMOS JUNIOR, Eloy; FREITAS, Lorena de Melo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Teorias da decisão e realismo jurídico*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origens, contribuições e principais autores. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, jan./jul. 2012. p. 6-33.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Stevens & Sons Limited, 1949.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, jul./set. 2006.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of law*. Project Gutenberg Etext #2373.

Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002373.pdf>>.

Acesso em: 14 jan. 2018

JACOWITZ, Karen; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 21, Issue 11, 1995.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELLY, John Maurice. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LIEBMAN, Matthew. Who the judge ate for breakfast: on the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness. *Animal Law – Limits of Creativity*, v. 18:133, 2011.

MLA style: *The Prize in Economic Sciences 2017*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

MLA style: *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>. Acesso em: 4 jan. 2017.

NISBETT, Richard; WILSON, Timothy DeCamp. The Halo Effect: Evidence for Unconscious Alteration of Judgments. In: BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 35, n. 4, 1977.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu; GOREN, Amir; HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science Magazine*, v. 308, 2005, p. 16213.

TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; OOSTERHOF, Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social Cognition*, v. 27, n. 6, p. 815-819, 2009.

Data de recebimento: 27/06/2019

Data de aprovação: 29/07/2019

A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO, SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO DIREITO COMPARADO

THE RELIVALIZATION OF REMUNERATION'S IMPENHORABILITY, FROM THE PERSPECTIVE OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND COMPARED LAW

*Paulo Henrique da Silveira Chaves**

*Pedro Henrique Pereira Chaves***

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo inicialmente expor como o atual Código de Processo Civil trata da questão da impenhorabilidade, especialmente da remuneração em sentido lato sensu, tendo em vista de como era previsto no Código de Processo Civil de 1973. Foi feito um estudo de como essa mesma matéria é tratada em outros países, como Portugal, Espanha, Argentina, Alemanha e Estados Unidos, mostrando que naqueles países há mais hipóteses de penhorabilidade da remuneração. Posteriormente é exposto como o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado essa questão, explicitando precedente de observância obrigatória daquele Tribunal em que é firmada a possibilidade de se penhorar salário fora das hipóteses dispostas no § 2º, do art. 833, do CPC.

Palavras-chave: Impenhorabilidade. Remuneração. Relativização da impenhorabilidade.

* Pós-Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutor pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; Mestre pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós *Lato Sensu* (Especialização em Processo Civil) pela UFU – Universidade Federal de Uberlândia; Graduado em Direito pela UFU – Universidade Federal de Uberlândia; Professor Associado na UFU – Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: phchaves@ufu.br.

** Mestrando pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; Pós-*Lato Sensu* (Especialização em Processo Civil) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Graduado em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; Advogado. E-mail: pechaves@hotmail.br.

ABSTRACT

The objective of this work is initially to expose how the current Civil Procedure Code deals with the issue of impenhorability, especially in the broad sense, in view of how it was foreseen in the 1973 Civil Procedure Code. A study was carried out on how this same subject is treated in other countries, such as Portugal, Spain, Argentina, Germany and the United States, showing that in those countries there are more chances of pledging the remuneration. Subsequently, it is exposed how the Superior Court of Justice has dealt with this issue, explaining the precedent of mandatory observance of that Court in which the possibility of pledging wages outside the assumptions set out in paragraph 2 of art. 833, of the CPC.

Keywords: Impenhorability. Remuneration. Relivalization of the impenhorability.

INTRODUÇÃO

A execução é o meio pelo qual se busca dar satisfação ao credor, sobretudo, aos provimentos judiciais, por este motivo é de suma importância que esta possa oferecer efetividade e, por efetividade, se entende a satisfação do credor, ou cumprimento do comando contido em cada provimento judicial.

De pouco serviria uma decisão judicial ou mesmo arbitral, se tal não for cumprida. Se não houvesse mecanismos que imponham à parte perdedora o cumprimento da decisão ou do que fora pactuado, dificilmente haveria efetividade do direito material. Corroborando com este entendimento, claramente expõe, Humberto Theodoro Júnior (2020, p. 4).

Nessa ótica de encontrar a efetividade do direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada, visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no exercício efetivo do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem.

A execução dada sua tamanha importância que em dados recentes (2018), das ações que estão em curso, o número de execuções ocupa a posição de 54,2% (cinquenta e quatro, vírgula dois por cento) de todos os processos em trâmite¹. Referido dado, por si já demonstra a necessidade da imposição de medidas constritivas para a efetivação dos direitos.

Assim, tendo em vista a enormidade de demandas de execução, dispositivos processuais em todo o mundo trataram em prever mecanismos que deem

¹ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf – Justiça em Números 2019 (ano-base 2018), p. 126.

efetividade, e aqui já se destaca que não se foca apenas o processo de execução, mas com maior relevância, um direito que já se encontra sedimentado, restando sua materialização de forma efetiva.

Se sobressai como medida efetiva na busca pela satisfação do credor, na execução, a criação de normas mais flexíveis quanto à penhorabilidade salarial. Observa-se, por exemplo, países como Portugal, Espanha, Alemanha, Estados Unidos da América, Polônia e Argentina que permitem a penhorabilidade salarial em hipóteses bem mais amplas do que as previstas no Brasil.

No direito pátrio, desde o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) verifica-se no citado diploma legal, diversas hipóteses de impenhorabilidades absolutas no artigo 942, entretanto, desde aquele momento, já estava prevista exceção quanto à regra da impenhorabilidade salarial, em se tratando de débito de natureza alimentar (art. 942, VII, CPC/39)². Sistemática similar foi adotada no Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Em que pese o grande avanço trazido no Novo Código de Processo Civil a respeito das impenhorabilidades, pela observação dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, notadamente, do acórdão proferido no EREsp nº 582.475-MG (2016/0041683-1)³ em que se relativizou a impenhorabilidade salarial, influi-se que as inovações foram tímidas e ainda distantes da realidade social brasileira, e que uma interpretação literal dos artigos relativos a impenhorabilidade, sobretudo, a salarial, poder-se-ia causar cenário de pouca efetividade da execução civil.

Portanto, será demonstrado ao longo deste artigo que a relativização da regra da impenhorabilidade se faz necessária, contudo, na medida em que não se afronte a dignidade do devedor e de sua família, isto é, respeitando-se o mínimo existencial.

BENS IMPENHORÁVEIS

A penhora é o primeiro ato expropriatório da execução forçada, visando a satisfação do crédito. Este instituto encontra definição e finalidade nas palavras de THEODORO JÚNIOR (2020, p. 420).

² BRASIL. Código de Processo Civil – Decreto-Lei 1.608 de 18 de setembro de 1939. “Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados: VII – os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação”.

³ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPENHORABILIDADE DE VENCIMENTOS. CPC/73, ART. 649, IV. DÍVIDA NÃO ALIMENTAR. CPC/73, ART. 649, PARÁGRAFO 2º. EXCEÇÃO IMPLÍCITA À REGRA DE IMPENHORABILIDADE. PENHORABILIDADE DE PERCENTUAL DOS VENCIMENTOS. BOA-FÉ. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA.

a penhora importa individualização, apreensão e depósito de bens do devedor, que ficam à disposição judicial (CPC/2015, arts. 838 e 839), tudo com o objetivo de subtraí-los à livre disponibilidade do executado e sujeitá-los à expropriação.

Acrescentem-se as palavras de Elpídio Donizetti (2019, p. 1150), em que a penhora constitui “apenas ato executivo, gerador de efeitos processuais e materiais”.

Contudo, não são todos os bens do devedor sujeitos à penhora, sendo certo que os bens impenhoráveis e inalienáveis não estão sujeitos à execução (art. 832, do CPC).

Dessa forma, a fim de descobrir quais são os bens penhoráveis, importa saber quais são os impenhoráveis, pois identificando-se estes últimos, sabe-se quais são os primeiros, é o que discorrem ALVIM, GRANADO e FERREIRA (2019, p. 1553). Obtendo-se o mesmo resultado, mas partindo da visão sobre a regra geral, tem-se as palavras de Araken de Assis (2017, p. 335), “a regra é que, salvo disposição legal em contrário, todos os bens são penhoráveis”.

Como exposto por Araken de Assis (2017, p. 335), a impenhorabilidade apresenta dois princípios fundamentais a tipicidade e a disponibilidade.

Pelo princípio da tipicidade se entende que somente pode ser a declarada a impenhorabilidade se prevista em lei, tendo em vista que o art. 789, do CPC, prevê de forma clara que as exceções à regra da penhorabilidade dos bens do devedor devem estar estabelecidas em lei, bem como conceituado pelo autor Araken de Assis (2017, p. 335), “os casos de impenhorabilidade são estritos ou de *numerus clausus*”.

Já pelo princípio da disponibilidade ainda seguindo as palavras de Araken de Assis (2017, p. 337), “qualquer bem impenhorável, mas disponível pelo devedor – excluem-se, destarte, os bens sobre os quais o devedor perdeu o poder de dispor, a exemplo dos bens inalienáveis –, poderá ser afetado à execução por ato positivo ou omissivo”.

Assim sendo, o Código de Processo Civil tratou em prever no artigo 833, um rol de bens impenhoráveis:

Art. 833. São impenhoráveis:

I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI – o seguro de vida;

VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Humberto Theodoro Junior (2020, p. 430), explica que “essa limitação à penhorabilidade encontra explicação em razões diversas, de origem ético-social, humanitária, política ou técnico-econômica”.

Da leitura dos incisos do art. 833 é fácil perceber que o legislador buscou proteger os bens que compõe o mínimo que o executado precisa para conseguir sobreviver e até mesmo, eventualmente, sustentar sua família. Note-se que a lei busca proteger tanto a remuneração do devedor (inciso IV, do art. 833), como também os meios que o devedor possui para exercer o seu labor (inciso V e §3º do art. 833).

Além dos bens absolutamente impenhoráveis, há também bens relativamente impenhoráveis, os quais, nos ensinamentos de Araken de Assis (2017, p. 327), “bens que, preenchidos alguns requisitos, voltam à regra da penhorabilidade”.

Tem-se que como exemplo de bens relativamente impenhoráveis os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis (art. 834, do CPC) que podem ser penhorados somente na falta de outros bens.

Outro exemplo marcante de impenhorabilidade relativa e objeto do presente trabalho, trazido nas palavras de Araken de Assis (2017, p. 327), “retribuição pecuniária do trabalho humano, penhorável na execução do crédito alimentar (art. 833, IV e § 2º), e no que exceder a cinquenta salários mínimos”.

IMPENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO

Conforme já adiantado no tópico anterior o Código de Processo Civil previu no art. 833, IV, a impenhorabilidade relativa dos “os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

Como se verifica do aludido inciso foram enumeradas verbas com acepções técnicas diferentes, contudo, é de fácil compreensão que estão protegidos pela impenhorabilidade (relativa) toda a espécie de remuneração da pessoa natural.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 340), explicita o objetivo de tal impenhorabilidade:

O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis.

O próprio CPC tratou de prever duas hipóteses que admitem a penhora da remuneração, quais sejam, para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como é penhorável a remuneração excedente a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais.

Vale notar que a primeira hipótese de penhora da remuneração já estava prevista no CPC de 1973 no art. 649, §2º, após a edição da Lei 11.382/2006. Todavia, pairava a controvérsia sobre a possibilidade de se penhorar a remuneração para pagamento de honorários advocatícios, sendo tal questão pacificada pelo STJ atualmente, tendo em vista que constou no art. 84, §14, do CPC que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho.

Evidencia-se, entretanto, que não é a totalidade da remuneração do executado que poderá ser penhorada para o pagamento da verba alimentar, mas somente um percentual que não fira o mínimo existencial. Assim, desde a edição da Lei 11.382/2006 já ocorria a controvérsia quanto à porcentagem adequada.

Considerando-se que o CPC/73 não limitou o percentual da remuneração que poderia ser penhorado, e visando a suprir tal omissão, restou aos intérpretes apresentarem seus entendimentos, destacando-se posicionamento apontado por Eduardo Arruda Alvim (2019, p. 1556): “passou-se a servir de parâmetro, na prática, o limite previsto pela Lei n. 10.820/2003 (art. 6o, § 5o), que trata do teto de comprometimento das verbas recebidas da Previdência Social, pelo segurado, e que exige a preservação de 70% da verba alimentar”.

A controvérsia acerca do percentual com admissibilidade da penhora em relação à prestação de alimentos, restou sanada no atual CPC, que previu no capítulo IV do art. 529, § 3º, que relativamente a obrigação de prestar alimentos o limite do percentual da penhora dos rendimentos é de 50%.

Com relação à segunda hipótese de penhora da remuneração (importâncias excedentes a 50 salários-mínimos) tal inovação se constituiu vantajosa. Porquanto, muito embora havia constado na Lei 11.382/2006 o acréscimo do § 3º ao art. 649 do CPC/73, prevendo que “na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios”, tal dispositivo, à época foi vetado.

Nas razões do veto presidencial ao referido dispositivo explicitou-se que:

tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral⁴.

Contudo, referido veto foi criticado por muitos, como destacado por Araken de Assis (2017, p. 194) que: “considerado injustificável por muitos”.

Seguindo-se na mesma linha de crítica ao veto, percebe-se que representou à época um retrocesso de tal maneira que sequer grandes comentários ou críticas se fizeram necessários, como se denota da conclusão em artigo do jurista Daniel Amorim Assumpção Neves (p. 27) “Em resumo, absolutamente lamentável o veto presidencial ao art. 649, § 3º e 650, parágrafo único, ambos do CPC”.

PENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Diferentemente do que ocorre no Brasil, outros países como Portugal, Espanha, Estados Unidos da América e Argentina permitem a penhora da remuneração do devedor em hipóteses bem mais amplas das previstas no Brasil.

Identifica-se nas disposições legais de outros países que admitem a penhora sobre os vencimentos do executado, uma preocupação com a sua dignidade. Como destacado por Daniel Amorim Assumpção Neves (p.11):

A impossibilidade de penhora na totalidade dos vencimentos, inclusive, é exceção em diversos outros países, que certamente se preocupam com

⁴ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 1.047 de 06 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm. Acessado em: 15 de abril de 2020.

a dignidade do executado, mas não se esquecem do exequente, que também tem direitos que devem ser respeitados.

No Código de Processo Cível português em seu art. 738.º, nº 1⁵, ao tratar dos bens parcialmente impenhoráveis previu que são impenhoráveis somente dois terços da parte líquida da remuneração para qualquer que seja a natureza do crédito, isto é, o exequente poderá penhorar até aproximadamente 33,33% (trinta e três, vírgula trinta e três por cento) da remuneração do executado. Relativamente a verbas de natureza alimentar foi previsto no nº 4 do aludido artigo que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo. Veja-se a íntegra do referido dispositivo:

Artigo 738.º

Bens parcialmente penhoráveis

1 – São impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado.

2 – Para efeitos de apuramento da parte líquida das prestações referidas no número anterior, apenas são considerados os descontos legalmente obrigatórios.

3 – A impenhorabilidade prescrita no n.º 1 tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional.

4 – O disposto nos números anteriores não se aplica quando o crédito exequendo for de alimentos, caso em que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo.

5 – Na penhora de dinheiro ou de saldo bancário, é impenhorável o valor global correspondente ao salário mínimo nacional ou, tratando-se de obrigação de alimentos, o previsto no número anterior.

6 – Ponderados o montante e a natureza do crédito exequendo, bem como as necessidades do executado e do seu agregado familiar, pode o juiz, exceionalmente e a requerimento do executado, reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora.

Importante notar, que ficou previsto no nº 6 do art. 738.º, uma espécie de proteção ao mínimo existencial do executado, uma vez que mediante requerimento

⁵ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho – art. 738, nº 1 a 6. – Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1959A0736&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acessado em: 15 de abril de 2020.

poderá o juiz excepcionalmente “reduzir, por período que considere razoável, a parte penhorável dos rendimentos e mesmo, por período não superior a um ano, isentá-los de penhora”.

Na Espanha, o legislador também tratou de prever (art. 607 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶) a penhorabilidade salarial, contudo, especificou a porcentagem da penhora conforme a faixa salarial do executado, podendo chegar até mesmo em 90% do respectivo salário:

Artículo 607. Embargo de sueldos y pensiones.

1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.
2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:
 - 1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.
 - 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.
 - 3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100.
 - 4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.
 - 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

Semelhantemente à disposição legal em Portugal, na Espanha também é prevista na seção 3 do art. 607 da LEC – Ley 1/2000, de 7 de enero, a possibilidade da redução da porcentagem de penhora tendo em vista a situação familiar do executado.

Na Argentina há previsão no art. 1 e 2 da Lei 9.511/1914⁷, alterada pela Lei 14.443/1958 de penhora de salário que excedam mil pesos. Semelhantemente ao previsto na legislação Espanhola na Argentina o percentual de penhorabilidade é calculado com base no quanto o executado recebe:

ARTICULO 1. No son susceptibles de embargo, ni pueden ser enajenados, ni afectados a terceros por derecho alguno, los salarios, sueldos, jubilaciones y pensiones que no excedan de un mil pesos moneda nacional, con

⁶ ESPANHA. Art. 607, nº 2 da LEC – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&tn=1&p=20180612#a607>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

⁷ ARGENTINA. Ley 9.511 de 29 de septiembre de 1914. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-9511-inembargabilidad_salario.htm?3. Acessado em: 15 de abril de 2020.

la salvedad de las cuotas por alimentos y litis expensas, que deben ser fijadas dentro de un mínimo que permita la subsistencia del alimentante.

ARTICULO 2. Los salarios, sueldos, jubilaciones y pensiones que excedan de un mil pesos mensuales, sólo podrán embargarse en la proporción que establezca la siguiente escala, aun en el caso de que se compruebe transferencia o constitución de derechos por su valor íntegro:

- a) Más de 1.000 y hasta 2.000 pesos el 5 % del importe mensual;
- b) Más de 2.000 y hasta 3.000 pesos el 10 % del importe mensual;
- c) Más de 3.000 y hasta 5.000 pesos el 15 % del importe mensual;
- d) Más de 5.000 pesos, hasta el 20 % del importe mensual.

No Código de Processo Civil alemão (Seção 850c, ZPO⁸) também há previsão de penhora da remuneração, contudo, tal penhora só poderá ocorrer se o executado receber uma quantia mínima por mês, semanalmente ou diariamente, variando tais valores conforme as pessoas dependentes daquele salário, como eventualmente o cônjuge do devedor.

Como bem exposto pelo Desembargador do TJSP L. G. Costa Wagner em declaração de voto divergente no Agravo de Instrumento nº 2171696-80.2017.8.26.0000⁹, nos EUA se verifica “discricionariedade judicial no arbitramento da porcentagem do salário que pode ser objeto de penhora, levando o juiz em consideração as necessidades mínimas do devedor e de sua família no caso concreto”.

Constata-se também no dispositivo legal, United States Code: Title 15, Chapter 41, Subchapter II, é previsto no § 1673, a¹⁰, que o limite máximo de penhora, não pode exceder 25% (vinte e cinco por cento) dos ganhos semanais ou trinta vezes o salário mínimo federal por hora (espécie de salário mínimo), o que for menor:

⁸ ALEMANHA. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html#BJNR005330950BJNG075603160>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2171696-80.2017.8.26.0000&cdProcesso=RI0046VY70000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=8kp2wjT5nU4I3%2BjgNvACOjbdmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvWZI%2BFIxq%2Ft46xcwDTYnd0H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfvdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPfcXIk7Hst%2FKk2lutYGofp7hWEffucSSGDn%2B7eJlgydZEECUW0HkHp1Qb4wjz9KP2jMRPjdYfQT%2BsXaOR3a4y4A%3D%3D>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

¹⁰ UNITED STATES OF AMERICA. United States Code: Title 15, Chapter 41, Subchapter II, §1673. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1673>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

15, CHAPTER 41, SUBCHAPTER II

§ 1673. Restriction on garnishment

(a) Maximum allowable garnishment

Except as provided in subsection (b) of this section and in section 1675 of this title, the maximum part of the aggregate disposable earnings of an individual for any workweek which is subjected to garnishment may not exceed

(1) 25 per centum of his disposable earnings for that week, or

(2) the amount by which his disposable earnings for that week exceed thirty times the Federal minimum hourly wage prescribed by section 206 (a)(1) of title 29 in effect at the time the earnings are payable,

whichever is less. In the case of earnings for any pay period other than a week, the Secretary of Labor shall by regulation prescribe a multiple of the Federal minimum hourly wage equivalent in effect to that set forth in paragraph.

Extrai-se da análise das legislações estrangeiras abordadas que em comparação ao Brasil, mesmo com o atual CPC, e havendo a permissão da penhora da remuneração do executado, ainda assim, as situações são mais excepcionais do que outros países, como os supracitados.

A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO E O ENTENDIMENTO DO STJ

Conforme já abordado, a impenhorabilidade da remuneração não é absoluta, mas relativa, considerando-se as duas possibilidades de penhora desta. Contudo, basta observar a enorme número de execuções em tramite¹¹ em contraposição ao salário mais alto do funcionalismo público (art. 37, XI, da CF) para se verificar que a exceção legal à regra da impenhorabilidade da remuneração para pagamento de verba não alimentar, se apresenta insuficiente para equilibrar o direito do credor à satisfação do crédito e do executado em preservação do seu mínimo existencial.

Este descompasso da disposição legal em relação aos salários brasileiros, se desnuda quando se busca como referência os tetos salariais do funcionalismo público. Veja-se que um Ministro do Supremo Tribunal Federal o qual, constitucionalmente possui o maior salário do funcionalismo público, não poderá ter o seu salário penhorado caso se aplique a literalidade do art. 833, IV e § 2º, do CPC, uma vez que tal Ministro auferire pelo seu trabalho a importância de

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2019 (ano-base 2018), p. 126. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/jus-tica_em_numeros20190919.pdf. Acessado em: 15 de abril de 2020.

R\$ 39.293,00 (trinta e nove mil e duzentos e noventa e três reais), tal quantia é menor do que os 50 (cinquenta) salários mínimos.

Realmente é de conhecimento comum, face à realidade brasileira que a grande maioria da população do Brasil, percebe rendimentos muito inferiores ao teto salarial de um Ministro, o que diante da literalidade do dispositivo legal, gera verdadeira impossibilidade de penhora em seus rendimentos. Analisando-se tal realidade do país, não se apresenta crível que não seja possível manter a dignidade de um devedor que receba aproximadamente R\$ 40.000,00 mensais, admitindo-se a penhora de parte de sua remuneração. Evidentemente que a análise de cada hipótese somente se desnuda face ao caso concreto, posto que se deve considerar quais despesas referido devedor arca obrigatoriamente, a exemplo despesas de um tratamento de câncer, devendo-se em tal contexto, ponderar entre o direito do credor e o direito ao mínimo existencial violado do devedor.

A utilização dos princípios constitucionais, mostra-se como meio adequado para o julgador analisar a especificidade de cada proposição. Como exposto por Araken de Assis (2017, p. 356): “a limitação da impenhorabilidade a determinado valor harmoniza-se melhor com os princípios constitucionais”.

Utilizando-se outro campo de visão, é de se reconhecer que na prática, um excesso de proteção à penhorabilidade de bens dos devedores, culmina por afastá-las das relações a crédito, pois aquele que assim negocia suas vendas, necessita de garantias do recebimento. Esse posicionamento é expresso por MARINONI (2015, p. 903):

O exagero no elenco de bens a que se confere essa impenhorabilidade, ao contrário de proteger o devedor, acaba por prejudicá-lo, pois o comércio exige maiores garantias para permitir que qualquer pessoa possa realizar compras e financiamentos. Desta forma, impõe-se a limitação da extensão dada a esta impenhorabilidade, nos moldes da atual redação do art. 833 do CPC, cingindo-se a impenhorabilidade aos bens imprescindíveis à manutenção do padrão médio de vida da entidade familiar.

Dessa forma, a observação do caso concreto, considerando-se a situação fática posta, ponderando-se entre os princípios constitucionais, pode-se verificar a possibilidade ou não da penhora de percentual do salário do devedor.

Assim, visualizando esse cenário o Superior Tribunal de Justiça, por anos vem se pautando por uma flexibilização da impenhorabilidade da remuneração. Em pesquisa na jurisprudência do STJ, identifica-se num julgado em 12/03/2013, onde ocorreu tal flexibilização. Trata-se do REsp 1.326.394/SP¹², onde assim se

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101982613&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

expressou: “é possível que, em determinadas situações fáticas, a aplicação do dispositivo legal, em sua literalidade, dissocie-se da finalidade e dos princípios que lhe dão suporte”. Verifica-se que foi dada uma interpretação teleológica do artigo 649, IV, do CPC/73 a fim de possibilitar a penhora de verba salarial.

A partir desses precedentes muitos outros julgados adotaram a mesma tese ou bem semelhante, flexibilizando a regra da impenhorabilidade salarial¹³, sempre observando o caso concreto.

Contudo, tal entendimento não era unânime no STJ, sendo certo que uma outra corrente jurisprudencial aplicava simplesmente a literalidade do artigo 649, IV, do CPC/73¹⁴. Pelo que se verifica a primeira e segunda turma do STJ apresentavam tal posicionamento, enquanto a terceira e quarta turma entendiam pela flexibilização.

Dessa forma, ante a divergência existente entre as turmas do STJ, foi interposto recurso de Embargos de Divergência contra acórdão que excepcionou a regra da impenhorabilidade salarial. Resultou em 03 de outubro de 2018 que foram julgados os Embargos de Divergência em REsp nº 1.582.475-MG (2016/0041683-1) tendo como objetivo a pacificação pela Corte Especial do STJ, acerca: “à possibilidade ou não de penhora de parte do salário, vencimento ou remuneração do devedor, para o pagamento de débito não alimentar”. Isto é, como exposto no voto a questão em discussão é se “para além desta exceção explícita, também é possível que se formule uma exceção implícita para a regra geral de impenhorabilidade de tais verbas”¹⁵.

Destarte, o STJ, por meio de sua Corte Especial, pacificou a questão negando provimento aos referidos embargos de divergência por maioria¹⁶, firmando a tese da possibilidade de penhora da remuneração: “quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família”. Confirma-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPENHORABILIDADE DE VENCIMENTOS. CPC/73, ART. 649, IV. DÍVIDA NÃO

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1285970/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014; REsp 1514931/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 06/12/2016.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1116479/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017; REsp 1.721.084, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86761649&num_registro=201600416831&data=20190319&tipo=91&formato=PDF. Acessado em: 15/04/2020.

¹⁶ Somente o Ministro Sr. Ministro Herman Benjamin que conhecia dos embargos de divergência e dava-lhes provimento.

ALIMENTAR. CPC/73, ART. 649, PARÁGRAFO 2º. EXCEÇÃO IMPLÍCITA À REGRA DE IMPENHORABILIDADE. PENHORABILIDADE DE PERCENTUAL DOS VENCIMENTOS. BOA-FÉ. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA.

1. Hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade dos vencimentos do devedor está sujeita apenas à exceção explícita prevista no parágrafo 2º do art. 649, IV, do CPC/73 ou se, para além desta exceção explícita, é possível a formulação de exceção não prevista expressamente em lei. 2. Caso em que o executado auferir renda mensal no valor de R\$ 33.153,04, havendo sido deferida a penhora de 30% da quantia. 3. A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental. A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais. 4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente. 5. Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes. 6. A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família. 7. Recurso não provido (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.582.475-MG (2016/0041683-1)

Importante observar no precedente que não foi exposto a partir de qual valor a remuneração poderia ser penhorada, tampouco foi prevista qual a porcentagem que deveria ser objeto de penhora, mas somente explicitou que deve ser “preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família”. Isto é, o julgador deve analisar as particularidades do caso concreto e verificar se tendo em vista o valor da remuneração percebida pelo executado e suas despesas necessárias, se é possível ou não penhorar um percentual de sua remuneração.

Quanto ao entendimento do STJ, como o acórdão proferido nos Embargos de Divergência REsp nº 1.582.475-MG, por ter sido proferida pelo Órgão Especial, trata-se de precedente de observância obrigatória, com fulcro no art. 927, V, do

CPC¹⁷. E mais, é certo que a não aplicação de tal entendimento sem a demonstração da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*) do entendimento, acarreta a nulidade da decisão, com fulcro no art. 489, §1º, VI, do CPC¹⁸.

Muito embora referido precedente tenha sido proferido sob a vigência do CPC de 1973, ele também deve ser aplicado atualmente, tendo em vista a semelhança entre a disposição contida no art. 649, IV e §2º, do CPC/73 e art. 833, IV, §2º do atual CPC. Aliás, como constou na ementa do acórdão proferido no AgInt no REsp 1.336.881 / DF a nova disciplina no NCPC deu ainda “maior espaço para o aplicador da norma prover mitigações em relação aos casos que examina”¹⁹.

¹⁷ “A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V). In casu, também não se exige a existência de enunciado de súmula. Basta que a tese de direito tenha sido a ratio decidendi de acórdão emanado do plenário ou do órgão especial que faça suas vezes (CF, art. 93, XI). Não ocorre, porém, a força vinculante máxima da orientação, de modo que, embora seja obrigatória a observância pelos órgãos judiciais inferiores (vinculação fraca), o desvio de entendimento acaso verificado não ensejará reclamação ao tribunal cuja orientação não se acolheu. Somente por meio de impugnação recursal se conseguirá reparar a ofensa ao precedente inobservado.” (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 761).

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 432 – “Todo sistema fundado em padrões decisórios precisa, pois, para funcionamento adequado e compatível com a exigência de constante evolução do ordenamento jurídico, reconhecer a possibilidade de distinções e superações. A distinção (que se costuma designar pelo termo inglês *distinguishing*) assegura a aplicação dos precedentes e enunciados de súmula apenas a casos em que se repitam as circunstâncias que justificaram sua criação (FPPC, enunciado 306: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”). A superação (muito conhecida pela designação inglesa *overruling*) evita o engessamento do Direito e reconhece que os padrões decisórios são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles continuar a ser aplicados” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 432).

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.336.881 / DF. MINISTRO RAUL ARAÚJO. Julgado em 23 de abril de 2019, DJe 27/05/2019. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE DESPEJO COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS RESIDENCIAIS. PENHORA SOBRE PERCENTUAL DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE (CPC, ART. 833, § 2º). AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO COM PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, deu à matéria da impenhorabilidade tratamento um tanto diferente em relação ao Código anterior, no art. 649. O que antes era tido como “absolutamente impenhorável”, no novo regramento passa a ser “impenhorável”, permitindo, assim, essa nova disciplina, maior espaço para o aplicador da norma promover mitigações em relação aos casos que examina, respeitada sempre a essência da norma protetiva. Precedente: EREsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018.

2. Descabe manter imune à penhora para satisfação de créditos provenientes de despesa de aluguel com moradia, sob o pálio da regra da impenhorabilidade da remuneração (CPC, art. 833, IV, e § 2º), a pessoa física devedora que reside ou residiu em imóvel locado, pois a satisfação de créditos de tal natureza compõe o orçamento familiar normal de qualquer cidadão e não é justo sejam suportadas tais despesas pelo credor dos alugueis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que eventual fixação de valor ou percentual, a partir dos quais seja possível penhorar a remuneração do devedor, representa uma forma de subestimar a complexidade das relações sociais, uma vez que é plenamente possível a hipótese em que determinada pessoa que receba até mais do que 50 cinquenta salários mínimos, não tenha condição de manter sua dignidade se sofrer penhora de percentual de seu salário, diante de situação de comprovação do comprometimento de todo seu salário à sua subsistência ou de sua família, como exemplo do devedor que arca com despesas altíssimas no tratamento de uma doença sua ou de um familiar próximo.

Em outra observação, reconhece-se ser público e notório que há pessoas que recebem quantias inferiores ao limite do disciplinado no NCPC, mas que poderão ter parcela de seu salário penhorada sem que ocorra considerável impacto na sua subsistência ou de sua família.

A execução cível se mostra como instrumento necessário de grande relevância, sendo um direito da parte obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º, do CPC). E vai além, havendo inclusive interesse público em que as decisões sejam advindas do judiciário ou sentença arbitral, tenham efetividade. Justifica-se pois, demonstrado pela quantidade expressiva de execuções em trâmite, que se faz necessário haver meios realmente efetivos de se alcançar o patrimônio do devedor, como por exemplo, a flexibilização da impenhorabilidade relativa de sua remuneração.

Verificou-se que a busca por tal efetividade gerou a proposição de várias pretensões nos tribunais, as quais, confluindo para o Superior Tribunal de Justiça, e tendo este divergido entre turmas quanto ao entendimento desse tema, culminou pela interposição dos Embargos de Divergência em REsp nº 1.582.475-MG (2016/0041683-1), momento em que foi pacificada a questão nesse tribunal superior, e firmado o entendimento de que a impenhorabilidade da remuneração pode ser flexibilizada a fim de se penhorar percentual desta, garantindo o direito do credor à satisfação de seu crédito e ainda, garantido que não haja ofensa ao mínimo existencial como direito do devedor. Compete, portanto, ao juiz quando provocado observar o caso concreto e ponderando entre os princípios constitucionais a serem observados diante da concretude, vindo a possibilitar a penhora de percentual da remuneração e ainda, decidir qual o percentual que se mostra razoável.

Como foi demonstrado, este posicionamento uniformizado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e defendido por vários doutrinadores,

3. Note-se que a preservação da impenhorabilidade na situação acima traria grave abalo para as relações sociais, quanto às locações residenciais, pois os locadores não mais dariam crédito aos comuns locatários, pessoas que vivem de seus sempre limitados salários.

4. Agravo interno parcialmente provido para modificar a decisão agravada e, em novo exame do recurso, conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial.

acompanha a tendência internacional exposta nos ordenamentos abordados neste trabalho, consistente em se permitir a penhora da remuneração do devedor em situações mais abrangentes, porém sempre em observância às especificidades do caso concreto, respeitando-se garantias constitucionais.

Portanto, pode-se deduzir dos posicionamentos, que fixar um critério a partir de qual valor é possível penhorar a remuneração do devedor aparenta uma diminuição à complexidade das relações sociais, uma vez que é plenamente possível que uma pessoa que receba até mais do que 50 cinquenta salários mínimos ter o seu direito ao mínimo existencial ferido se for penhorado percentual de seu salário, pois eventualmente o seu salário pode estar todo destinado à sua subsistência ou de sua família, como exemplo do devedor que arca com despesas altíssimas no tratamento de uma doença sua ou de um familiar próximo. Por outro lado, é público e notório que pessoas em situações normais que recebem quantias significativas poderão ter parcela de seu salário penhorada sem o menor impacto na sua subsistência ou de sua família.

Somente uma análise direta ao caso concreto, considerando-se os fatos e os princípios constitucionais envolvidos, e com profundidade exarar uma norma específica e ajustada para a questão.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html#BJNR005330950B JNG075603160>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARGENTINA. Ley 9.511 de 29 de septiembre de 1914. Disponível em: http://www.saij.gov.ar/legislacion/ley-nacional-9511-inembargabilidad_salario.htm?3. Acessado em: 15 de abril de 2020.

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 19 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 1.047 de 06 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm. Acessado em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019 (ano-base 2018)*, p. 126. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf -. Acessado em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2171696-80.2017.8.26.0000&cdProcesso=RI0046VY70000&cdForo=990&tpOrigem=2&fOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=p2wjT5nU4I3%2BjgNvACOjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvWZI%2BFIxq%2Ft46xcwDTYnd0H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKkR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcvdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5M>

ploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslnQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0y17K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLPbTzQ%2BMSa9lsPfCxIk7HsT%2FKk2lutyGOfP7hWEFfucSSGDN%2B7eJlGvdZEECUW0HkHp1Qb4wjz9KP2JjMRPjdYfQT%2BsXaOR3a4y4A%3D%3D. Acessado em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101982613&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1285970/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014); REsp 1514931/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 06/12/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1116479/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.721.084, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.336.881/DF. Ministro Raul Araújo. Julgado em 23 de abril de 2019, DJe 27/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86761649&num_registro=201600416831&data=20190319&tipo=91&formato=PDF. Acessado em: 15/04/2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ESPAÑA. Art. 607, nº 2 da LEC – Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&tn=1&p=20180612#a607>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Disponível em: <http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151759350.vetospresidenciais.pdf>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho – art. 738, nº 1 a 6. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1959A0736&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acessado em: 15 de abril de 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. III.

UNITED STATES OF AMERICA. *United States Code*: Title 15, Chapter 41, Subchapter II, §1673. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1673>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

Data do recebimento: 13/06/2020

Data da aprovação: 17/07/2020

A TEORIA DE SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN

NIKLAS LUHMANN'S SOCIAL SYSTEM THEORY

*João Paulo Bachur**

RESUMO

A teoria de sistemas sociais, desenvolvida por Niklas Luhmann na segunda metade do século XX, embora controversa, traz um raciocínio sincero que diverge opiniões até hoje. Dessa forma, o presente trabalho visa esclarecer, muito embora não exaurir, a discussão acerca do funcionamento e evolução da teoria de sistemas. Para tanto, foi realizada uma análise qualitativa de dados, a partir de extensa pesquisa bibliográfica. Esse trabalho demonstra que, muito embora Luhmann defina a sociedade atual como sociedade mundial, pautada, principalmente pela comunicação produzida pelos sistemas, um imenso potencial analítico se desdobra sobre essa teoria, de forma que tal debate permite formular uma contundente crítica social ao oferecer um diagnóstico preciso da sociedade capitalista.

Palavras-chave: Teoria de sistemas sociais. Autopoiese. Sociedade mundial.

ABSTRACT

The theory of social systems, developed by Niklas Luhmann in the second half of the twentieth century, although controversial, has a sincere reasoning that diverges opinions even today. Thus, the present work aims to clarify, although not exhaust, the discussion about the functioning and evolution of systems theory. Therefore, a qualitative data analysis was performed, based on extensive bibliographic research. This work demonstrates that, although Luhmann defines current society as a world society, based mainly on the communication produced by the systems, a huge analytical potential unfolds on this theory, so that such debate allows to formulate a strong social criticism by offering a diagnosis. I need capitalist society.

Keywords: Theory of social systems. Autopoiesis. World society.

* Mestre e Doutor em Ciência Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Advogado e coordenador do mestrado e do doutorado em direito constitucional do IDP, em Brasília, e professor do Insper/SP. E-mail: joao.bachur@idp.edu.br.

INTRODUÇÃO

Pesa sobre a teoria social de Niklas Luhmann (1927-1998) um duplo juízo pejorativo: de um lado, sua teoria de sistemas é considerada árida e hermética, até mesmo artificialmente abstrata; de outro, o autor encarnaria uma postura política conservadora e reacionária. Esses dois juízos somados explicam (mas talvez não justifiquem, pelo menos não integralmente) a má fama que Luhmann logrou acumular enquanto produzia, freneticamente, uma das teorias da sociedade mais refinadas e sofisticadas de que se tem notícia. Este capítulo não pretende defender ou isentar Luhmann dos predicados que em geral lhe são atribuídos; trata-se antes de apresentar o conjunto de sua teoria social, certamente matizando tais juízos pejorativos, mas procurando, acima de tudo, motivar o leitor a se aventurar pelo intrincado labirinto conceitual da teoria de sistemas a fim de formar o seu próprio juízo. O pressuposto de que se parte é o de que, independente dessas e de outras críticas que podem ser dirigidas à teoria de sistemas, ela oferece um refinado aparato conceitual para o diagnóstico da sociedade contemporânea. Esse aparato foi elaborado ao longo de trinta anos, em um percurso não muito usual para os acadêmicos alemães.

Após ter lutado na Segunda Guerra Mundial com dezesseis anos (tendo inclusive caído prisioneiro de guerra dos EUA por um período), Luhmann graduou-se em direito em Freiburg em 1949, tendo trabalhado mais de dez anos na administração municipal de sua cidade natal, Lüneburg. A virada para a carreira acadêmica se iniciou entre 1960 e 1961, quando Luhmann obteve uma bolsa de estudos para uma temporada na Universidade de Harvard – período que se revelou fundamental para sua formação como sociólogo, pois foi aí que ele se apropriou do funcionalismo estrutural de Talcott Parsons. De volta à Alemanha, passou um período na Escola Superior de Administração Pública de Speyer até obter uma colocação na Universidade de Münster. Obteve o doutorado em sociologia em 1966 e, poucos meses após, também a habilitação (uma espécie de livre-docência), tornando-se professor da Universidade de Bielefeld em 1968, onde lecionou até 1993. Ao longo desse período, Luhmann elaborou uma abrangente teoria da sociedade e cultivou um fichário de leitura de mais de noventa mil registros. Após longo contencioso judicial entre os herdeiros, o legado de Luhmann foi adquirido em 2010 pela Universidade de Bielefeld com o apoio da Fundação Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung e da Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, Associação de Fundações para a Ciência Alemã, o que viabilizará a digitalização do acervo a publicação de uma série de obras póstumas: ao lado da extensa produção publicada em vida, Luhmann deixou aproximadamente 200 manuscritos inéditos, dentre eles quatro versões preparatórias de sua obra maior, *A sociedade da sociedade*^{1,2}.

¹ 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução espanhola: *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2007)

² Cf. o website *Niklas Luhmann-Archiv*: <http://www.uni-bielefeld.de/soz/luhmann-archiv/index.html> (último acesso em 10/08/2016).

Mas foi a partir do debate com Habermas³ que Luhmann ingressou definitivamente na cena alemã da teoria sociológica. Contraindo-se ao jovem representante da teoria crítica da Escola de Frankfurt, Luhmann argumentava que o comprometimento moral com a emancipação prejudicava a elaboração de um diagnóstico escorreito da sociedade, o qual deveria ser obtido por uma teoria de sistemas funcionais. O debate ecoou por vários anos na sociologia alemã^{4,5,6}, como uma espécie de reedição da disputa do positivismo, em que se defrontaram Karl Popper e Theodor W. Adorno⁷, e ainda hoje opõe habermasianos e luhmannianos.

Partindo de estudos iniciais restritos à administração pública e à sociologia do direito, a publicação de *Sistemas sociais*⁸ marca a virada autopoietica de Luhmann e abre o caminho para a construção de uma abrangente teoria da sociedade em seus principais sistemas sociais – economia, ciência, direito, arte, meios de comunicação, política, religião e educação – culminando em *A sociedade da sociedade*⁹. A construção dessa teoria geral da sociedade é amparada por ensaios históricos que compreendem as obras de 1980a, 1981a, 1982, 1989, 1995c, 2008, pelos artigos reunidos na coletânea *Esclarecimento sociológico* republicada em 2005¹⁰, bem como por uma série de obras com temas transversais e variados, tais como confiança, amor, ecologia, risco etc. (algumas delas listadas na bibliografia deste capítulo).

Nesse percurso, Luhmann incorporou as mais heterodoxas fontes teóricas, inusitadas na construção de uma teoria da sociedade: a neurobiologia para o conceito de autopoiese (Humberto Maturana e Francisco Varela); a teoria geral de sistemas para as noções de abertura e fechamento operacional (Ludwig von Bertalanffy); a cibernética para as noções de auto-referência operativa (por exemplo, Norbert Wiener e Ross W. Ashby); teorias da comunicação de diferentes matizes (Gregory Bateson, C. E. Shannon e W. Weaver); o construtivismo radical para as noções de observador e observação de segunda ordem (Ernst von Glasersfeld, Heinz

³ Luhmann, N. & Habermas, J. 1971. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – was leistet die Systemforschung?* Frankfurt: Suhrkamp.

⁴ Maciejewski, F. (org.). 1973. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskussion* (série Theorie-Diskussion v. 1). Frankfurt am Main: Suhrkamp.

⁵ _____ . 1974. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Neue Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskussion* (série Theorie-Diskussion v. 2).

⁶ Giegel, H.J. 1975. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. System und Krise: Beitrag zur Habermas-Luhmann-Diskussion* (série Theorie-Diskussion v. 3). Frankfurt am Main: Suhrkamp.

⁷ Adorno, T.W. (org.). 1969. *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (org.). Neuwied & Berlin: Luchterhand.

⁸ 1984. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996).

⁹ 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução espanhola: *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2007).

¹⁰ 2005b. *Soziologische Aufklärung, 6v*. Wiesbaden:VS.

von Foerster); e a lógica das formas (George Spencer Brown) para o conceito de diferença. Essas fontes permitiram que Luhmann desenvolvesse um vocabulário próprio que reforça o hermetismo e lhe assegura certa excentricidade, mas elas não devem ser superestimadas: elas foram incorporadas pela teoria dos sistemas autopoieticos para permitir a Luhmann escapar dos dilemas da filosofia do sujeito e da epistemologia fundante das ciências humanas, articulada no par *sujeito e objeto*¹¹. Com efeito, Luhmann se socorre desse arsenal estranho à tradição sociológica buscando: (i) um conceito de *cognição* independente da pressuposição do indivíduo racional e (ii) um conceito de auto-referência *para o objeto*, que não siga o modelo da consciência subjetiva. Não obstante, a apresentação que este artigo pretende oferecer acentua justamente o outro lado da teoria de sistemas: o intenso diálogo de Luhmann com a tradição sociológica e, em especial, sua contraposição a Marx.

Com efeito, as aporias da filosofia do sujeito ficaram evidentes na segunda metade do século XX. Em uma palavra, o pressuposto do indivíduo racional (partindo do sujeito empírico em direção ao sujeito transcendental de Kant) redundava em uma metafísica social que define a sociedade como um macro-sujeito, de maneira que a racionalidade social passa então a ser pensada à imagem e semelhança da racionalidade individual. Fugir desse *quid pro quo* é a tônica da sociologia do final do século XX – seja no projeto da intersubjetividade dialógica de Habermas, em Foucault e no pós-estruturalismo ou na teoria dos sistemas autopoieticos. Luhmann está em estrita consonância com seu tempo. Todo o aparato conceitual luhmanniano (sistemas autopoieticos, acoplamentos estruturais, redução de complexidade, diferenciação funcional, observação de segunda ordem etc.) é desenvolvido com um único intuito: demonstrar que o social segue uma lógica auto-referente que não pode ser compreendida nos mesmos moldes da consciência auto-referente. Donde Luhmann compreender *consciência e comunicação* como realidades irreduzíveis uma à outra¹².

A auto-referência dos sistemas sociais não é derivada da auto-referência da consciência; esta não é o modelo para aquela. Não obstante, a auto-referência social não segue uma lei unitária e teleológica, como no marxismo – ela é fragmentária, fractal: cada “esfera” da sociedade (para trazermos à memória a terminologia clássica de Max Weber) segue uma lógica própria, autônoma, e não permite ser reconduzida a uma lógica social basal. Cada sistema tem a tarefa de preservar sua identidade por intermédio do desempenho de uma função indispensável à sociedade como um todo (regulação da escassez na economia, produção de novo conhecimento na ciência, estabilização congruente de expectativas comportamentais

¹¹ 1984. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996), pag. 593.

¹² *Ibid.*, p. 256 e ss.

no direito, tomada de decisões coletivamente vinculantes na política etc.). Essa, a base da diferenciação funcional da sociedade.

Com isso, vemos que Luhmann está mais próximo da tradição sociológica do que em geral se percebe: o “novo paradigma” para as ciências sociais (que o próprio Luhmann reivindicava) se insere na verdade na tarefa comum da teoria sociológica do século XX – fugir à filosofia do sujeito – e, para tanto, recupera intuições clássicas do cânone sociológico (a diferenciação de esferas sociais de Weber, a formalização e abstração dos vínculos sociais de Simmel e a autonomia do social face às consciências individuais, como em Marx ou Durkheim) para oferecer um diagnóstico da modernidade à altura de fazer frente ao “vulcão extinto do marxismo”¹³ (Também aqui Luhmann renova o élan da teoria sociológica clássica: seja com base em longos processos de racionalização (Weber), formalização e massificação da vida (Simmel) ou de diferenciação e integração social (Durkheim), o discurso sociológico canônico sempre buscou oferecer uma alternativa à explicação teleológica e economicista proposta pelo marxismo. É nesse pano de fundo teórico que a diferenciação funcional de sistemas autopoieticos deve ser compreendida.

AUTOPOIESE E A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DA SOCIEDADE

Esta seção apresentará, de maneira tão sintética e didática quanto possível, os principais conceitos da teoria de sistemas sociais. Será preciso, na apresentação de um determinado conceito, por exemplo, “sistema”, empregar outros conceitos ainda não apresentados em detalhe (tais como “sentido”, “comunicação”, “forma” etc.), de sorte que algum nível de repetição e recursividade será inevitável. Como se trata de uma apresentação introdutória a Luhmann, manteremos um nível de generalidade compatível com o objetivo desse manual. Por óbvio, não será possível esgotar, nos limites deste artigo, todos os aspectos da teoria de sistemas de Luhmann. Trata-se muito mais de motivar o leitor a um aprofundamento, munindo-o dos conceitos mais elementares.

Antes, porém, é preciso levar em conta o seguinte: Luhmann (assim como Foucault e Habermas, mas também como o interacionismo simbólico, a sociologia fenomenológica e o pós-estruturalismo), assenta a construção de sua teoria social na *linguagem* e nos fenômenos semióticos de produção do *sentido*. Trata-se de dar consequência ao “giro linguístico” da primeira metade do século XX e que remonta tanto à linguística estrutural de Saussure, à teoria dos jogos de linguagem do Wittgenstein tardio e à teoria dos atos de fala de John L. Austin. É por isso que, em Luhmann, o *social* é assimilado à *comunicação*. A comunicação (e não o indivíduo) é a unidade elementar da sociedade, a operação-base por meio da qual o *sentido* é produzido.

¹³ *Ibid.*, p. 13.

Vale considerar que a produção de sentido é indispensável para orientar o comportamento humano. Em última instância é disso que se trata. Ao contrário do que sugerem algumas recepções de Luhmann¹⁴, a teoria de sistemas não ignora, suspende ou aniquila o indivíduo – muito pelo contrário, ela está preocupada em entender como a diferenciação funcional de sistemas disponibiliza, *para o indivíduo*, e por intermédio dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, possibilidades de ação (“*Handeln*”) e vivência (“*Erleben*”). Ora, ação e vivência são necessariamente categorias do comportamento humano. Portanto, quando afirmamos que, em Luhmann, o social é assimilado à comunicação, é preciso ter em mente que a comunicação designa o funcionamento prático dos sistemas funcionais, por meio dos quais a ação social e a experiência que os indivíduos têm do mundo se tornam possíveis. É por meio de ações e vivências que se atribui sentido à complexidade do ambiente. Como em toda a tradição sociológica, a principal preocupação de Luhmann é analisar como o comportamento humano se estrutura socialmente; i.e., cuida-se de descrever a maneira pela qual o comportamento adquire sentido social.

O sentido se define como a atualização – como ação ou vivência – de *uma* dentre inúmeras possibilidades significativas disponibilizadas no horizonte comunicativo¹⁵. Sentido se articula, portanto, como uma forma de dois lados: atualidade/possibilidade. Luhmann parte de um pressuposto husserliano: a interpretação de um fenômeno simbólico oferece inúmeras possibilidades, mas nem todas elas podem ser atualizadas. Esse é precisamente o significado do conceito de *complexidade*: nem todas as possibilidades simbólicas serão atualizadas¹⁶. Produz-se sentido, portanto, quando uma operação comunicativa reduz a complexidade propiciada pelo horizonte de possibilidades disponíveis, virtualmente inesgotáveis, ao executar uma ação determinada ou propiciar uma vivência específica. Esse horizonte de possibilidades é articulado pela linguagem. Um juiz ao redigir uma sentença; o conselho de administração de uma empresa ao formalizar a decisão de um novo investimento na ata de reunião; o jornalista que redige uma matéria; o leitor que lê a matéria; parlamentares que discutem um projeto de lei; o artista que compõe uma tela etc. – todas essas operações *atribuem um sentido determinado* ao mundo, selecionando uma ação ou vivência a partir de um horizonte inesgotável de possibilidades. A complexidade do mundo não permite orientar ações e vivências, somente a redução da complexidade dota o mundo de sentido. É isso que fazem os sistemas sociais.

¹⁴ Izuzquiza, I., 1990. *Sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos.

¹⁵ 1984. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996), p. 93.

¹⁶ *Id.*, 1997, p. 134 e ss.

Sistemas sociais são definidos por Luhmann de maneira aparentemente paradoxal ou tautológica: um sistema define-se pela *diferença sistema/ambiente*¹⁷. A definição sugere um paradoxo que se dissipa, no entanto, quando a diferença é compreendida no contexto da lógica das formas de George Spencer Brown. George Spencer Brown foi um obscuro aluno de Bertrand Russell que apenas ganhou notoriedade em função de Luhmann. Uma forma é sempre uma marcação de dois lados: o lado marcado e o lado externo, não marcado da forma (“*un-marked space*”). O sistema, como forma de dois lados, define-se então como a forma sistema/ambiente. A única função da lógica das formas na teoria de sistemas é bloquear a hipótese de um sujeito capaz de refletir sobre si mesmo; um observador que, em sua autorreflexão, adquira o conhecimento pleno de si mesmo (enquanto sujeito) e do objeto (a sociedade como um todo).

Por isso, cada sistema é um *observador* que observa a si mesmo e a seu ambiente com auxílio de uma forma que demarca dois lados; por isso o sistema se define como *diferença sistema/ambiente*. O essencial aqui é que a operação de observação pressupõe, logicamente, um ponto cego. Ao traçar uma linha separando-se do ambiente, o sistema pode observar-se a si mesmo e ao ambiente, mas não pode destacar-se de si mesmo e refletir, nos moldes do sujeito transcendental, a unidade entre sistema e ambiente. Sistemas, portanto, não são modelos analíticos, simplificações ou abstrações da realidade, ao mesmo tempo em que não são um conjunto de instituições, papéis sociais ou pessoas: sistemas são formas de dois lados que empregam a distinção sistema/ambiente para se constituírem como unidades *comunicativas* auto-observáveis. Mas inexiste um ponto de observação total.

A condição de existência de um observador é que, para observar aquilo que ele observa, ele não pode ver que existe uma realidade que ele não observa. Esse, o ponto cego como pressuposto de todo sistema. E é por essa razão que, para Luhmann, somente é possível falar de uma teoria *dos* sistemas sociais, pois eles não se permitem reconduzir a um sistema global capaz de incorporar todos os demais: “Não se trata da decomposição de um ‘todo’ em ‘partes’, quer dizer, nem em um sentido conceitual (*divisio*) nem no sentido de uma divisão real (*partitio*). O esquema todo/partes descende da tradição vétero-européia e perderia, se aplicado aqui, o ponto decisivo. Diferenciação do sistema não significa, precisamente, que o todo seja decomposto em partes e, visto nesse nível, compreenda então apenas as partes e as ‘relações’ entre as partes. Ao contrário, cada sistema parcial reconstrói o sistema integral ao qual pertence e que ajuda a operar mediante uma diferença própria entre sistema e ambiente (específica ao sistema parcial). Através da diferenciação do sistema, multiplica-se o sistema em si mesmo, por assim dizer, pelas diferenças sempre novas

¹⁷ *Id.*, 1984, p. 22.

entre sistemas e ambientes no sistema. (...) [O processo de diferenciação] não pressupõe qualquer coordenação pelo sistema como um todo, como o esquema do todo e suas partes sugerira”. Não há um sistema total; a sociedade não é uma projeção da consciência individual. Luhmann recorre, portanto, à excêntrica lógica das formas de um autor até então ignorado pela comunidade acadêmica internacional com dois objetivos: de um lado, trata-se de fugir ao modelo epistemológico estruturado pelo par sujeito/objeto, que fez com que a tradição sociológica (de Weber a Parsons, passando por Durkheim e Simmel) partisse do indivíduo para compreender a sociedade. Mas, de outro lado, em linha com a tradição sociológica, trata-se de bloquear a categoria central para Marx e o marxismo – a totalidade.

Cada sistema replica, em si mesmo, a diferença sistema/ambiente. Não há totalidade. Ou seja, o direito, como sistema social, emprega a forma sistema/ambiente para se auto-observar. O mesmo vale para a política, a economia, a ciência etc. Isso significa que o direito emprega a distinção direito/ambiente, a política, a forma política/ambiente, a economia, a forma economia/ambiente e assim por diante. O ambiente é o espaço da complexidade, o sistema, o âmbito em que o sentido é *funcionalmente* produzido como redução de complexidade.

Por isso *autopoiese*: o sistema *produz-se* a si próprio com o emprego da forma sistema/ambiente para o desempenho de uma função específica, que é relevante para a sociedade como um todo. Essa replicação da diferença sistema/ambiente para o desempenho de funções específicas implica uma compreensão fractal da sociedade: a economia, para regular a escassez de dinheiro, propriedade e crédito, emprega a diferença economia/sociedade e, com isso, constrói, de seu ponto de vista, a sociedade como um todo. A política, para preservar a capacidade de tomar decisões coletivamente vinculantes, usa a forma política/sociedade e, da mesma maneira, constrói uma sociedade do ponto de vista da política. Todos os sistemas funcionais da sociedade operam dessa maneira. Por isso, como já se disse, não há totalidade.

A economia, a política, o direito, a ciência etc. filtram os inputs emanados do ambiente, escolhendo aquilo que deve ser considerado *informação* para a reprodução de suas operações (o excesso descartado é *ruído* produzido pelo ambiente). Para tanto, cada sistema dispõe de uma codificação binária interna: informação não codificada é ruído. Mais uma vez, a linguagem cibernética tem como propósito evitar um conceito subjetivista de cognição. Os exemplos são aqui importantes para tornar claro a forma pela qual o sistema autopoietico reduz a complexidade do ambiente aumentando sua complexidade interna. Aquela é complexidade amorfa, intratável; essa, ao contrário, é complexidade estruturada que permite a reprodução de operações sistêmicas, as quais tomam como ponto de partida operações sistêmicas prévias que, por sua vez, partiram de operações sistêmicas prévias e assim indefinidamente.

É por isso que a teoria de sistemas não permite a interferência de um sistema em outro: somente o próprio sistema pode selecionar aquilo que vale como ponto de partida para suas operações. Por isso, mais uma vez, os sistemas são auto-poéticos: eles se produzem a si próprios; não há uma relação causal entre o ambiente e o sistema. Esse postulado visa romper, radicalmente, com a dedução da sociedade a partir dos indivíduos, como fizera a tradição sociológica. Sistemas sociais nunca serão engendrados por sistemas psíquicos. Para tanto, os sistemas sociais (mas não todos eles) dispõem de *meios de comunicação simbolicamente generalizados*. É com recurso a eles que os sistemas elaboram sua complexidade interna e, com isso, replicam em si mesmos a forma sistema/ambiente.

Meios de comunicação simbolicamente generalizados são tecnologias comunicativas que estruturam a complexidade interna do sistema por meio de um esquematismo binário. Essas tecnologias permitem que as consciências empíricas se acoplem ao circuito comunicativo do qual participam, condensando sentido em ações ou vivências. As relações pessoais contam, por exemplo, com o *amor* como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Tem-se o *dinheiro* na economia, o *poder* na política, a *verdade* na ciência. Mas o meio de comunicação simbolicamente generalizado não é indispensável: direito e arte, por exemplo, não dispõem dessa tecnologia. Indispensável é o *código binário* que permite ao sistema funcionar: lícito/ilícito no direito, verdadeiro/falso na ciência, governo/oposição na política, ter/não ter (dinheiro, propriedade ou crédito) na economia, informação/não informação nos meios de comunicação, aprender/não aprender na educação, transcendência/imanência na religião etc. Quando um sistema seleciona um evento do ambiente e precisa lhe atribuir um sentido, essa operação usa necessariamente um dos lados do esquematismo binário. A figura abaixo pretende ilustrar o emprego da forma sistema/ambiente por um sistema, no caso, a política, de maneira a estruturar sua própria complexidade interna:



A política emprega a forma sistema/ambiente para isolar o circuito de comunicações políticas de seu ambiente, i.e., para se isolar do direito, da economia, da

moral, da religião, mas também das pessoas empíricas. Elas tomam parte na comunicação política, mas o organismo físico, a pessoa, é ambiente para a comunicação. Para a política, só conta a comunicação política. A área sombreada ilustra o horizonte de complexidade frente ao qual a política se mantém indiferente. Para que um fenômeno seja relevante politicamente, ele tem de estar codificado como uma posição de poder atribuída ao governo ou à oposição. Isso significa que uma operação política, i.e., a tomada de uma decisão coletivamente vinculante (e.g., a aprovação ou rejeição de um determinado projeto de lei) será interpretada como vitória do governo ou da oposição. O desempenho de um candidato em uma entrevista ou em um debate eleitoral será interpretado como fortalecendo (ou enfraquecendo) o poder do governo ou da oposição. *Tertium non datur*. As operações políticas ocorrem em qualquer dos lados do código binário, mas têm de ocorrer em um deles: para o direito, o lícito (fechar um contrato) é tão operativo quanto o ilícito (não cumprir o contrato); não ter (dinheiro) pode ser tão operativo para a economia quanto ter (crédito), pois investe-se (não ter) para auferir lucros (ter); e assim por diante. É com recurso a tais esquematismos binários que os sistemas filtram o excesso de informação (ruído) proveniente do ambiente, mantendo-se seletivamente indiferentes a ele. A informação capaz de desencadear operações internas ao sistema é, dessa maneira, uma produção do próprio sistema. Por isso o sistema é autopoietico: suas operações reproduzem estruturas e elementos do próprio sistema, de forma a manter uma indiferença seletiva face ao ambiente.

É isso que significa o *fechamento operacional* dos sistemas autopoieticos. Um sistema é sempre um desnível de complexidade: o ambiente é sempre muito mais complexo, caótico; o sistema é complexidade estruturada e, nessa medida, reduzida funcionalmente, operativa. Isso não significa, por óbvio, compreender o sistema como mônada hermética. O sistema observa o ambiente e pinça os inputs a partir dos quais desencadeará suas próprias operações. O sistema é operativamente fechado, mas cognitivamente aberto (ele observa o ambiente). Essa espécie de membrana que filtra o que “entra” no sistema (lembrando tratar-se aqui de uma metáfora imprópria, pois expressões como “entrar/sair” ou “dentro/fora” invocam analogias espaciais que, como já se mencionou, são inexatas para designar o sistema como forma de dois lados); essa espécie de filtro é o que se conhece por *acoplamento estrutural*. Acoplamentos estruturais são condição para o fechamento operacional¹⁸. O acoplamento estrutural permite uma dupla codificação: um evento no ambiente é selecionado e tornado operativo em mais de um sistema. Em qualquer interação (e.g., uma reunião de trabalho, a compra de um item em uma loja, um seminário universitário) a troca de informações entre os indivíduos

¹⁸ 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução espanhola: *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2007), p. 92 e ss.

ocorre em uma esfera objetiva, exterior a ambos. Pelo acoplamento estrutural, um evento pode desencadear produção de sentido em mais de um sistema.

Não existe a possibilidade de que os sistemas (psíquicos ou sociais) entrem em contato uns com os outros diretamente. A hipótese de colocar dois sistemas em relação direta um com o outro faz surgir o problema da dupla contingência: como cada sistema é uma *black box* imperscrutável para o outro, tem-se uma situação de paralisia, pois nenhum dos sistemas é capaz de estruturar a própria complexidade e desencadear operações internas a partir de *inputs* do ambiente (pois não haveria ambiente). Sistemas autopoieticos (psíquicos ou sociais) colocados frente a frente, sem mediação, caracterizariam uma situação impensável em que nenhuma comunicação poderia existir. Mais do que um problema fictício, a dupla contingência é *hipotética*: ela designa aquilo que ocorreria se sistemas sociais não se formassem pelo emprego da forma sistema/ambiente, i.e., aquilo que poderia ocorrer se um sistema se confrontasse com outro (algo tipo “sistema A/sistema B”). A dupla contingência *não ocorre* justamente porque há sistemas funcionalmente diferenciados¹⁹. Em qualquer interação, a troca de informações entre sistemas (psíquicos e sociais) ocorre sempre de maneira *mediada*.

Essa mediação, que evita o problema da dupla contingência, é operada por um acoplamento estrutural. A *linguagem* é a forma de dois lados que, ao processar a produção de sentido, permite acoplar as consciências empíricas (os sistemas psíquicos) à comunicação diferenciada funcionalmente (os sistemas sociais). A linguagem sincroniza os sistemas psíquicos ao sistema social de que participam, de forma que a comunicação funcionalmente diferenciada permita a produção de sentido e oriente assim o comportamento concreto dos indivíduos. Como o acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sociais é condição para que esses sistemas operem (pois não há comunicação sem o envolvimento das consciências empíricas, ao mesmo tempo em que essas somente tomam parte na sociedade quando acopladas à comunicação), tem-se um acoplamento constante que permite processar sentido simultaneamente para as consciências e para os sistemas sociais. Trata-se do que Luhmann denomina *interpenetração* e configura uma condicionante incontornável da vida em sociedade.

Mas acoplamentos estruturais ocorrem não apenas como interpenetração entre sistemas psíquicos e sociais. Eles ocorrem também por intermédio de instituições que cristalizam pontos de intercâmbio funcional entre sistemas sociais: é o caso da constituição como estrutura que reduz complexidade para o direito e para a política, pois tudo que se faz em ambos os sistemas tem de estar em conformidade com a constituição; do orçamento público como acoplamento estrutural entre a economia e a política, pois ali estão disciplinados pagamentos para o poder

¹⁹ 1984. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996), p. 30.

público e pagamentos pelo poder público; das universidades, que institucionalizam o acoplamento estrutural entre educação e ciência; dos contratos da propriedade privada como acoplamentos entre o direito e a economia, pois são esses institutos jurídicos que viabilizam operações econômicas; e assim por diante. Esses acoplamentos tornam concreta a dependência do sistema em relação ao ambiente, mas também sua autonomia: eles permitem filtrar eventos e elementos a partir dos quais as operações dos sistemas serão executadas. Os acoplamentos estruturais são cristalizados historicamente na passagem à sociedade funcionalmente diferenciada. Essa passagem é descrita por Luhmann com o auxílio de uma teoria da *evolução*.

O diagnóstico luhmanniano da modernidade vê a sociedade funcionalmente diferenciada como estágio final de um longo processo de diferenciação. Aqui, talvez mais do que em qualquer outro ponto de sua teoria social, nota-se o compromisso de Luhmann com a tradição sociológica em oferecer uma narrativa para a modernidade que diminua o peso de uma teoria social centrada no diagnóstico do capitalismo, tal como fizera Marx. Em Marx, o capital irrompe como uma inovação que inaugura uma nova história, uma nova sociedade e uma nova temporalidade. Sem poder entrar aqui no mérito da disputa entre Marx e o cânone sociológico, cabe apenas enfatizar que Luhmann se insere nesse cânone, relativizando o papel do capitalismo na conformação da modernidade – ele seria apenas o último estágio de desenvolvimento funcional de *um* subsistema específico da sociedade (a economia), mas não da sociedade como um todo. A passagem à sociedade funcionalmente diferenciada é assim o resultado de um longo processo evolutivo em que se substituem padrões de diferenciação social.

Luhmann identifica quatro padrões de diferenciação social: diferenciação segmentária, diferenciação centro/periferia, diferenciação estratificatória e diferenciação funcional. A diferenciação *segmentária* define as sociedades arcaicas fundadas no parentesco e na vizinhança. A sociedade é simples e definida por uma rígida regra de pertencimento ou exclusão do grupo ou clã. Nessa sociedade, as relações sociais eram regidas pela reciprocidade e pela magia, limitando o alcance das relações sociais ao pequeno grupo. A diferenciação *centro/periferia* se impõe quando a reciprocidade é quebrada em prol da ascensão de um estrato social específico que domina os demais. Essa diferenciação está fundada no surgimento das cidades e dos grandes impérios da alta cultura erigidos a partir delas. Aqui, a magia e o parentesco dão lugar à formação de uma camada política burocrática aliada a um estamento sacerdotal. Esse cume social é o elemento de passagem para a diferenciação *estratificatória* da sociedade, que corresponde ao feudalismo. É por isso que a diferenciação centro/periferia é uma forma transitória de diferenciação: ela permite o surgimento da diferenciação estratificatória no centro ao manter a diferenciação segmentária na periferia. Nessas sociedades pré-funcionais, a comunicação é regida por regras rígidas de pertencimento (à aldeia, clã ou grupo; à cidade; e ao estamento dado pelo nascimento), articuladas pela forma inclusão/exclusão.

A diferenciação funcional implode esse esquema ao impor regras *funcionais* para a comunicação: não é mais importante a origem ou o nascimento para definir o critério de acesso ao direito, à economia, à política etc.; é importante agora que os indivíduos saibam orientar seu comportamento conforme as regras funcionais do sistema do qual estejam participando em um dado momento. Inclusão e exclusão em sistemas sociais não atingem mais o indivíduo por inteiro: é possível ter dinheiro e não conseguir formar uma opinião política pessoal, não conseguir desfrutar da arte etc. A personalidade (e, com ela, o destino econômico, os direitos e deveres para com a comunidade, a posição de súdito ou soberano) não é mais uma decorrência da origem ou do estamento, mas uma questão de ajuste a regras funcionais. Destaca-se, nesse percurso o papel da escrita: ela é a tecnologia comunicativa que permite estabilizar socialmente o dinheiro, os contratos, o direito de propriedade, a constituição e as decisões jurídicas, a ciência como produção de conhecimento novo, a educação formal etc. É a partir dela que os códigos binários assumem a forma moderna que apresentam hoje; é com ela que se estabilizam meios de comunicação simbolicamente generalizados e, com isso, diferenciam-se sistemas sociais que levam em conta somente sua auto-reprodução²⁰.

É também a escrita que permite a diferença entre *estrutura social* e *semântica*: a primeira designa o conjunto de operações práticas por meio das quais um sistema mantém-se como diferença sistema/ambiente (os pagamentos na economia, as decisões jurídicas no direito, as decisões políticas na política etc.). A segunda designa auto-descrições dos sistemas. No primeiro nível, em que o sistema observa o ambiente para reduzir complexidade e estruturar suas próprias operações, tem-se apenas uma *observação de primeira ordem*. O sistema adquire a posição de um *observador de segunda ordem* quando ele obtém uma descrição de si mesmo, refletindo sobre sua diferença sistema/ambiente (a teoria econômica na economia, a teoria do direito para o direito e assim por diante). Por isso a teoria de sistemas sociais é, internamente ao sistema científico e, mais especificamente, internamente à sociologia, uma descrição autorrefente da sociedade. A uma sociedade funcionalmente diferenciada corresponde uma teoria de sistemas funcionalmente diferenciados. A teoria é um modelo da sociedade dentro da sociedade.

A teoria de sistemas sociais de Luhmann é um potente arsenal analítico para a observação da sociedade contemporânea: arte, direito, ciência, educação, economia, religião, política, meios de comunicação de massa, evolução de estágios de diferenciação social, amor, ecologia, risco – seus temas abrangem, com riqueza de detalhes e estudos históricos profundos, os grandes temas da sociedade contemporânea, integrados em uma teoria geral da sociedade. Sem incorrer em

²⁰ 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução espanhola: *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2007), p. 249 e ss.

reduccionismos nem repetir os vícios epistemológicos da tradição humanista, e com um rigor conceitual ímpar, Luhmann procura se desvencilhar da filosofia do sujeito oferecendo uma compreensão da sociedade a partir da diferenciação funcional de sistemas autopoiéticos, sistemas auto-operativos que não derivam das consciências individuais e que seguem lógicas próprias independentes de uma lei basal comum, configurando-se assim uma sociedade sem instância de controle central e sem orientação teleológica pré-determinada para seu desenvolvimento. E, por isso mesmo, o quadro que ela oferece é desalentador. A “emancipação” não está inscrita no DNA da sociedade. O sociólogo que observa a sociedade moderna vê hoje um estado de coisas tão cristalizado, que perspectivas de mudança e transformação social parecem remotas ou ingênuas. Essa sensação estacionária adquire plena expressão teórica na teoria de sistemas sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do quanto até aqui exposto, vale à pena tangenciar, muito brevemente, alguns dos limites da teoria de sistemas sociais, evitando um deslize comum entre luhmannianos ortodoxos: acreditar piamente na pretensão de universalidade reivindicada pela teoria. Por pretensão de universalidade entende-se uma teoria que pretenda explicar não recortes de seu objeto, mas todo o objeto – não é a replicação da própria realidade, nem a exclusão de conhecimentos concorrentes, mas a explicação completa daquilo que a própria teoria define como seu objeto²¹. O problema é que Luhmann escolheu como objeto o social como um todo. A teoria de sistemas sociais provê um aparato conceitual muito sofisticado para o diagnóstico da sociedade contemporânea, mas isso não quer dizer que todas as questões da teoria social já estejam de antemão respondidas pela auto-poiese dos sistemas sociais. Isso impõe não a rejeição da teoria de sistemas, mas seu refinamento e aprimoramento. Mencionaremos três frentes em que os principais debates em teoria de sistemas se desenrolam atualmente: (i) desigualdade social; (ii) sociedade mundial e periferia e (iii) teoria crítica de sistemas. Evidentemente, esses debates somente podem ser aqui brevemente sumariados.

Há um intenso debate acerca do papel da desigualdade social na teoria de sistemas sociais^{22,23,24,25}. Em seus escritos finais, Luhmann desenvolve a inclusão/

²¹ 1984. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996), p. 8-9.

²² Schwinn, T. (org.). 2004. *Differenzierung und soziale Ungleichheit: die zwei Soziologien und ihre Verknüpfung*. Frankfurt am Main: Humanities Online.

²³ Bachur, J.P. 2012. Inclusão e exclusão na teoria de sistemas sociais: aspectos críticos. *BIB Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 73, p. 55-83.

²⁴ Bachur, J. P. & Dutra, R. T. (orgs.). 2013. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG.

²⁵ Bude, H. (org.) (2008). *Exklusion: Die Debatte über die “Überflüssigen”*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

exclusão como forma de dois lados: a inclusão em um sistema não implica inclusão em outros; exclusão de um sistema não acarreta automaticamente a exclusão de outros. Com a passagem à sociedade funcionalmente diferenciada, a classe social não seria determinante – trata-se de saber se o indivíduo consegue se comportar politicamente, juridicamente, cientificamente, economicamente etc., conforme o sistema em que ele se insere. Ora, a desigualdade social (acrescida das dimensões étnicas e de gênero) permanece definindo destinos de vida em todas as regiões do globo. A diferenciação funcional convive com a diferenciação por estratos sociais. Se a primeira é imune a essa última, ou se essa se sobrepõe àquela, é a pergunta que estrutura esse debate e opõe os luhmannianos ortodoxos aos críticos inspirados por Marx, Weber e Bourdieu, por exemplo.

Luhmann define a sociedade atual como sociedade mundial: como a comunicação é a operação elementar do social, a sociedade mundial compõe-se de toda a comunicação produzida pelos sistemas. Não existiriam, portanto, sociedades regionais, mas uma única sociedade mundial. Há, a partir desse postulado – em tudo questionável – um intenso debate sobre o papel da periferia mundial na teoria de sistemas sociais. Argumenta-se que a teoria de sistemas toma, sub-repticiamente, o modelo da Alemanha Ocidental pré-1989 como padrão normativo para imaginar sistemas funcionais plenamente diferenciados. A periferia da sociedade mundial seria a imagem invertida que põe em xeque esse postulado tão caro aos luhmannianos.

Por fim, há uma tentativa de aproveitar o potencial analítico da teoria de sistemas sociais para a renovação da teoria crítica da sociedade^{26,27,28,29,30}. Esse debate busca acentuar os aspectos em que a teoria de sistemas permite formular uma contundente crítica social ao oferecer um acurado diagnóstico da sociedade capitalista, mesmo ao custo da revisão de algumas de suas premissas centrais.

Esses debates demarcam os contornos dentro dos quais a teoria de sistemas sociais de Luhmann vem sendo lida atualmente, atestando, mais uma vez, a vitalidade da descrição que ela provê da sociedade contemporânea.

²⁶ Bachur, J. P. 2010. *Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann*. Rio de Janeiro: Azougue.

²⁷ *Id.*, 2013.

²⁸ Amstutz M. & Fischer-Lescano A. (orgs.). 2013. *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript.

²⁹ Minhoto, L. D. & Gonçalves, G. L. 2015. *Dossiê teoria dos sistemas e crítica da sociedade*. *Tempo Social*, v. 27, n. 2.

³⁰ Klein, S. F. 2015. Sobre a reivindicação sistêmica à criticidade. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 103, p. 153-167.

REFERÊNCIAS^{31**}

Luhmann, N.

1964. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin: Duncker & Humblot.

1965. *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot.

1968. *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. Stuttgart: Enke (há tradução espanhola: *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005).

1969. *Legitimation durch Verfahren* (3ª ed. 1975, Frankfurt am Main: Suhrkamp) (há tradução brasileira: *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980).

1971. *Politische Planung*. Opladen: Westdeutscher Verlag.

1980a. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, v. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

1980b. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag (há tradução brasileira: *Sociologia do direito*, 2 vs. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983).

1981a. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, v. 2. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

1981b. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. München: Günther Olzog (há tradução espanhola: *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial).

1982. *Liebe als Passion*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução portuguesa).

1984. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1996).

1988a. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

1988b. *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* Opladen: Westdeutscher Verlag.

1989. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, v. 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

1990. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

1991. *Soziologie des Risikos*. Berlin: De Gruyter (há tradução americana: *Risk: A Sociological Theory*. Chicago: Aldine Transaction, 2005).

1993. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução brasileira: *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016).

1995a. *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução americana: *Art as a Social System*. Stanford: Stanford University Press, 2000).

1995b. *Die Realität der Massenmedien*. Wiesbaden: VS (há tradução brasileira: *A realidade dos meios de comunicação em massa*. São Paulo: Paulus).

³¹ ** Além das obras utilizadas neste capítulo, foram incluídas também introduções à teoria de sistemas de Luhmann. Indicou-se, conforme o caso, a existência de traduções para o inglês, o espanhol e o português.

- 1995c. *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, v. 4. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp (há tradução espanhola: *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Herder, 2007).
- 2000a. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2000b. *Die Religion der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
2002. *Das Erziehungssystem der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2005a. *Einführung in die Theorie der Gesellschaft*. Heidelberg: Carl-Auer-System.
- 2005b. *Soziologische Aufklärung*, 6v. Wiesbaden:VS.
2006. *Einführung in die Systemtheorie*. Heidelberg: Carl-Auer-System (há tradução brasileira: *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009).
- 2008a. *Die Moral der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 2008b. *Ideenevolution*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, N. & Habermas, J. 1971. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – was leistet die Systemforschung?* Frankfurt: Suhrkamp.
- Críticos, comentadores e introduções:
- Amstutz M. & Fischer-Lescano A. (orgs.). 2013. *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript.
- Bachur, J. P. 2010. *Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann*. Rio de Janeiro: Azougue.
- _____. 2012. Inclusão e exclusão na teoria de sistemas sociais: aspectos críticos. *BIB Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 73, ps. 55-83.
- _____. 2013. *Kapitalismus und funktionale Differenzierung*. Baden-Baden: Nomos.
- Bachur, J. P. & Dutra, R. T. (orgs.). 2013. *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: UFMG.
- Baraldi, C., Corsi, G. & Esposito, E. 1996. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*, trad. M. R. Pérez & C. Villalobos. Barcelona: Anthropos.
- Berghaus M. 2003. *Luhmann leicht gemacht: Eine Einführung in die Systemtheorie*. Köln: Böhlau.
- Giegel, H.J. 1975. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. System und Krise: Beitrag zur Habermas-Luhmann-Diskussion* (série Theorie-Diskussion v. 3). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Gonçalves, G. L. 2010. Rechtssoziologische Interpretationen des Rechtsdiskurses in Lateinamerika: Eine postkoloniale Kritik. *Juridikum: Zeitschrift für Kritik/Recht/Gesellschaft*, v. 21, ps. 311-320.
- _____. 2013. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas: notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito. In: Bachur, J. P. & Dutra, R. T. (Orgs.), *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte, ps. 249-277.

- Gonçalves, G. L. & Villas Bôas Filho, O., 2014. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva.
- Hoster, D. 1997. *Niklas Luhmann*. München: Beck.
- Izuzquiza, I., 1990. *Sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos.
- Klein, S. F. 2015. Sobre a reivindicação sistêmica à criticidade. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 103, ps. 153-167.
- Kneer, G. 1993. *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme: Eine Einführung*. München: Fink.
- Kneer, G. & Nassehi, A. 1994. *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme: Eine Einführung*, 2ª ed. München: Wilhelm Fink.
- Krause, D. 1999. *Luhmann-Lexikon: Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*. Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Maciejewski, F. (org.). 1973. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskussion* (série Theorie-Diskussion v. 1). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- _____. 1974. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Neue Beiträge zur Habermas-Luhmann-Diskussion* (série Theorie-Diskussion v. 2).
- Mascareño, A. 2012. *Die Moderne Lateinamerikas: Weltgesellschaft, Region und funktionale Differenzierung*. Bielefeld: Transcript.
- Minhoto, L.D. & Gonçalves, G. L. 2015. *Dossiê teoria dos sistemas e crítica da sociedade*. *Tempo Social*, V. 27, N. 2.
- Neves, M., 1992. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasiliens*. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____. 2012. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes.
- Reese-Schäfer, W., 1992. *Luhmann zur Einführung*. Hamburg: Junius.
- Schwinn, T. (org.). 2004. *Differenzierung und soziale Ungleichheit: die zwei Soziologien und ihre Verknüpfung*. Frankfurt am Main: Humanities Online.
- Outras referências bibliográficas:*
- Adorno, T.W. (org.). 1969. *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (org.). Neuwied & Berlin: Luchterhand.
- Bude, H. (org.) (2008). *Exklusion: Die Debatte über die "Überflüssigen"*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas, J. 1985. *Der philosophische Diskurs der Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Spencer Brown, G. 1969. *Laws of Form*. New York: Bantam.

Data de recebimento: 08/08/2019

Data de aprovação: 26/10/2019

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PRISÃO PREVENTIVA: O DIREITO À LIBERDADE EM FACE DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

COLLISION BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS IN PREVENTIVE PRISON: THE RIGHT TO FREEDOM COMPARED TO QUE RIGHT TO PUBLIC SECURITY

*André Peixoto de Souza**

*Lucas Cavini Leonardi***

RESUMO

Este trabalho analisa o instituto da prisão preventiva sob a perspectiva da colisão entre direitos fundamentais, notadamente no embate entre o direito à liberdade e o direito à segurança pública. Apresenta-se desde uma introdução da problemática, sob a perspectiva da importância de obtenção de equilíbrio em caso de aparente conflito entre direitos fundamentais, até as noções gerais e técnicas para compatibilização de direitos fundamentais em conflito, com foco no direito à liberdade e à segurança pública, a limitação a direitos fundamentais e a classificação (distinção) das normas jurídicas em regras e princípios, temas da pena e da prisão processual sob a perspectiva dos direitos fundamentais, a prisão preventiva enquanto instrumento cautelar do processo penal, e a importância de aplicação da técnica da filtragem constitucional em casos de prisão preventiva. A vertente metodológica é a criminologia crítica, substanciada na dialética e no materialismo histórico.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Direitos fundamentais. Direito à liberdade. Direito à segurança pública.

* Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP. Professor pesquisador do PPGD-UNINTER. Professor da FD-UFPR. Advogado. E-mail: andrepeixotodesouza@gmail.com.

** Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Promotor de Justiça do MPPR, titular da 1ª promotoria dos crimes dolosos contra a vida de Curitiba-PR. E-mail: lucascavini@hotmail.com.

ABSTRACT

This paper analyzes the institute of preventive detention under the perspective of a collision between fundamental rights, especially in the conflict between the right to freedom and the right to public security. From an introduction of the problematic, from the perspective of the importance of obtaining balance in case of apparent conflict between fundamental rights, to the general and technical notions for the compatibility of fundamental rights in conflict, focusing on the right to freedom and security (distinction) of rules in rules and principles, issues of punishment and imprisonment from the perspective of fundamental rights, preventive detention as a precautionary instrument of criminal procedure, and the importance of implementation of the technique of constitutional filtering in cases of pre-trial detention. The methodological aspect is critical criminology, substantiated in dialectic and historical materialism.

Keywords: Pre-trial detention. Fundamental rights. Right to freedom. Right to public security.

INTRODUÇÃO

Falar em direitos fundamentais, no mais das vezes, traz à tona temáticas de direito constitucional, vez que é nesse âmbito que, tradicionalmente, tais direitos são estudados de maneira mais extensiva. Entretanto, sob a ótica de um processo penal que se pretenda democrático, é urgente que os operadores do direito de modo geral se familiarizem com uma noção de processo penal constitucionalizado, enfrentando as mais diversas questões a partir de referenciais firmemente calcados na Constituição Federal e no caráter fundamental dos direitos materiais que possam se colocar em aparente rota de colisão em determinado caso concreto.

Elevar um direito à categoria de fundamental significa, em termos práticos, retirar tal direito do escopo de disponibilidade do legislador ordinário. Trata-se de um *status* constitucional conferido apenas a alguns direitos, de modo que nem todos os direitos constitucionais são necessariamente ditos fundamentais. Não se trata, contudo, de uma superioridade normativa, mas sim de direitos que representam posições jurídicas de relevância tal que acabam recebendo proteção diferenciada.

Robert Alexy¹ estabelece que os direitos são tidos como fundamentais quando preenchem, alternada ou cumulativamente, três critérios: o critério material (no sentido de que existem alguns direitos decorrentes de um valor constitucional absoluto, o qual é caráter estruturante da Constituição e mesmo do próprio Estado); o critério estrutural (que se refere especialmente aos direitos fundamen-

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 47.

tais em sentido estrito, que seriam os que apresentam estrutura de direito individual de liberdade); e o critério formal (são fundamentais os direitos que o constituinte prevê como assim sendo, independentemente de seu conteúdo).

Sendo nosso direito constitucional positivo produto típico do pensar jurídico ocidental, é nele marcante a tradição de atribuir às normas uma pretensão de universalidade, entendendo-as como vocacionadas a regular todo um conjunto de relações sociais e de sujeitos. O centro desse discurso normativo, portanto, é ideia de indivíduo.

A este indivíduo, por força do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esse conjunto de garantias constitui o núcleo duro dos direitos mais básicos, considerados de primeira dimensão, do qual deriva uma série de outros direitos a serem protegidos – como os sociais, trazidos na sequência pelo art. 6º também da Carta Magna.

Ocorre que, todos os indivíduos de um Estado, e aqui em especial o brasileiro, possuem tais direitos garantidos de maneira indistinta, o que torna inevitável que tais direitos colidam entre si, não raro acontecendo que um invada a esfera de proteção do outro. A proteção fornecida pelos direitos é multifacetada e no mais das vezes simultânea, seja para o sujeito individualmente considerado, seja nas relações entre as pessoas, o que torna importante um estudo cuidadoso tanto da amplitude quanto das limitações das garantias fundamentais – as quais, registre-se, apesar de sua importância ímpar, não são absolutas.

No caso específico da prisão preventiva, o conflito aparente que se percebe, por exemplo, é materializado nos casos em que o direito à liberdade de um indivíduo esteja sendo respeitado ao mesmo tempo em que o direito à segurança pública de outro sujeito pode estar sendo violado.

Tomando-se em conta o crescente nível de complexidade da sociedade, e as potenciais colisões entre direitos que se apresentam, faz-se necessário, para se evitarem soluções arbitrárias e reducionistas, que, em se tratando de prisão preventiva, tanto o direito à liberdade quanto à segurança pública sejam cuidadosamente esmiuçados, analisados e cotejados, a fim de que seja encontrada quase que uma justa medida para o equilíbrio e a convivência mútua, sacrificando-se ou mitigando-se direitos apenas na estrita medida da necessidade.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES GERAIS E TÉCNICAS DE COMPATIBILIZAÇÃO EM CASO DE CONFLITO

Os direitos fundamentais costumam ser classificados pela doutrina jurídica a partir da ideia de “gerações” ou “dimensões”, as quais representam conjuntos de direitos que, em momentos históricos específicos, foram paulatinamente tidos como de singular importância.

Em apertada síntese, é possível que os direitos fundamentais sejam²: i. de primeira dimensão, que são os direitos de natureza individual e ligados à ideia de não-intervenção do Estado; ii. de segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva e que demandam prestações estatais positivas; iii. de terceira geração, que são as garantias que remetem a ideais de solidariedade e fraternidade; iv. de quarta geração, que são os direitos que se referem à pluralidade e diferenças entre as pessoas; e v. de quinta geração, direitos defendidos especialmente por Paulo Bonavides, e que consagram a noção de paz mundial. Para o escopo de análise do presente trabalho, interessam especialmente os direitos de primeira e segunda geração, que são aqueles que garantem liberdades individuais e sociais, respectivamente.

Os direitos de primeira geração possuem uma raiz histórica bastante ligada ao pensamento liberal-burguês do século XVIII. São eminentemente centrados em ideais de liberdade, abrangendo também direitos civis e políticos. Um dos traços mais importantes desses direitos é sua subjetividade, já que o titular deles é o indivíduo, que precisa ser garantido em face do Estado. A atuação estatal, então, sob a ótica dos direitos de primeira geração, deve ser limitada, de modo que o indivíduo não se veja cerceado.

Os direitos fundamentais de segunda geração, ao seu turno, têm origens históricas que remontam a Revolução Industrial no século XIX. São direitos de ordem social, cultural e econômica, de titularidade coletiva e que exigem uma prestação material efetiva por parte do Estado.

Sob a perspectiva de que as gerações de direitos fundamentais se somam e não se substituem, e considerando-se que nem a história nem o desenvolvimento social são lineares e a classificação geracional dos direitos serve apenas para fins didáticos, facilita-se a compreensão dos aspectos que conduziram à sua paulatina consagração e positivação.

Mas o que acontece no mundo dos fatos, para além de quaisquer classificações doutrinárias e normativas, é que tanto a titularidade quanto a necessidade de efetivação desses direitos – de primeira a quinta geração – se sobrepõem todo o tempo, seja nas hipóteses em que há uma convivência pacífica, seja nos casos limítrofes, quando o conflito é inevitável.

Direito à liberdade

Tomando como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Norberto Bobbio³ rememora que o direito à liberdade era lá descrito, no

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 52.

art. 3º, como o “poder de fazer tudo o que não prejudique os outros”. Entretanto, o autor também ressalta que já no art. 5º, *contrario sensu*, a liberdade é “definida implicitamente como o direito de fazer tudo o que não é nem proibido nem ordenado, definição bem mais clássica, na qual a liberdade é entendida como negativa”⁴.

Tratam-se, então, de definições que primeiro pensavam na relação dos indivíduos uns com os outros, e depois no indivíduo em face do poder estatal. Ponderando tais dados históricos, Bobbio entende que a liberdade do art. 5º não seria a melhor definição de todas, já que trata da hipótese apenas de uma violação do direito, e não da garantia jurídica em si. Na Declaração, deveriam ter sido consideradas a definição de liberdade implícita na fórmula “ninguém é obrigado a nada que a lei não ordene” (garantia em face do Estado) e também a previsão do art. 6º, que estabelece que “todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente ou através de seus representantes para a formação da lei”, sendo essa a liberdade positiva ou liberdade como autonomia⁵. Nesse último sentido, da autonomia, é interessante ressaltar que “a liberdade pessoal é, historicamente, o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que acontece desde a Magna Carta”⁶.

Tal resgate conceitual é importante porque, em maior ou menor medida, ainda há uma herança estrutural a respeito do princípio da liberdade que, mesmo tendo recebido conformações diferentes ao longo da história, ainda assim manteve sempre a mesma ideia de fundo: garantir o indivíduo em face do aparato estatal, bem como assegurar-lhe a possibilidade de exercer pessoal e individualmente sua liberdade.

Na definição de José Afonso da Silva⁷, a liberdade é tida como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, ou seja, é um direito fundamental que conta com um viés interno e um externo.

A dimensão interna é subjetiva e faz referência à mera manifestação de vontade na esfera interior do indivíduo, enquanto a dimensão externa se refere às efetivas exteriorizações do arbítrio, de modo genuíno, sem coerções ou limitações.

O ponto decisivo da liberdade externa é que ela é objetiva e ligada a limitações legais em um contexto de vida em sociedade. Afinal, o exercício da liberdade externa de modo indiscriminado por um indivíduo pode significar ofensa à liberdade (interna ou externa) de outro.

⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 232.

No caso da prisão, que é materializada pela restrição da liberdade, a maior mácula e aparente conflito entre direitos fundamentais recaem sobre a liberdade de ir e vir, isto é, de locomoção.

Direito à segurança pública

A segurança pública, direito fundamental eminentemente difuso, consiste na prerrogativa que os indivíduos de uma sociedade possuem de sentirem-se protegidos, sensação que decorre de prestações materiais de políticas públicas por parte do Estado.

Na Constituição Federal de 1988, a segurança pública aparece consagrada no art. 6º, e pormenorizada no art. 144, que define os órgãos estatais que serão mobilizados em prol da “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Da leitura da Lei Maior, se depreende que o constituinte tratou da segurança pública como um direito social a ser concretizado pelo Estado, que, conforme definição weberiana, deteria “o monopólio da violência legítima”⁸.

Em uma sociedade permeada por um constante sentimento de temor em razão de constante violência, além de um direito fundamental que deve inequivocamente ser garantido a todos indistintamente, é mandatário que a segurança pública seja analisada com cuidado pelo juiz, o qual, em vez de ceder ao clamor popular, precisa, sem desconsiderá-lo por completo, se manter sóbrio na ponderação dessa garantia na hipótese de impasse frente a outros direitos – como a liberdade.

LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS

É preciso pensar nos limites e restrições dos direitos fundamentais, e para responder essa problemática duas são as teorias principais: a interna e a externa.

A teoria interna, que conforme registra Virgílio Afonso da Silva⁹, enunciada pelos franceses Planiol e Ripert, se funda na máxima de que “o direito cessa quando o abuso começa”. Sob essa ótica, o direito já traria em si mesmo seu próprio limite, de maneira imanente, de modo que “a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos”¹⁰.

⁸ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967. p. 98.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

¹⁰ *Id.*, *ibidem*, p. 128.

É, portanto, uma definição prévia do conteúdo do direito, que contém em si o próprio limite. A consequência lógica disso é: “toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*”¹¹. As limitações iminentes significam que existem sim limites, os quais são definidos implícita ou explicitamente, pela própria Constituição.

A teoria externa, por sua vez, entende que de um lado existe o direito em si, e de outro as restrições desse direito. Somente a partir do paradigma da teoria externa é possível falar em colisão de princípios, na qual um cederá em favor do outro sem, contudo, afetar sua validade ou extensão. Então, “as restrições, qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício”¹².

Formalmente, é pelas regras (objetivas, positivadas) que tais restrições são levadas a cabo, ao proibirem “alguma conduta que é permitida *prima facie* por algum direito fundamental”, ou então “autorizam alguma ação estatal cujo efeito é a restrição da proteção que um direito fundamental *prima facie* garantia”¹³. Mas, materialmente, eventuais limitações têm sempre por base *princípios*. Nesse contexto, o princípio (ou postulado) da proporcionalidade é a principal forma de controle das restrições a direitos fundamentais.

Intuitivamente, a restrição se faz necessária na hipótese de colisão entre princípios, hipótese em que um deles terá que ser restringido. E pode ser que não exista nenhuma regra que determine o caminho a ser tomado, cabendo ao juiz, no caso concreto, definir qual princípio deverá prevalecer.

Os direitos fundamentais são, por excelência, também princípios. Mas nem todos os dispositivos legais ou constitucionais o são, convivendo ao lado das regras. A partir dessa constatação, surgiram tentativas de conceituar os tipos de normas existentes, especialmente a partir do binômio princípios/regras.

Na definição de Robert Dworkin¹⁴, princípios são dotados de uma “dimensão de peso” (*dimension of weight*) ou importância. Eles não determinam de maneira absoluta a decisão, mas sim conferem fundamentos que devem ser levados em conta. Na hipótese de colisão, um princípio prevalecerá sobre o outro, sem que isso mitigue a validade do princípio que teve sua eficácia diminuída. As regras, diversamente, para Dworkin¹⁵, são aplicadas segundo a regra de “tudo ou nada” (*all or nothing*), de modo que, no caso de colisão, apenas uma regra será aplicada, e a outra será considerada inválida.

¹¹ *Id.*, *ibidem*, p. 129.

¹² *Id.*, *ibidem*, p. 138.

¹³ *Id.*, *ibidem*, p. 141.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

¹⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 39.

Já Alexy, tendo as considerações de Dworkin como ponto de partida, compreende que “os princípios consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”¹⁶.

Portanto, Dworkin propõe uma distinção tendo por base a estrutura lógica, enquanto Alexy funda seu critério de diferenciação no modo de aplicação das normas. Tais conceituações são sólidas, bem estruturadas e até hoje norteiam muitos dos raciocínios no âmbito da teoria do direito. Entretanto, pensar em institutos do processo penal, como a prisão preventiva, demanda uma análise mais concreta, sendo interessante, nesse aspecto, a contribuição doutrinária de Humberto Ávila

Analisando as principais distinções já elaboradas acerca da conceituação de normas e princípios, Humberto Ávila assevera que os critérios de diferenciação são relevantes “na medida em que permitem verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo em que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”¹⁷, mas deixa claro que mais critérios precisam ser estabelecidos, a fim de precisar a diferenciação entre princípio e regra.

Conforme demonstra o autor, o conteúdo das normas nasce apenas a partir da interpretação do operador do direito, de modo que “as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, então não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”¹⁸. E arremata:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁹.

Um dos pontos relevantes da teorização de Humberto Ávila reside, precisamente, na possibilidade de contextualização da problemática em estudo no

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 57.

¹⁷ *Id.*, *ibidem*, p. 61.

¹⁸ *Id.*, *ibidem*, p. 54.

¹⁹ *Id.*, *ibidem*, p. 102.

âmbito da esfera processual penal, mediante uma atividade de “reconstrução interpretativa”:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional²⁰.

O autor intenta deixar claro que regras e princípios não estão escalonados em ordem de importância, existindo simultaneamente para o bom funcionamento de um sistema. Assim como um sistema composto unicamente por regras tenderia a uma rigidez prejudicial, um modelo preenchido apenas por princípios tenderia a uma flexibilidade excessiva, nociva a qualquer pretensão de segurança jurídica.

A proposta de Ávila, então, é no sentido de que as duas espécies de normas sejam nitidamente separadas, propondo, em relação às regras, um modelo “moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastar a sua extraordinária superação”, ao tempo em que para os princípios, sugere um “modelo criterioso de aplicação de aplicação, no qual os princípios têm funções específicas que não afastam pura e simplesmente as regras eventualmente aplicáveis”²¹. Com isso, o autor chega a uma constatação bastante interessante e que pode ser muito bem recepcionada no processo penal, esfera em que a luta para o afastamento de critérios arbitrários deve ser sempre constante:

O problema da aplicação do Direito não está apenas em analiticamente separar espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio²².

DELITO, PENA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No estudo da relação entre crime e punição, uma contribuição bastante interessante é a de Hassemer²³, que aponta para o fato de que delito e pena se

²⁰ *Id.*, *ibidem*, p. 54.

²¹ *Id.*, *ibidem*, p. 148.

²² *Id.*, *ibidem*, p. 149.

²³ HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca, XII, 2012. *Revista Penal*: doctrina. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012. p. 31.

constituem como duas faces de uma mesma moeda, o que culmina na conclusão de que o ciclo vicioso entre delito e pena não é passível de rompimentos.

Com isso, o autor pretende afirmar que a pena deve sim existir, o que não é sequer uma construção abstrata e distante, mas uma opinião generalizada e aceita pela sociedade de modo geral.

Sob essa ótica, então, na vida cotidiana de qualquer sociedade existe a ideia de “controle social”, conceito que pode ser resumido no tripé “viver com normas sociais; sancionar desviações com estas normas; y observar, para estos efectos, determinadas normas de procedimento”²⁴.

Essa contribuição é importante na medida em que torna evidente que as normas – sejam elas expressas ou tácitas – regem o comportamento humano, notadamente em *uma lógica de expectativa de cumprimento*, a qual gera, por sua vez, a *sensação de segurança* sem a qual os grupos sociais estariam fadados ao caos.

Tal segurança pode ser vista sob dois aspectos: o positivo, que se relaciona com a estabilização da norma, e o negativo, que se refere à necessária punição quando da quebra das expectativas de cumprimento da norma.

Nesse sentido, é possível inferir que a punição não é única e exclusivamente um mal, mas antes disso é a resposta dada a uma lesão normativa pretérita – resposta esta que precisa estar nitidamente direcionada a uma quebra de expectativa específica, bem como deve guardar uma relação de equilíbrio com o dano causado, de modo a proporcionar que a infração normativa e a punição se limitem mutuamente.

A noção de controle social do citado penalista alemão explica de modo bastante concreto a necessidade de mecanismos que garantam o respeito à norma, sendo a pena a ferramenta mais adequada para a persecução de tal fim.

Estabelecida a pena como necessária, torna-se importante a fixação de parâmetros racionais mínimos para se pressupor legítima a prerrogativa que um indivíduo (agente estatal) possua de punir outro.

Como se sabe, é comum a noção de pena como *retribuição*, de base filosófica fortemente estabelecida no idealismo alemão, a partir da ideia de se “retribuir o mal pelo mal” – pela devolução do mal causado, se alcançaria a justiça. Outra ideia adotada até hoje, consideravelmente mais sofisticada do que a lógica retributivista, é a noção de pena como *prevenção* (dividida em geral e especial), segundo a qual, em um Estado racional, não pode haver meramente a ideia de vingança punitiva, devendo o aparato estatal cumprir uma função social, atuando na prevenção de delitos e aplicando penas para que os valores sociais negados pela prática do crime sejam reforçados.

²⁴ *Id.*, *ibidem*, p. 32.

Um dos defensores vanguardistas da ideia de prevenção foi o italiano Cesare Beccaria, que entendia que:

Eis, estão, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos²⁵.

A dicotomia entre liberdade e segurança, então, já começa a ser observada de maneira mais concreta. De um lado há um conjunto de pessoas que precisa ter sua segurança assegurada; de outro lado há um indivíduo que, a despeito de ter cometido um delito, precisa ter sua liberdade assegurada (em maior ou menor medida); e no meio de tal embate há o Estado, que precisa posicionar-se de maneira a sacrificar o menor número possível de direitos.

Entretanto, aqui não se pretende desenvolver o debate acerca da necessidade ou não de pena para os casos de cometimento de delitos. A pena de prisão é restrição evidente do direito fundamental de liberdade, restrição esta que é aceita pela sociedade, mas que nos próprios moldes constitucionais é destinada primariamente aos casos em que o indivíduo tenha sido condenado por sentença penal condenatória transitada em julgado, raciocínio que decorre da psicologia da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, sendo a prisão preventiva decretada sem que o indivíduo tenha sido condenado por sentença irrecorrível, a colisão entre direitos fundamentais torna-se ainda mais evidente, reforçando a relevância da discussão proposta neste estudo.

Resgatando-se o ensinamento de Hassemer quanto à sensação de segurança, relacionada à estabilização da norma e à necessidade de punição quando da quebra das expectativas de seu cumprimento, o que acontece hoje é a utilização, mesmo que não consciente, da teoria em exame no que toca à prisão processual.

Explica-se, valendo-se de lições de Ferrajoli: com a introdução de inúmeros benefícios legais e a flexibilização da pena, acabou-se por legitimar, em termos teóricos, a manutenção de penas elevadíssimas e, em termos práticos, a revogação de penas mais sérias, prevendo sua redução na fase de execução, o que gera uma incerteza da pena e a ruptura de correspondência entre pena edital e pena descontada, o que é elevado com o arbítrio extra-jurisdicional na fase de execução²⁶.

²⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 37.

Dessa forma, diante de um crime grave, espera-se a prisão do agente. Todavia, em razão da flexibilização pós condenação, o que acaba ocorrendo é uma total inversão da ordem das coisas, com prisão durante o processo e a soltura depois da sentença, mesmo que condenatória.

É o que acontece, dia sim e dia também, quanto ao crime de tráfico de drogas, o qual apesar de ser equiparado a hediondo, tem tido resposta estatal menos rígida, principalmente por interpretações jurisprudenciais. Assim, juízes, sabendo que, após a sentença, será incabível a prisão, para estabilizar a norma e punir o indivíduo diante da transgressão, acabam por se valer da prisão durante o processo, num contrassenso que contraria qualquer lógica.

Trata-se de hipótese de colisão entre direitos fundamentais muito sensível, da qual decorrem críticas de toda sorte (e de todos os lados) quanto ao instituto da prisão preventiva.

De qualquer forma, em um Estado de conformação democrática, mesmo o sujeito que realiza uma conduta típica não perde seu *status* de cidadão e precisa ter seus direitos individuais respeitados. Porém, como já tratado, nenhum direito é absoluto, cumprindo analisar, então, diante do caso concreto, quais são os requisitos necessários para que a ponderação de direitos fundamentais seja realizada de maneira minimamente racional, principalmente em um momento processual tão incerto como aquele que geralmente serve de pano de fundo à prisão preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO CAUTELAR DO PROCESSO

Consoante estabelece a norma inculpada no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva “poderá 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”.

Como sabido, trata-se de medida cautelar de natureza processual, que como o próprio nome sugere é vocacionada a garantir o regular desenrolar do processo, o que a torna de caráter eminentemente instrumental. A prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento no processo, desde a investigação preliminar até a fase recursal.

Ao lado dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*, consta a exigência de que a prisão preventiva somente pode ser decretada em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Cumprir pontuar, ainda, que por ser uma medida cautelar, a prisão preventiva “não se destina a fazer justiça, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento”²⁷.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II, p. 121.

Estabelecidos analiticamente os principais contornos legais da prisão preventiva, no escopo do presente trabalho cumpre-se analisar também normativamente as especificidades do instituto da custódia cautelar.

Rememorando a distinção já aqui apresentada, fundada eminentemente nas lições de Humberto Ávila, de que as normas se dividem em princípios e regras, estabeleceu-se que na oportunidade de ser materializada a hipótese de incidência de uma norma, a regra é invariavelmente aplicada; ao contrário dos princípios, que no caso concreto, em razão de eventuais colisões, podem ceder espaço para outros princípios. Além disso, a regra descreve em si um comportamento que precisa ser necessariamente adotado, enquanto o princípio fornece orientações finalísticas.

Dito de outro modo, a regra é retrospectiva e descreve uma situação já prevista anteriormente pelo legislador, ao tempo em que os princípios são dotados de caráter prospectivo, descrevendo hipóteses que ainda não se materializaram.

Trazendo tais vetores interpretativos para a leitura do art. 312 do Código de Processo Penal, a conclusão alcançada é de que a norma contida no referido dispositivo possui muito mais natureza de princípio do que de regra.

Isto porque, apesar de ser prevista uma hipótese de decretação de prisão que parece certa na última parte do dispositivo (“quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”), fato é que a utilização do verbo “poderá”, seguido de vários conceitos indeterminados como “ordem pública”, “ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e para fins de “assegurar a aplicação da lei penal”, edificam um cenário que impede que a norma seja aplicada de maneira absoluta, na modalidade *all or nothing* – e, portanto, impede que o dispositivo seja entendido como uma regra.

E essa aplicação absoluta é impedida seja pela não imposição que o verbo inicialmente faz ao juiz, seja pelo fato de os dois primeiros fundamentos de decretação de custódia cautelar (ordem pública e ordem econômica) serem expressões semanticamente vazias.

Fosse o dispositivo construído no sentido de que “será²⁸ decretada prisão preventiva”, e então seguido dos requisitos objetivos de conveniência da instrução ou à intenção de assegurar a aplicação da lei penal, desse modo seria possível defender que a prisão preventiva enquanto instrumento processual se trataria de norma-regra, e, como tal, não passível de grandes elucubrações processuais.

No entanto, o que acontece, e que possivelmente é a raiz das profundas críticas tecidas à prisão preventiva, é que apesar de ter pouquíssimas caracterís-

²⁸ Foi a forma prevista no artigo 312 do CPP, em sua versão original, o qual estabelecia que: “A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

ticas de regra, o art. 312 do Código de Processo Penal acaba sendo interpretado de maneira rasa, e aplicado como se regra fosse.

Ao ser aplicado como regra, o art. 312 do Código de Processo Penal parece não comportar debates de ponderação de direitos (vez que a ponderação seria destinada apenas a princípios), o que faz com que a cuidadosa e necessária compatibilização entre o direito à liberdade e o direito à segurança pública seja simplesmente ignorada, e que uma medida grave como a decretação da prisão de um indivíduo, seja aplicada sem maiores reflexões.

O ponto mais problemático dessa aplicação, é que ela se dá com base em conceitos semanticamente vazios, os quais, convencionados apenas doutrinária e jurisprudencialmente, são ainda um mistério no que se refere a parâmetros objetivos à luz da legislação. Frente a esse vazio semântico, “basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja ‘falsificação’ é inverificável”²⁹.

É sabido que vários indivíduos têm suas prisões preventivas decretadas por decisões que invocam simplesmente a “ordem pública” de maneira genérica, sem sequer explicitarem qual parte de tal etérea ordem pública estaria sendo maculada, em flagrante violação inclusive ao dever de fundamentação das decisões, tido como um verdadeiro “dever constitucional de fundamentação”³⁰.

NECESSÁRIA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DA PRISÃO PREVENTIVA

O que se pretende demonstrar é que há substancial confusão na interpretação da norma contida no art. 312 do Código de Processo Penal. Apesar de possuir contornos muito mais assemelhados a uma norma-princípio do que a uma norma-regra, o dispositivo em comento acaba fazendo com que os intérpretes, diuturnamente, esqueçam da disputa patente entre direitos fundamentais que lhe estará subjacente (liberdade e segurança pública), e apliquem a norma de maneira estanque, sem maiores indagações.

Observando analiticamente, o que se percebe é que o instituto processual da prisão preventiva, no mais das vezes, é utilizado com base no que Luiz Alberto Warat chama de “senso comum teórico dos juristas”, isto é, com base em um “arsenal de pequenas condensações de saber, fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder”³¹.

²⁹ *Id.*, *ibidem*, p. 122.

³⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284.

³¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 15.

Com isto se quer dizer que, em grande medida, a prisão preventiva é simplesmente internalizada sem maiores questionamentos a respeito dos valores e direitos que estão em jogo.

Os juízes, normalmente, não se questionam acerca do significado da “garantia da ordem pública”, por exemplo, e sim apenas se valem de argumentações vazias e fundadas e um “máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo e compensar a ciência jurídica em sua carência”³².

E tal técnica pouco atenta é nociva, já que garantias penais e processuais penais não podem ser mitigadas ou menosprezadas. Como aponta Ferrajoli³³, elas “não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena”.

Numa lógica democrática, não é possível que haja tanto espaço para o arbítrio. Tomando-se em conta a lição de Zaffaroni, e em vez de esconder raciocínios jurídicos atrás de um clamor público por uma segurança genérica e abstrata, precisamos aceitar que “a extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida”³⁴. Mas não deve haver conformação com essa constatação, e sim a busca por critérios objetivos para transformação da realidade.

É preciso que os operadores do direito tomem como mastro a Constituição, se amarrando a ela para empreenderem qualquer tipo de análise. Somente assim seria possível interpretar o art. 312 do Código de Processo Penal de maneira normativamente correta, isto é, na condição de norma-princípio, a fim de que se estabeleçam, a partir daí, requisitos concretos e objetivos para a decretação de custódias cautelares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma breve análise das produções doutrinárias recentes revela que muito se fala sobre a prisão preventiva, de maneira eminentemente crítica, mas pouco se reflete sobre esse instituto a partir de perspectivas jurídicas distintas.

A crítica processual penal no sentido de que a prisão preventiva se trata de uma medida cautelar com requisitos muito amplos, incapazes de tornar a custódia subsidiária como deveria, é de relevância absoluta.

³² *Id.*, *ibidem*, p. 13.

³³ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 32.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 170.

O apontamento para a realidade concreta e precária do cárcere – de superlotação, ausência de condições sanitárias adequadas e descaso governamental –, a qual é, além de tudo, imposta a sujeitos que ainda não possuem uma condenação transitada em julgado, traz debates inegáveis sobre a justiça. Até mesmo do ponto de vista constitucional, é possível que se pense a respeito da compatibilização entre prisão preventiva e preceitos como a presunção de inocência

Entretanto, um espaço que parece ter sido deixado de lado nas reflexões acerca da custódia cautelar é o da teoria do direito, campo que possui muitas contribuições a serem consideradas.

Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é composto por dispositivos legais, surge a conclusão de que tais dispositivos possuem em si insculpidas normas, as quais podem ser entendidas como regras ou como princípios.

As regras possuem caráter eminentemente descritivo e possuem pretensão de decidibilidade, enquanto os princípios são normas finalísticas, com vocação de complementaridade.

Tais distinções não são meramente abstratas e descoladas da aplicabilidade concreta do direito, motivo pelo qual precisam ser cuidadosamente consideradas frente ao caso concreto, quando da interpretação do art. 312 do Código de Processo Penal, já que o tratamento dispensado à prisão preventiva é sensivelmente distinto na hipótese de ser considerada regra ou princípio.

As regras, justamente por seus contornos de aplicabilidade de “tudo ou nada”, não comportam grandes debates acerca de ponderação entre direitos, o que não acontece com os princípios, que são destinados a governar precisamente espaços de conflitos entre direitos fundamentais por excelência.

Analisando-se criticamente o dispositivo processual da prisão preventiva, o que se verifica é que ele possui muito mais contorno de norma-princípio do que de norma-regra. Não obstante, o que se percebe é que os operadores do direito usualmente não entendem como relevantes os contornos do art. 312 do Código de Processo Penal, tornando o debate quase desprezado e sem preocupação com limites para ponderação entre direitos.

Nesse sentido, entende-se que é prudente fazer também uma análise normativa da prisão preventiva, a fim de que os juízos acerca do instituto não se baseiem apenas em raciocínios superficiais. Afinal, todo raciocínio genérico e maniqueísta tende a cair em equívocos crassos.

Entender-se peremptoriamente descabida a prisão preventiva em todos os casos fere a segurança pública. Acreditar-se que deva ser decretada em qualquer caso também fere a liberdade.

São, então, direitos fundamentais colidentes em uma previsão normativa, igualmente importantes e que precisam ser tratados com sensibilidade pelo intérprete, especialmente pelo magistrado. E tal tratamento cuidadoso somente será possível

quando o instituto da prisão preventiva começar a ser lido, normativamente, não como uma regra simplista e de aplicação absoluta, mas sim como uma norma que contém princípios, os quais devem ser examinados e ponderados no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: *Cursos de Postgrado em derecho de la Universidad de Salamanca*, XII, 2012. *Revista Penal: doctrina*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. II.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1967.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

Data de recebimento: 29/04/2019

Data de aprovação: 09/10/2019

DEMOCRACIA E EMERGÊNCIA NA AMÉRICA LATINA – UM NOVO PARADIGMA DO CORONAVÍRUS

DEMOCRACY AND EMERGENCY IN LATIN AMERICA – A NEW CORONAVIRUS PARADIGM

*Daniel Francisco Nagao Menezes**

RESUMO

O artigo abordará a ascensão de regimes de exceção democrática fundados na emergência sanitária mundial causada pela COVID-19. O texto fará um recorte geográfico da América Latina e analisará como alguns países da região vem criando medidas de concentração de poder no Executivo, afastando o controle democrático pelo Poder Legislativo. Serão examinadas seis questões de relevância pública e institucional cujo objetivo é nos ajudar a entender e avaliar criticamente o comportamento das autoridades estatais na América Latina na época da crise da pandemia do COVID-19 e demonstrar a erosão democrática que a região está vivendo.

Palavras-chave: Estado de sítio. Deliberação democrática. Separação de Poderes. Erosão democrática.

ABSTRACT

The article will address the rise of democratic exception regimes founded on the global health emergency caused by COVID-19. The text will make a geographical cut of Latin America and analyze how some countries in the region have been creating measures of concentration of power in the Executive, removing democratic control by the Legislative Power. Six issues of public and institutional relevance will be examined to help us understand and critically assess the behavior of state authorities in Latin America at the time of the COVID-19 pandemic crisis and to demonstrate the democratic erosion that the region is experiencing.

Keywords: State of siege. Democratic deliberation. Separation of powers. Democratic erosion.

* Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil. E-mail: nagao.menezes@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Neste texto, gostaria de apresentar algumas reflexões sobre o modo como as democracias latino-americanas reagiram à crise do COVID-19. Focarei a análise em algumas das controversas escolhas institucionais realizadas durante a emergência e, particularmente, nas questões que afetaram a base de nossas democracias constitucionais na América Latina. Vou discutir diferentes tópicos, incluindo o uso de poderes de emergência em situações de crise; a decisão de declarar, ou não, o “estado de sítio” para enfrentar a pandemia; o valor da deliberação democrática nesse momento crítico; a compreensão predominante do princípio da separação de poderes; o problema da “erosão democrática”; e as ameaças de uma crescente crise econômica, que a pandemia do COVID-19 agravou seriamente. Apresentarei meus pontos em termos abstratos e depois os ilustrarei através de exemplos retirados da prática política latino-americana contemporânea.

PODERES DE EMERGÊNCIA E PROCEDIMENTOS DEMOCRÁTICOS.

A primeira coisa que gostaria de enfatizar está relacionada à importância de respeitar os procedimentos democráticos estabelecidos, sempre e particularmente em situações de emergência. Como o professor Stephen Holmes colocou (objeando ao uso de poderes de emergência em casos de crise), é precisamente nessas circunstâncias críticas que parece mais (e não menos) necessário que as autoridades políticas “amarrem suas mãos” a Constituição e a Lei. De fato, se as democracias modernas optarem por definir esses requisitos processuais desde o início, mesmo em suas Constituições, isso ocorre porque eles querem minimizar o risco de cometerem erros fatais, mas evitáveis, em circunstâncias complexas e difíceis¹.

A administração da pandemia feita pelo presidente norte-americano Donald Trump oferece um exemplo trágico das possíveis implicações de agir discricionariamente (descartando, na medida do possível, os limites impostos pela lei) durante a emergência sanitária: suas decisões foram distinguidas por sua natureza irregular, infundadas e contraditórias. Na América Latina, que representa, para os fins deste artigo, a área de nosso interesse, o caso do Brasil oferece outra ilustração dramática do mesmo fenômeno. No Brasil, um país que (no momento em que escrevo este artigo) se apresenta como aquele com a maior taxa de transmissão (R0 de 2,88²), o presidente Jair Bolsonaro também oferece respostas

¹ HOLMES, S. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. California Law Review, vol. 97, No. 2, pp. 301-355, 2009, p. 301.

² O GLOBO. *Taxa de contágio do coronavírus no Brasil é de 2,8, a maior entre 48 países, aponta levantamento britânico*. Caderno Bem-Estar. Rio de Janeiro. 30 de maio de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/30/taxa-de-contagio-do-novo-coronavirus-no-brasil-e-de-28-a-maior-entre-48-paises-aponta-levantamento-britanico.ghtml>. Acesso em 04/06/20.

caprichosas à crise, com consequências catastróficas como resultado. Como artigo de opinião da revista científica *The Lancet*³, “talvez a maior ameaça à resposta do COVID-19 no Brasil seja seu presidente, Jair Bolsonaro”. No México, onde também encontramos um Presidente onipresente, discricionário e irracional, vislumbra-se outra ilustração triste das possíveis implicações de ter um líder discricionário em tempos de emergência. As respostas do estado mexicano nos dias do COVID-19 até agora foram caracterizadas por falta de informação, opacidade, negação, estatísticas infundadas, se não diretamente por mentiras públicas.

Obviamente, o argumento sugerido por esses exemplos não é simplesmente que, nas próximas eleições, os cidadãos devem tentar fazer uma escolha diferente e selecionar um líder melhor. O ponto é mais estrutural e menos subjetivo, a saber, que nossos sistemas constitucionais falharam em garantir o que deveriam ter garantido, particularmente neste momento: os mecanismos adequados para controlar o poder. Contrariamente a esse objetivo, nossas Constituições permitiram que líderes irracionais tomassem decisões discricionárias⁴ e também permitiram que eles aplicassem suas decisões irracionais sem ter que enfrentar grandes obstáculos institucionais⁵. Os resultados de tudo isso têm sido assustadores em termos de vidas humanas⁶.

De fato, quando comparamos o número de mortes causadas pelo COVID-19 em diferentes países da América Latina, é difícil não explicar as diferenças significativas observadas em diferentes países sem nos referirmos à natureza escandalosa e ultrajante de certas decisões presidenciais.

Podemos comparar, por exemplo, os casos da Argentina e do Brasil, dois países grandes e vizinhos, bastante semelhantes em muitos aspectos (desenvolvimento econômico, níveis de desigualdade, história política). Neste momento de crise, no entanto, encontramos na Argentina (um país com 44,5 milhões de habitantes), 583 mortes (em 03/06/20) devido ao COVID-19; enquanto no Brasil (um país com 210 milhões de habitantes), observamos 32.548 mortes (em 03/06/20). Os diferentes resultados notáveis obtidos por esses dois países não podem ser explicados sem fazer referência direta à irracionalidade das respostas de Bolsonaro à pandemia (Bolsonaro minimiza constantemente a gravidade da pandemia, chamando-a de gripezinha e, incentiva eventos com aglomerações de

³ KIRBY, T. *South America prepares for the impact of COVID-19*. *The Lancet*. Londres. 29 de abril de 2020. Disponível em [https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600\(20\)30218-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600(20)30218-6/fulltext). Acesso em 03/06/20.

⁴ ACKERMAN, B. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*. New York: Belknap Press, 2007.

⁵ ACKERMAN, B. *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

⁶ Os números atualizados podem ser acompanhados em: <https://www.statista.com/statistics/1103965/latin-america-caribbean-coronavirus-deaths/>. Acesso em: 02/06/20.

público aos finais de semana). Em resumo, o fato de nossos sistemas democráticos terem permitido, nessas circunstâncias extremas, o desenvolvimento e a permanência de respostas lunáticas e escandalosas à crise, ao mesmo tempo em que dificultavam que as pessoas em geral controlassem e sancionassem suas autoridades políticas, ele fala menos sobre as deficiências políticas do povo do que sobre as deficiências de suas estruturas constitucionais⁷. Em resumo, esses eventos dizem algo extremamente negativo sobre o estado atual de nossas democracias.

UM “ESTADO DE SÍTIO” NÃO DECLARADO

Em muitos países latino-americanos, a emergência forneceu uma excelente desculpa para os líderes executivos obterem poderes adicionais e também para governarem além dos limites estabelecidos pela Constituição. Pior ainda, em numerosos casos, incluindo, em particular, os da Argentina, Colômbia e México, a emergência facilitou a imposição de um “Estado de Sítio não Declarado”. O Estado de Sítio (Estado de Exceção ou figuras semelhantes na linguagem da Constituição de Weimar) é um mecanismo extremo que aparece em quase todas as Constituições da América Latina (por exemplo, Argentina, Brasil, Bolívia, Colômbia, Chile, Equador, Paraguai, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Nicarágua, Honduras, Panamá). É também uma instituição que as Constituições regulam através de procedimentos legais estritos e sujeitos a controles severos. Infelizmente, porém, na maioria dos casos, e dadas as dificuldades políticas e práticas em declarar um Estado de Sítio (as autoridades políticas sabem que a decisão de declarar um Estado de Sítio pode ser muito cara, em termos de sua própria popularidade), os presidentes preferiram usar os poderes à sua disposição para declarar “emergência” por meio de um decreto executivo⁸.

De fato, a maioria dos presidentes tem poderes de emergência à sua disposição, que eles deveriam usar por um curto período de tempo, em face de circunstâncias catastróficas que podem impossibilitar a deliberação política (ou seja, responder a uma catástrofe natural ou uma invasão militar em território nacional). Com base nessas frágeis bases legais (simplesmente uma autorização para si, por si próprio), os Presidentes têm utilizado esses poderes de emergência

⁷ RAWLS, J. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

⁸ Na Argentina, o principal motivo da recusa do Executivo em estabelecer um “estado de emergência” por meio do canal jurídico apropriado (Congresso) está relacionado ao trauma causado pela declaração mais recente de um Estado de Sítio, durante o governo do Presidente De la Rúa. De fato, o Presidente De la Rúa declarou um Estado de Sítio em 19 de dezembro de 2001 e, assim, lançou a crise política contemporânea mais dramática do país (uma crise que foi seguida por um longo período de instabilidade política e cerca de 40 pessoas mortas pelas forças repressivas do Estado). Então, na minha opinião, o presidente recém-eleito, Alberto Fernández, decidiu evitar o retorno dessa memória coletiva ou “trauma” e, assim, estabeleceu o que representava, de fato, um Estado de Sítio, sem o declarar formalmente.

facilmente acessíveis, como se existisse uma situação de Estado de Sítio, mas sem esse Estado ser declarado pelo Congresso fugindo dos rígidos mecanismos de controle democrático.

A presença desse Estado de Sítio de fato pode ser reconhecida prestando atenção a quatro elementos fundamentais, característicos de uma instituição constitucional tão extrema: i) a concentração de poderes nas mãos do Executivo; ii) a severa limitação dos direitos constitucionais fundamentais individuais; iii) a militarização do espaço público (as principais ruas e avenidas mostram uma presença notável das forças coercitivas do estado e uma circulação moderada da população civil em alguns países – não é o caso do Brasil) e; iv) redução ou eliminação dos mecanismos de controle orçamentário.

Consequentemente, em muitos países latino-americanos e sob a égide da “emergência”, todas as decisões públicas relevantes estão sendo tomadas pelo Poder Executivo, o que representa um problema extremamente sério, especialmente quando consideramos que muitos deles envolveram restrição de direitos constitucionais fundamentais, especialmente os individuais (isto é, direitos à livre circulação, assembleia ou protesto). Em outras palavras, na maioria dos países da América Latina hoje, o Poder Executivo está agindo de maneiras que não são autorizadas pela Constituição, em áreas extremamente sensíveis (isto é, restrição de direitos fundamentais). O silêncio que ainda é evidente na grande maioria dos membros da comunidade jurídica a esse respeito (a maioria deles não denunciou a natureza “ilegal” dessas restrições aos direitos etc.) torna-se alarmante e condenável.

Os exemplos da Argentina e da Colômbia podem ser úteis nesse sentido. No caso da Argentina, concluímos que a Constituição Nacional determina, no artigo 75, inciso 29 e artigo 99, que o Congresso é a instituição encarregada de declarar o Estado de Sítio. A mesma Constituição estabelece, no artigo 14, que a regulamentação/limitação de direitos somente pode ser feita por meio de decisões legislativas (da mesma forma, ver, por exemplo, o artigo 22 inciso 3º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Além disso, no artigo 99, inciso 3º, a Constituição determina que os poderes de emergência do Presidente não lhe permitam intervir em áreas relacionadas ao Direito Penal (o que ele também vem fazendo, através de seus poderes de emergência). Nenhum desses requisitos constitucionais foi respeitado, embora a maioria dos membros da comunidade política tenda a ignorar ou descartar a relevância desses eventos.

A situação parece ser completamente semelhante na Colômbia. Lá, o Presidente Iván Duque decretou o encerramento das atividades (lockdown) pelo Decreto 457, que foi posteriormente prorrogado pelo Decreto 531. No entanto, em ambos os casos, o Presidente impôs severas limitações aos direitos constitucionais individuais (incluindo, por exemplo, o direito de livre circulação; assem-

bleia; protesto) por meios legais inadequados e insuficientes⁹ (Uprimny 2020). Até agora, e desde que o Estado de Emergência foi declarado, o presidente colombiano emitiu 72 decretos em relação às questões mais importantes (principalmente decisões econômicas). Novamente: na Colômbia, como na Argentina e na maioria dos países da América Latina, a restrição de direitos constitucionais individuais só pode ser feita mediante a autorização do Congresso e não deve ser o mero resultado de um decreto presidencial. Não se trata de ser contra as restrições, mas, que sejam feitas pelo Congresso, não pelo Presidente, como determinam as Constituições.

DEMOCRACIA EPISTÊMICA E DELIBERAÇÃO

Se muitos de nós insistem na importância de ter deliberações coletivas inclusivas ao definir nossas políticas públicas, isso ocorre porque reconhecemos o valor de ouvir as vozes de todos os potencialmente afetados¹⁰ (Habermas, 1992). As decisões de alguns (mesmo de um grupo de especialistas) maximizam as chances de perda de informações relevantes e ignoram as demandas e críticas de todo o resto, e particularmente as reivindicações dos mais desfavorecidos. É por isso que, da perspectiva de uma (chamada) abordagem epistêmica da democracia, muitos de nós exigem (sempre e principalmente quando enfrentamos sérias ameaças sociais e constitucionais) que decisões públicas sejam tomadas após discussões inclusivas (e não por decisões impulsivas e/ou tomadas por alguns).

Para Carlos Santiago Nino, sob certas condições, um procedimento democrático “tiende a producir resultados que están más cerca de los requisitos de imparcialidad que los producidos por cualquier otro procedimiento¹¹”. As reivindicações de Nino são baseadas em pelo menos duas suposições que ainda parecem reconhecíveis nas democracias de hoje. Primeiro, a suposição “milleana¹² de que cada pessoa é o melhor juiz de seus próprios interesses¹³. A outra suposição diz respeito ao que Jeremy Waldron – seguindo Aristóteles – chamou de “a sabedoria da multidão”. A ideia é que pessoas diferentes contribuam com perspectivas diferentes sobre os assuntos em discussão¹⁴. Waldron deriva esse insight do trabalho de Aristóteles, e particularmente uma passagem que aparece no livro III de política, que se refere à sabedoria da multidão.

⁹ UPRIMNY, R. *La Cuarentena Constitucional*. El Espectador, Bogotá, 19 de abril de 2020, disponível em <https://www.elespectador.com/opinion/la-cuarentena-constitucional-columna-915234>. Acesso em: 03/06/20.

¹⁰ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press, 1996.

¹¹ NINO, C. *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 249.

¹² MILL, J. *On Liberty*. London: Dover Publications, 2003.

¹³ DAHL, R. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

¹⁴ WALDRON, J. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 132.

Oferecendo alguns exemplos para ilustrar a relevância de levar em consideração as demandas de “todos os potencialmente afetados” em tempos de COVID-19. Um primeiro exemplo refere-se ao federalismo, particularmente no caso de grandes países, como Estados Unidos, Brasil ou México. Nesses países, a necessidade de consultar os diferentes Estados-Membros é crucial. Uma resposta “federal” à crise é importante, não apenas em termos de garantir a coordenação política entre os diferentes entes do Pacto Federativo do país, mas também como uma maneira de basear essas decisões em informações adequadas. Sem um processo permanente de consulta mútua, o risco de tomar decisões erradas, mal informadas, insuficientes ou, imparciais, é enorme. É o que está acontecendo em casos como o do Brasil, onde o Presidente entrou em conflito público e repetido com governadores estaduais e prefeitos em todo o Brasil por sua estrita implementação de medidas de distanciamento social, incluindo a proibição de reuniões públicas e o fechamento de escolas. Ele apareceu regularmente na televisão abordando o país sobre a pandemia e usou frases como volte ao trabalho e, as pessoas vão morrer independente da COVID-19.

Permitam-me agora apresentar uma ilustração diferente da importância de tomar decisões somente depois de considerar todas as vozes relevantes, um exemplo que se refere, em particular, aos interesses dos mais desfavorecidos. Na América Latina, como em outras áreas do mundo, o principal conselho médico oferecido pelas autoridades políticas diante da crise do COVID-19 era, tipicamente, “lave regularmente as mãos e fique em casa”. Infelizmente, ambos os conselhos representam demandas por um cumprimento impossível no contexto de profundas desigualdades sociais e econômicas. De fato, na maioria dos países latino-americanos, milhões de pessoas enfrentam sérias dificuldades no acesso à água potável e produtos de higiene. Além disso, em vastas áreas da região, os membros de grupos desfavorecidos vivem em condições de superlotação (talvez 5 a 10 pessoas na mesma casa). Diante dessas circunstâncias, talvez o melhor conselho médico tivesse sido exatamente o oposto do que foi oferecido na época – talvez um como este: “saia do seu lugar e respire um pouco de ar fresco em uma área aberta”. O ponto é que o viés (de classe) expresso por esse conselho médico crucial e dominante reflete uma séria falta de informação sobre os interesses e necessidade dos mais fracos.

SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Na maioria dos países latino-americanos, a “divisão de poderes” parece estar sujeita a antigas e inadequadas leituras doutrinárias, que estão gerando sérios problemas no funcionamento de nossas instituições. Em particular, quero me referir a pelo menos duas dessas abordagens antigas e suas consequências.

A primeira abordagem refere-se à noção de uma “separação estrita de poderes”¹⁵. De acordo com essa noção (que alguns autores e líderes políticos propuseram durante o momento fundador do constitucionalismo), os diferentes ramos do governo são entendidos como poderes separados e não conectados. Desse ponto de vista, toda tentativa de membros de um ramo de participar nos assuntos de outros ramos do governo é denunciada como uma “invasão”, isto é, como uma violação inaceitável do princípio constitucional da “separação de poderes”.

A segunda abordagem que quero citar é a que vê a relação entre os ramos sob a “lógica da guerra”, seguindo textos como *Federalist Papers* n. 51, de James Madison¹⁶, e sua proposta de dotar ramos do governo de meios para resistir a invasões mútuas. A suposição subjacente é que cada ramo sempre tentará invadir a jurisdição constitucional que é reservada para os outros ramos.

Esses entendimentos desagradáveis da organização de poderes dificultam a realização de leituras mais democráticas e cooperativas do sistema institucional. Eles representam obstáculos para uma compreensão diferente da estrutura constitucional: uma em que a relação entre os ramos é governada por uma lógica diferente, digamos, de colaboração mútua, e não de suspeita e confronto. No final, e como produto da visão dominante, o relacionamento entre os ramos na pandemia de COVID-19 as vezes tende a responder a uma dinâmica binária pouco atraente: de subordinação (um ramo domina os outros) ou, de confronto mútuo (institucionalmente “guerra” canalizada entre os diferentes ramos)¹⁷.

Encontramos exemplos de “subordinação” em países como o México ou a Nicarágua, onde a vontade do Presidente tende a ser seguida, silenciosa e disciplinadamente, pelos outros ramos do governo; e encontramos cenas de “confronto mútuo” em países como Brasil e Argentina. Na Argentina, por exemplo, a Suprema Corte de La Nación recebeu recentemente uma consulta formal da Presidência do Senado, que queria saber se o Tribunal considerava que as sessões legislativas “on-line” estavam de acordo com as exigências da Constituição. Mais uma vez, neste caso, o Tribunal deu a oportunidade de iniciar uma conversa cooperativa com o legislador, uma conversa relacionada ao escopo e significado

¹⁵ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1967.

¹⁶ MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 9-11.

¹⁷ Como Nathaniel Chipman – então senador de Vermont e, mais tarde, presidente da Suprema Corte de Vermont – colocou mais de dois séculos atrás, o sistema proposto de freios e contrapesos criou o contexto para uma guerra perpétua de cada [ramo do governo] contra o outro, ou, na melhor das hipóteses, uma trégua armada, auxiliada em negociações constantes e combinações variáveis, para evitar a destruição mútua: cada parte, por sua vez, se une ao inimigo contra um inimigo mais poderoso. (CHIPMAN, N. *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions of the United States*. Edição Fac-simile. Burlington: Edward Smith, 1833).

das regras processuais estabelecidas na Constituição. Pelo contrário, e invocando o antigo entendimento predominante da divisão de poderes (e também uma leitura empobrecida da doutrina das “questões políticas”), a Corte considerou que não havia conflito que justificasse sua intervenção. Em outros países, como a Colômbia, o Tribunal Constitucional explorou algumas formas diferentes de intervenção mais aberta (crowdsourcing) no controle dos atos do Executivo, o que mostrou que ainda existem alternativas mais promissoras de revisão judicial (mesmo que não sejam), particularmente nessas circunstâncias extremas¹⁸.

HISTÓRIA POLÍTICA E EROÇÃO DEMOCRÁTICA

Nos últimos anos, numerosos acadêmicos começaram a estudar o que descreveram como um fenômeno novo, a saber, o fenômeno da “erosão democrática”¹⁹. A ideia se refere ao risco de deterioração lenta, mas substancialmente substancial, das margens do Estado de Direito, dos direitos democráticos e liberais²⁰. Mais precisamente, a “erosão democrática” implicaria um processo de declínio incremental, mas substancialmente substancial, nos três predicados básicos da democracia: eleições competitivas, direitos liberais de expressão e associação e, o Estado de Direito, em diferentes instituições, contra uma linha de base de algum nível de democracia que está chegando.

Agora, o que quero dizer é que esse novo fenômeno, que geralmente começa com a concentração de poderes no Executivo e é seguido pelo desmantelamento gradual da estrutura de controle (por dentro), representa um problema “antigo” e de longa data na América Latina. Certamente, há algumas décadas, essa “erosão gradual e interna” geralmente refletia golpes militares violentos e abruptos, que (por diferentes razões) no século XXI se tornaram muito menos comuns do que antes. No entanto, essa mudança política (isto é, a passagem do colapso abrupto ao colapso gradual da democracia) não deve fazer os latino-americanos esquecerem as lições aprendidas em sua difícil

¹⁸ Sobre a Corte Constitucional Colombiana conferir: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/decreto444/>. Acesso em: 04/06/20.

¹⁹ De fato, com a chegada ao poder de líderes autoritários, nos Estados Unidos, Hungria, Polônia, Brasil, Turquia etc., muitos autores começaram a chamar a atenção para os riscos decorrentes de situações de “erosão democrática” e “atraso democrático”. Neste sentido conferir: BERMEJO, N. *Democracy Backsliding*. *Journal of Democracy*, v. 27, n. 1, p. 05-19, 2016. GINSBURG, T.; HUQ, A. *How to save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. *How Democracies Die*. New York: Broadway Books, 2018. GRABER, M.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. *Constitutional democracy in crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018. SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: Library of Congress, 2018.

²⁰ GINSBURG, T.; HUQ, A. *How to save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018, p. 39.

história política e social. Mais precisamente, e especialmente em momentos como este, não devemos esquecer que os países latino-americanos têm uma longa e trágica história de abuso político; restrição de direitos; violações da Constituição; e poderes emergenciais que foram rapidamente adotados em tempos de crise e retidos pelas autoridades executivas, mesmo muitos anos após a crise ter desaparecido completamente²¹.

A longa história de autoritarismo político da América Latina sugere que, neste momento, tenhamos muito mais cuidado ao conceder poderes adicionais ao Presidente e também em relação à restrição dos direitos constitucionais individuais. Temos muitas informações sobre como os presidentes – inequivocamente – tenderam a usar e abusar desses poderes, e devemos evitar repetir esses traumas. Infelizmente, quando olhamos ao nosso redor e vemos o que está acontecendo na região – especialmente Brasil –, vemos que, ressurgentemente ou não, as autoridades executivas novamente tiraram vantagem da situação de crise a seu favor.

De fato, a pandemia ofereceu aos líderes políticos uma maravilhosa oportunidade de reafirmar ou fortalecer seus próprios poderes, que em muitos casos estavam sendo severamente questionados. Tomemos, por exemplo, o caso do Chile, onde a administração do presidente Sebastián Piñera decidiu adiar o referendo constitucional que a maioria das forças políticas concordou em realizar, e que estava originalmente previsto para abril²². Com base na “desculpa perfeita” oferecida pelo COVID-19, a consulta popular foi rapidamente adiada para o final de outubro²³.

Um cenário ainda mais preocupante aparece na Bolívia²⁴, onde o governo provisório seriamente irregular liderado por Jeanine Anez anunciou que adiaria

²¹ Apenas um exemplo fora do Brasil: na Argentina, o presidente Néstor Kirchner solicitou poderes de emergência ao Congresso, em 6 de janeiro de 2002, diante de uma dramática crise socio-econômica, e nunca os renunciou. Esses poderes emergenciais (que foram periodicamente renovados por um congresso favorável) continuaram nas mãos do executivo mesmo após a chegada do “boom das commodities”, alguns anos depois, o que trouxe alívio para a economia argentina. Esses poderes de emergência só foram eliminados após 16 anos (em 6 de janeiro de 2018).

²² No final de 2019, o presidente Piñera decretou um toque de recolher e ordenou que os militares saíssem às ruas, após uma crise social sem precedentes. A decisão de Piñera exacerbou a situação de estresse social e, como resultado, o presidente concordou em chamar um plebiscito. O plebiscito precederia a reforma da Constituição de 1980, elaborada pela ditadura de Augusto Pinochet.

²³ CONTESSÉ, J. *Chile's Constitutional Awakening*. Open Global Rights, 2020. Disponível em <https://www.openglobalrights.org/chiles-constitutional-awakening/>. Acesso em: 04/06/20.

²⁴ Sobre a Bolívia conferir: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-bolivia-election/bolivia-election-body-proposes-june-to-september-window-for-coronavirus-delayed-vote-idUSKBN21D39N> <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-bolivia/bolivia-announces-nationwide-14-day-quarantine-to-stem-spread-of-coronavirus-idUSKBN2180VG>. Acesso em: 04/06/20.

as eleições presidenciais originalmente agendadas para 3 de maio (o voto foi uma repetição de uma eleição adiada de 2019 que provocou protestos generalizados e violência). Obviamente, parece claro que em ambos os casos – Chile e Bolívia – havia boas razões para adiar a convocação de eleições populares. No entanto, também parece claro que, dessa maneira, os governos em exercício obtiveram o que estavam tentando obter sem sucesso por outros meios – politicamente menos atraentes. Talvez a preservação de nossas estruturas constitucionais básicas, em tempos de emergência, exija outras respostas de nossas autoridades nacionais, mais especificamente respostas que contribuam para enriquecer, em vez de restringir ainda mais o funcionamento de nossas democracias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comentário final que quero apresentar está relacionado à profunda crise econômica que está afetando a América Latina e às consequências que dela derivam. Na América Latina, de fato, o panorama socioeconômico parece atualmente dramático: a região continua sendo a mais desigual do mundo, situação que o COVID-19 apenas agravou o quadro²⁵.

Na proximidade de um aprofundamento da crise social e econômica, precisamos que nossas instituições sejam particularmente abertas e sensíveis às demandas e críticas, especialmente a que vêm de baixo (populares). Infelizmente, acredito que estamos prestes a receber a crise da pior maneira possível, isto é, com direitos constitucionais limitados e com poderes políticos e coercitivos concentrados nas mãos de poucos. Dado um contexto caracterizado por profundas desigualdades econômicas e também por um sistema representativo deficiente (lembre-se, por exemplo, das referências anteriores à “erosão democrática”), só se poderia esperar mais oportunidades e proteções institucionais para os mais desfavorecidos.

Tal situação poderia exigir, por exemplo, a abertura de mecanismos especiais para canalizar suas demandas ou torná-las visíveis, e também proteções especiais para o seu direito de protestar. As razões para reivindicar isso devem ser óbvias neste momento. Primeiro, poderíamos nos referir às razões “epistêmicas” mencionadas no início dessas notas. O ponto é: todos os membros da comunidade devem estar cientes das reivindicações, necessidades e urgências dos membros mais desfavorecidos da sociedade. Nenhum de nós quer agir injustamente em relação a eles e ao que lhes é devido.

²⁵ ALVAREDO, F.; GASPARINI, L. “Recent trends in inequality and poverty in developing countries”. in Atkinson, A.; Bourguignon, F.(orgs.). *Handbook of Income Distribution*. vol. 2, Amsterdam: Elsevier, 2015, p. 274-277.

Além disso, devemos ter em mente que todos os países da América Latina, desde o início do século XX, promulgaram constituições robustas – de fato, as constituições mais generosas do mundo – em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais que eles incluem. Em outras palavras, os pobres precisam ter uma oportunidade justa de exigir seus direitos fundamentais e entrar com ações judiciais contra o Estado quando violam ou não satisfazem adequadamente seus direitos sociais constitucionais. No entanto, as condições institucionais parecem ser completamente inadequadas para atingir esses fins. Pior ainda, em muitos de nossos países, os governos usaram a pandemia para estabelecer restrições e controles ainda mais rigorosos sobre as reivindicações e protestos dos mais desfavorecidos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall and the Rise of Presidential Democracy*. New York: Belknap Press, 2007.
- ACKERMAN, B. *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- ALVAREDO, F.; GASPARINI, L. “Recent trends in inequality and poverty in developing countries”. in Atkinson, A.; Bourguignon, F.(orgs.). *Handbook of Income Distribution*. vol. 2, Amsterdam: Elsevier, 2015, p. 274-277.
- BERMEO, N. *Democracy Backsliding*. Journal of Democracy, v. 27, n. 1, p. 05-19, 2016.
- CHIPMAN, N. *Principles of Government. A Treatise on Free Institutions of the United States*. Edição Fac-simile. Burlington: Edward Smith, 1833.
- CONTESSA, J. *Chile’s Constitutional Awakening*. Open Global Rights, 2020. Disponível em <https://www.openglobalrights.org/chiles-constitutional-awakening/>
- DAHL, R. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- GINSBURG, T.; HUQ, A. *How to save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.
- GRABER, M.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. *Constitutional democracy in crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018.
- HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HOLMES, S. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. California Law Review, vol. 97, n. 2, pp. 301-355, 2009, p. 301.
- KIRBY, T. *South America prepares for the impact of COVID-19*. The Lancet. Londres. 29 de abril de 2020. Disponível em [https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600\(20\)30218-6/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600(20)30218-6/fulltext).
- LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. *How Democracies Die*. New York: Broadway Books, 2018.
- MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 9-11.
- MILL, J. *On Liberty*. London: Dover Publications, 2003.

- NINO, C. *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1991
- O GLOBO. *Taxa de contágio do coronavírus no Brasil é de 2,8, a maior entre 48 países, aponta levantamento britânico*. Caderno Bem-Estar. Rio de Janeiro. 30/05/20. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/30/taxa-de-contagio-do-novo-coronavirus-no-brasil-e-de-28-a-maior-entre-48-paises-aponta-levantamento-britanico.ghtml>.
- RAWLS, J. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: Library of Congress, 2018.
- VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1967.
- WALDRON, J. *Political Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- UPRIMNY, R. *La Cuarentena Constitucional*. El Espectador, Bogotá, 19 de abril de 2020, disponível em <https://www.elespectador.com/opinion/la-cuarentena-constitucional-columna-915234>.

Data de recebimento: 04/06/2020

Data de aprovação: 05/06/2020

DEMOCRACIA E POLÍTICA EM TEMPOS DE FAKE NEWS

DEMOCRACY AND POLITICS IN TIMES OF FAKE NEWS

*Amanda de Souza Camargo**

*Carolina Piccolotto Galib***

*Luís Renato Vedovato****

*Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini*****

*Viviane de Arruda Pessoa Oliveira******

RESUMO

O exercício do diálogo entre os usuários e a mídia digital tem sido considerado um dos desafios da atualidade. O presente texto traz o fenômeno da *fake news* inserido nas redes sociais e nos processos eleitorais, demonstrando que o acesso à informação passou a disseminar na política o ódio a grupos e minorias, além de dividir opiniões em “bolhas”, impedindo o

* Mestra em Direito pela UNIMEP na área de Direito e Relações Internacionais. Especialista em Direito Constitucional pela UNICAMP. Possui graduação em Filosofia também pela UNICAMP (2013) e em Direito pela PUC de Campinas (2012).

** Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Mestra em Direito pela UNIMEP na área de Direito e Relações Internacionais. Especialista em Direito Constitucional pela UNICAMP. Possui graduação em Direito também pela PUC-SP. Professora de Direito Internacional Privado na PUC de Campinas.

*** Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisador da FAPESP (Proc. 2018/26843-8). Professor de Direito Internacional da PUC de Campinas. Professor Doutor da UNICAMP. Coordenador do Curso de Especialização de Direito Constitucional Aplicado da UNICAMP. Pesquisador Associado do Observatório de Migrações em São Paulo. Pesquisador do Projeto de pesquisa conjunto (Cardiff University e UNICAMP) “Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of Consensual Approach to poverty research in Brazil” –UK Global Challenges Research Fund (GCRF). Coordenador de Mestrado na Leuphana Universität de Luneburg (Alemanha), no Programa de Public Economics, Law and Politics.

**** Doutoranda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestra em Direito pela UNIMEP na área de Direito e Relações Internacionais. Especialista em Direito Constitucional pela UNICAMP. Possui graduação em Direito pela PUC de Campinas. Professora de Direito Internacional na UNASP.

***** Doutoranda em Direito pela USP. Mestra em Direito pela UNIMEP na área de Direito e Relações Internacionais. Especialista em Direito Constitucional pela UNICAMP e em Direito Administrativo pela UFPE. Possui graduação em Direito pela UNICAMP. Professora de Direito Constitucional e Administrativo na USP.

convívio com a diversidade e sinalizando a necessidade de uma educação digital para população brasileira. Utilizou-se do método dedutivo, com análise de textos doutrinários, decisões judiciais e dispositivos legais.

Palavras-chaves: Democracia. *Fake News*. Eleições. Migração.

ABSTRACT

The exercise of dialogue between users and digital media has been considered one of the challenges of today. The present text brings the phenomenon of fake news inserted in social networks and in the electoral processes, demonstrating that access to information started to spread hatred towards groups and minorities in politics, besides dividing opinions in “bubbles”, preventing the coexistence with diversity and signaling the need for digital education for the Brazilian population. The deductive method was used, with analysis of doctrinal texts, judicial decisions and legal provisions.

Keywords: Democracy. Fake News. Elections. Migration.

INTRODUÇÃO

A divulgação de informações nas redes sociais tomou novas dimensões em 2016 com o fenômeno das *fake news*, compreendido como notícias e afirmações cujo conteúdo não é propriamente verídico, mas que são massiva e rapidamente veiculadas, em especial no interior de grupos e “bolhas” que compartilham de uma determinada ideologia.

Uma das principais preocupações atuais diz respeito à credibilidade, manipulação e polarização das notícias veiculadas nas principais redes sociais existentes, tais como *Facebook*, *WhatsApp*, *YouTube* e *Twitter*¹.

A questão ganha destaque no período eleitoral, em que a informação se tornou “arma de guerra”². Nesta seara, propagam-se supostas verdades com base em premissas falsas, conforme o que agrada a cada polo da disputa política, de forma que crenças e ideologias passam a superar fatos³. Esse foi o movimento observado durante as eleições presidenciais de 2016 nos EUA⁴, em que as *fake*

¹ MLABS (2018). *Quais são as diferenças entre as principais redes sociais?*. Disponível em: <<https://www.mlabs.com.br/blog/diferencas-entre-as-principais-redes-sociais/>>. Acesso em: 25/03/2020.

² Termo utilizado por Francisco em sua palestra. In: CRUZ, Francisco Brito (2018). *Fake News e Democracia Painel 1: Fake News, Liberdade de expressão e Democracia*. Tema: InternetLab. São Paulo: Faculdade Getúlio Vargas (FGV) (comunicação oral). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/evento/fake-news-democracia>>. Acesso em: 15/02/2020.

³ BLANCO, Patricia (2018). *Fake News e Democracia Painel 2: Fake News e Mídia: uma relação complexa. Tema: Instituto Palavra Aberta* São Paulo: Faculdade Getúlio Vargas (FGV) (comunicação oral). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/evento/fake-news-democracia>>. Acesso em: 15/02/2020.

⁴ ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew, (2017). *Social media and fake news in the 2016 election*. National Bureau of Economic Research. Disponível em: <<http://stanford.io/2Aiw6gw>>. Acesso em: 20/03/2020.

news e seu uso na campanha do candidato republicano Donald Trump foram determinantes para sua vitória⁵.

A *fake news* se concretizou por meio da internet e, em especial, pelas redes sociais, alterando a forma pela qual os indivíduos se relacionam e expressam suas ideias.

Isso se deu em razão da ampliação do acesso às novas tecnologias de comunicação para estratos sociais cada vez mais diversificados, o que, por um lado representa certa democratização no acesso à informação, já que redirecionou parcela dos usuários para obtenção de informações nas redes sociais. Nesse sentido, atualmente cerca de 67% dos brasileiros usam o *Facebook* para se informar⁶ e, nos EUA este percentual, com relação as diversas redes sociais, equivale à 62%⁷.

Uma das questões que esses dados levantam é a produção de “bolhas” para os usuários que, diante da possibilidade de restringir a rede “relacionamentos”, veem-se inseridos num ambiente fértil para a disseminação de conteúdos sem correlato fático, mas que, na ausência de qualquer dissonância, são reproduzidos massivamente, em especial quando possuem conteúdo político⁸.

Assim, o acesso à informação, propiciado pelo mundo digital, traz alertas, como a má qualidade do que é noticiado e a quase inexistente checagem dos fatos e das fontes pelos indivíduos. Há, ainda, o papel dos veículos propulsores da notícia e as possibilidades de controle dessa atuação que garantam a produção e disseminação de informações verdadeiras, mas não restrinjam a liberdade de expressão.

AS FAKE NEWS E OS PROCESSOS ELEITORAIS

O funcionamento das plataformas digitais pode levar o indivíduo a entrar em contato apenas com informações com as quais tenha afinidade, o que representa um grande obstáculo para a democratização.

Um exemplo da criação desse âmbito restrito é o funcionamento do *Facebook*. Nele há uma filtragem do que é mais curtido, das relações de parentesco que divulgam ideias semelhantes, das pessoas que mais publicam conteúdo similar ao publicado pelo usuário para, então, determinar quais publicações aparecerão

⁵ JANG, S. Mo; Kim, Joon K. (2018). *Third person effects of fake News: Fake News regulation and media literacy interventions*. Disponível em: <<https://www-sciencedirect-com.ez88.periodicos.capes.gov.br/science/article/pii/S0747563217306726?via%3Dihub>>. Acesso em: 20/03/2020.

⁶ CRUZ, Francisco Brito (2018). *Fake News e Democracia Paine! 1: Fake News, Liberdade de expressão e Democracia. Tema: InternetLab*. São Paulo: Faculdade Getúlio Vargas (FGV) (comunicação oral). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/evento/fake-news-democracia>>. Acesso em: 15/02/2020.

⁷ GOTTFRIED, Jeffrey; SHEARER, Elisa (2016). *News Use Across Social Media Platforms 2016*. Disponível em: <<http://www.journalism.org/2016/05/26/news-use-across-social-media-platforms-2016/>>. Acesso em: 22/03/2020.

⁸ VOSOUGHUI et al. (2018). *The Spread of true and false news online*. *Science*, vol. 359. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>>. Acesso: 25/03/2020.

para os usuários⁹. Tal processo cria um tipo de “mundo particular” virtual, onde não existe diversidade e divergências e a necessidade de conviver com perspectivas diferentes pode ser eliminada com o apertar de um botão.

Esse é o ambiente que reúne as melhores condições para a criação e divulgação das *fake news*. Com uma rapidez inédita, as pessoas recebem e repassam mensagens e conteúdos, seja por uma relação de confiança com o divulgador da mensagem, seja pelo fato de que concordam com as alegações ali descritas, quase sempre sem qualquer checagem do conteúdo.

Tais notícias, segundo Gabriel Itagiba¹⁰, associam-se a ideia de se ter informações falsas e amplamente disseminadas, tanto por questões econômicas quanto para manipulação da opinião pública, dois aspectos centrais nas disputas eleitorais e que puderam ser identificados na eleição presidencial nos EUA em 2016.

Naquele processo, múltiplas *fake news* foram produzidas e divulgadas nas redes sociais e pesquisadores chegam a afirmar que sem a sua influência, o resultado das urnas poderia ser diferente¹¹. Segundo pesquisa reproduzida no jornal *New York Times*¹², descobriu-se que 1 a cada 4 americanos teve acesso a uma notícia falsa, sendo que os eleitores de Donald Trump tinham 3 vezes mais chances de acessar estes conteúdos do que os de Hillary Clinton.

Em complemento, a pesquisa de Allcott e Gentzko¹³ demonstrou a existência de cerca de 115 *fake news* pró Trump no período eleitoral, compartilhadas no *Facebook* cerca de 30 milhões de vezes, em detrimento de 41 pró Clinton, compartilhadas cerca de 7,6 milhões de vezes. A título ilustrativo, cita-se a notícia de que o Papa Francisco havia apoiado a candidatura de Trump, informação inverídica que teve ampla repercussão nas mídias sociais¹⁴.

Assim, observa-se que a repercussão das *fake news* contribuiu para a eleição de Trump e a dimensão desse papel foi possibilitada e potencializada pelos mecanismos de filtragem das mídias sociais de acordo com gostos e preferências, os quais terminam por promover notícias falsas, ainda que indiretamente.

No caso do Brasil, que passa por eleições presidenciais no ano de 2018, já se antevê a influência das *fake news* no processo eleitoral, já que a disseminação de

⁹ BRANCO, Sérgio (2017). *Fake News e os Caminhos para fora da bolha*. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/fake-news-e-os-caminhos-para-fora-da-bolha/>>. Acesso em 25/03/2020.

¹⁰ ITAGIBA, Gabriel (2017). *Fake News e Internet: esquemas, bots e disputas pela atenção*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/04/v2_fake-news-e-internet-bots.pdf>. Acesso em: 25/03/2020.

¹¹ ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew, (2017). *Op. cit.*

¹² NEW YORK TIMES (2018). *'Fake News': Wide Reach but Little Impact, Study Suggests*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/01/02/health/fake-news-conservative-liberal.html>>. Acesso em: 23/03/2020.

¹³ ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew, (2017). *Op. cit.*

¹⁴ *Ibidem.*

fake news existe no debate político desde o processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff e, em 2016, 53% dos entrevistados na manifestação do dia 12/04, disseram que o Primeiro Comando da Capital (PCC), era uma extensão do Partido dos Trabalhadores¹⁵.

O assassinato da vereadora Marielle Franco também disparou a propagação de notícias falsas a seu respeito. Circulou pela internet informações falsas de que ela havia sido casada com traficante, que seria ex-usuária de drogas e que havia sido eleita pelo Comando Vermelho. Tais informações foram veiculadas também por parlamentares em suas redes sociais, em uma tentativa desqualificar seu histórico de luta em favor dos Direitos Humanos¹⁶.

Destaca-se que a autorização legal de propagandas eleitorais eletrônicas pagas, representa um problema ainda mais grave, em razão do multidirecionamento do *feed* de notícias e da abertura para uma hiperexposição dos indivíduos a um mesmo conteúdo político/publicitário pago, podendo criar mecanismos para a dominação do debate público¹⁷.

Vê-se, portanto, o potencial lesivo das *fake news* sobre os processos democráticos de eleição de representantes. Informados majoritariamente por meio das redes sociais e sendo estas responsáveis pela criação de “bolhas” de afinidade, onde “tudo está de acordo com os nossos pontos de vista e realidades”¹⁸, as pessoas reproduzem conteúdos falsos, nos quais acreditam por relação de confiança ou afinidade ideológica, e a escolha política de seus representantes se distancia dos projetos políticos propriamente ditos.

Em que pese o cenário preocupante, observa-se com cautela as tentativas de controle e regulamentação desse fenômeno. Para Francisco Cruz¹⁹, eventual legislação sobre o tema só serviria para mapear propostas e diagnósticos, sob pena de restringir indevidamente a liberdade de expressão.

No entanto, permanece o risco que as *fake news* representam se difundida, pode ter graves impactos sociais, como a promoção de discursos de ódio, comoção

¹⁵ SINDICATO DOS JORNALISTAS PROFISSIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO (2018). *O desafio das 'fake news' nas eleições de 2018*. Disponível em: < <http://sjsjp.org.br/noticias/o-desafio-das-fake-news-nas-eleicoes-de-2018-ef26> >. Acesso em: 24/03/2020.

¹⁶ CARTA CAPITAL (2018). Publicado em: 24/03/2018. *A Verdade sobre Marielle resistirá à onda de Fake News?* Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/odio-e-intolerancia-nas-redes-foram-derrotados>>. Acesso em 23/03/2020.

¹⁷ CRUZ, Francisco Brito (2017). *Cenários para 2018: como ficarão nossos direitos na eleição mais digital da história?*, Disponível em:< <https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2017/Cen%C3%A1rios-para-2018-como-ficar%C3%A3o-nossos-direitos-na-elei%C3%A7%C3%A3o-mais-digital-da-hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 22/03/2020.

¹⁸ BRANCO, Sérgio (2017). *Op. cit.*

¹⁹ CRUZ, Francisco Brito (2018). *Fake News e Democracia Painel 1: Fake News, Liberdade de expressão e Democracia. Tema: InternetLab*. São Paulo: Faculdade Getúlio Vargas (FGV) (comunicação oral). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/evento/fake-news-democracia>>. Acesso em: 15/02/2020.

pública, bem como influenciar o próprio resultado do processo eleitoral. É o que se investiga no caso da Cambridge Analytica, quando os vazamentos não autorizados de informações dos perfis dos usuários e preferências, supostamente foram utilizados para influenciar as eleições norte-americanas e o Brexit²⁰.

Com isso, o fenômeno leva a um paradoxo: como garantir a liberdade de expressão e evitar a disseminação de notícias falsas se a legislação não é a melhor solução?

A liberdade é um direito fundamental que só admite restrição quando em colisão com outros direitos de mesma natureza, como o direito a uma vida digna e a não discriminação. Nesse sentido, é possível afirmar que a liberdade de noticiar, ainda que falsamente, prevalece quando a notícia promove respostas violentas, como comportamentos xenófobos entre nacionais e imigrantes? Seria a educação um dos caminhos para solucionar essa questão?

MIGRAÇÃO E DISCURSO POLÍTICO

A partir de 2016, com a crise humanitária pós-primavera árabe, o discurso presente em prol ou contra imigrantes e refugiados tornou-se um fator relevante em campanhas eleitorais em vários países, como nos EUA, a França, Alemanha, e também o Brasil²¹.

Na Alemanha, a decisão da Chanceler Angela Merkel de “abrir” as fronteiras, resultando na entrada de milhares de imigrantes e refugiados, foi atacada pela oposição de forma veemente.

Neste contexto, como ressaltam Betts e Collier “à medida que a confiança do público no sistema de asilo entrou em colapso, os partidos de extrema direita ganharam apoio crescente e, em 2016, a Europa praticamente fechou as portas a entrada de imigrantes”²².

Também na França, sob o mote “Estamos na nossa casa”, o repúdio ao estrangeiro e especificamente ao Islã, levou a candidata Marine Le Pen, do partido de extrema direita, ao segundo turno nas eleições francesas, utilizando também as *fake news* contra Macron²³.

²⁰ THE GUARDIAN (2018). Publicado em 26/03/2018. The Cambridge Analytica Files: The story so far. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/26/the-cambridge-analytica-files-the-story-so-far>>. Acesso em 28/03/2020.

²¹ CARTA CAPITAL (2018). Publicado em 30/12/2017. *O auge da extrema direita na Europa*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/em-2017-o-auge-da-extrema-direita-na-europa>>. Acesso em: 25/03/2020.

²² Collier, P. & Betts, A. (2016). *Refuge: Rethinking Refugee Policy in a Changing World*. New York, Oxford University Press, p. 3.

²³ EL PAÍS (2017). *Le Pen faz campanha suja com “notícias falsas” sobre Macron*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/04/internacional/1493921493_100264.html>. Acesso em: 25/03/2020.

Dominique Wolton, fundador do Instituto de Ciências da Comunicação do Centro Nacional de Pesquisa Científica da França, disse, na época, que “Não há verdade nas redes sociais, mas opiniões, rumores, especulações. É a anarquia perversa, onde se confunde opinião e expressão com informação”²⁴.

Ainda há o discurso do candidato Trump nos EUA, que era alimentado pelo ideal de segurança nacional contra o terrorismo, visando atingir imigrantes muçulmanos, bem como a preservação da economia nacional e dos empregos, direcionados aos mexicanos²⁵.

Neste cenário, as *fakes news* contrárias aos imigrantes utilizadas como discursos eleitorais trazem reflexões importantes sobre o comportamento dos indivíduos nas redes sociais com relação ao outro.

Isto porque, em geral, grupos de pessoas, por afinidades ideológicas, disseminam o discurso do ódio contra minorias e atentam contra o próprio conceito de liberdade de expressão, fazendo uso da internet como se tratasse de território em que as normas não se aplicam, em detrimento da convivência democrática com a diversidade.

O conteúdo desse discurso e as ideias xenófobas sem respaldo em fatos são disseminados em rede sociais como verdades absolutas pelos seus simpatizantes, extremamente ativos no circuito virtual²⁶.

Esse fenômeno revela demandas sociais gritantes e uma manifesta desinformação sobre a realidade migratória, uma vez que, diante da necessidade legítima por mais postos de trabalho, associa-se falsamente a entrada de imigrantes com o aumento do desemprego e, em face de uma situação de crescente violência, faz-se a associação da figura do imigrante ao terrorismo, em lugar de problematizar a segurança pública como direito fundamental dos cidadãos e dever do Estado.

De toda sorte, é de se reforçar que o poder da mídia digital pode e deve ser exercido sob o manto da liberdade de expressão, mas pelo viés do exercício da consciência crítica, buscando a verdade da responsabilidade com o outro, com a coletividade e com um mundo mais justo e solidário.

Neste sentido, as redes sociais, pela alta capacidade de divulgar ideias e também coletar informações dos usuários, são um campo propício para as *fake news*, que disseminam a ideia de impossibilidade de convívio com a diversidade

²⁴ ESTADÃO (2017). *Fim de campanha na França é tomado por notícias falsas*. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,fim-de-campanha-na-franca-e-tomado-por-noticias-falsas,70001764030>>. Acesso em: 25/03/2020.

²⁵ CARTA CAPITAL (2017). *A política migratória de Trump*. Disponível em: <<https://www.carta-capital.com.br/blogs/blog-do-grri/a-politica-migratoria-de-trump>>. Acesso em: 25/03/2020.

²⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. (2018) publicado em 01/01/2018. *Eleitor de Bolsonaro é o mais ativo nas redes sociais*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1947267-eleitor-de-bolsonaro-e-o-mais-ativo-nas-redes-diz-datafolha.shtml>>. Acesso: 23/03/2020.

e passam a fomentar um conteúdo que atenta contra os direitos fundamentais, pela via do discurso do ódio, revelando preconceitos velados e ofendendo a dignidade do próprio imigrante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O POTENCIAL DA EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE “ENCLAUSURAMENTO VELADO”

Os mecanismos de funcionamento das mídias sociais e os usos que delas foram feitos fomentaram a construção de “bolhas” de afinidade virtual, onde o que é diferente do usuário simplesmente não existe. Busca-se agradar o usuário, de forma a tornar a experiência prazerosa, o que faz com que essas redes sejam meros reflexos de seus usuários²⁷.

Nesse contexto, o indivíduo que utiliza a mídia social como único meio de acesso à informação tem uma reprodução homogênea de suas afinidades, denominada de “enclausuramento silencioso”²⁸, que desestimula o pensamento crítico e da tolerância com a diferença.

Soma-se a isto o uso desse mecanismo²⁹, pois, para que uma informação chegue até um usuário que não possua afinidades ideológicas com determinado assunto, a solução das empresas proprietárias é fornecer a opção de pagar pela publicação.

Logo, há um mercado lucrativo a ser mantido com o fenômeno das *fake news* no contexto do “enclausuramento” mencionado. E como romper essa bolha?

Alguns países possuem ou estão em vias de introduzir em seus ordenamentos jurídicos leis criminalizando o compartilhamento de notícias falsas³⁰. Porém, esta medida limita ainda mais a diversidade, pluralidade e à liberdade de expressão, contrariando a democracia.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou no *Facebook* a cartilha “Boatos no celular – não acredite em tudo que você lê na internet”, constando que o compartilhamento de notícias deve ser feito criteriosamente, buscando a fonte original e a não transmissão caso haja dúvida sobre sua origem³¹.

²⁷ BRANCO, Sérgio. *Op. cit.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ De Souza, Carlos Affonso; Padrão, Vinícius. *Quem lê tanta notícia (falsa)? Entendendo o combate contra as “Fake news”*. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/04/Quem-l%C3%AA-tanta-not%C3%ADcia.pdf>>. Acesso em 25/03/2020.

³¹ FACEBOOK (2017). *Página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/cnj.official/posts/1747154928690593?pnref=story>>. Acesso em: 25/03/2020.

Ações desse tipo exercem um papel central na criação de um senso crítico e representam a melhor opção para impedir os efeitos das bolhas de informações e das *fake news*, pois caminham no sentido de desenvolver políticas públicas de educação digital amplas, aptas a munir o usuário/cidadão das ferramentas necessárias para o acesso à informações confiáveis.

REFERÊNCIAS

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew, (2017). *Social media and fake news in the 2016 election*. National Bureau of Economic Research. Disponível em: <<http://stanford.io/2Aiw6gw>>. Acesso em: 20/03/2020.

BLANCO, Patrícia (2018). *Fake News e Democracia Painel 2: Fake News e Mídia: uma relação complexa. Tema: Instituto Palavra Aberta* São Paulo: Faculdade Getúlio Vargas (FGV) (comunicação oral). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/evento/fake-news-democracia>>. Acesso em: 15/02/2020.

BRANCO, Sérgio (2017). *Fake News e os Caminhos para fora da bolha*. Disponível em: <<https://itsrio.org/pt/publicacoes/fake-news-e-os-caminhos-para-fora-da-bolha/>>. Acesso em: 25/03/2020.

CARTA CAPITAL (2017). *A política migratória de Trump*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-do-grri/a-politica-migratoria-de-trump>>. Acesso em: 25/03/2020.

CARTA CAPITAL (2018). Publicado em 30/12/2017 *O auge da extrema direita na Europa*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/em-2017-o-auge-da-extrema-direita-na-europa>>. Acesso em: 25/03/2020.

CARTA CAPITAL (2018). Publicado em: 24/03/2018. *A Verdade sobre Marielle resistirá à onda de Fake News?* Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/odio-e-intolerancia-nas-redes-foram-derrotados>>. Acesso em: 23/03/2020.

COLLIER, P.; BETTS, A. (2016). *Refuge: Rethinking Refugee Policy in a Changing World*. New York, Oxford University Press.

CRUZ, Francisco Brito (2017). *Cenários para 2018: como ficarão nossos direitos na eleição mais digital da história?*, Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2017/Cen%C3%A1rios-para-2018-como-ficar%C3%A3o-nossos-direitos-na-elei%C3%A7%C3%A3o-mais-digital-da-hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 22/03/2020.

CRUZ, Francisco Brito (2018). *Fake News e Democracia Painel 1: Fake News, Liberdade de expressão e Democracia*. Tema: InternetLab. São Paulo: Faculdade Getúlio Vargas (FGV) (comunicação oral). Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/evento/fake-news-democracia>>. Acesso em: 15/02/2020.

DE SOUZA, Carlos Affonso; PADRÃO, Vinícius. *Quem lê tanta notícia (falsa)? Entendendo o combate contra as “Fake news”*. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/04/Quem-l%C3%AA-tanta-not%C3%ADcia.pdf>>. Acesso em: 25/03/2020.

EL PAÍS (2017). *Le Pen faz campanha suja com “notícias falsas” sobre Macron*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/04/>>

- internacional/1493921493_100264.html>. Acesso em: 25/03/2020.
- ESTADÃO (2017). *Fim de campanha na França é tomado por notícias falsas*. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,fim-de-campanha-na-franca-e-tomado-por-noticias-falsas,70001764030>>. Acesso em: 25/03/2020.
- FACEBOOK (2017). *Página do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/cnj.official/posts/1747154928690593?pnref=story>>. Acesso em: 25/03/2020.
- FOLHA DE SÃO PAULO. (2018) publicado em 01/01/2018. *Eleitor de Bolsonaro é o mais ativo nas redes sociais*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1947267-eleitor-de-bolsonaro-e-o-mais-ativo-nas-redes-diz-datafolha.shtml>>. Acesso: 23/03/2020.
- GOTTFRIED, Jeffrey; SHEARER, Elisa (2016). *News Use Across Social Media Platforms 2016*. Disponível em: <<http://www.journalism.org/2016/05/26/news-use-across-social-media-platforms-2016/>>. Acesso em: 22/03/2020.
- ITAGIBA, Gabriel (2017). *Fake News e Internet: esquemas, bots e disputas pela atenção*. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/04/v2_fake-news-e-internet-bots.pdf>. Acesso em: 25/03/2020.
- JANG, S. Mo; Kim, Joon K. (2018). *Third person effects of fake News: Fake News regulation and media literacy interventions*. Disponível em: <<https://www-sciencedirect-com.ez88.periodicos.capes.gov.br/science/article/pii/S0747563217306726?via%3Dihub>>. Acesso em: 20/03/2020.
- MLABS (2018). *Quais são as diferenças entre as principais redes sociais?*. Disponível em: <<https://www.mlabs.com.br/blog/diferencas-entre-as-principais-redes-sociais/>>. Acesso em: 25/03/2020.
- NEW YORK TIMES (2018). *'Fake News': Wide Reach but Little Impact, Study Suggests*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/01/02/health/fake-news-conservative-liberal.html>>. Acesso em: 23/03/2020.
- SINDICATO DOS JORNALISTAS PROFISSIONAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO (2018). *O desafio das 'fake news' nas eleições de 2018*. Disponível em: <<http://sjsp.org.br/noticias/o-desafio-das-fake-news-nas-eleicoes-de-2018-ef26>>. Acesso em: 24/03/2020.
- THE GUARDIAN (2018). Publicado em 26/03/2018. *The Cambridge Analytica Files: The story so far*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/26/the-cambridge-analytica-files-the-story-so-far>>. Acesso em: 28/03/2020.
- VOSOUGHUI et al. (2018). *The Spread of true and false news online*. In *Science*, vol. 359. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>>. Acesso em: 25/03/2020.

Data de recebimento: 06/06/2020

Data de aprovação: 26/06/2020

DIREITO AO ESQUECIMENTO EM CASOS CRIMINAIS

RIGHT TO BE FORGOTTEN IN CRIMINAL CASES

Túlio Vianna*
Jamilla Monteiro Sarkis**

RESUMO

Este artigo busca trabalhar o direito ao esquecimento como direito fundamental decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da proteção à personalidade a partir de sua aplicação aos casos nos quais a mídia em geral, sob o pretexto de exercer seu direito à informação, viola a privacidade, a imagem e a intimidade de egressos do sistema prisional, noticiando fatos de suas vidas após o devido cumprimento da pena que lhes foi imposta pelo Estado. Discute-se que, em casos de conflito, devem ser os direitos sopesados a partir do binômio relevância-consentimento, de modo que a prevalência do direito privado sobre o público não implica em censura, e sim em mecanismo de controle e manutenção da democracia.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Sistema prisional. Imprensa. Direitos fundamentais. Privacidade.

ABSTRACT

This article claims to work the right to be forgotten as a fundamental right, resulting from the constitutional principle of human dignity and protection of personality build on its applicability to some cases in which the press, behind the doubtful exercise of the right to information, violate the privacy, image and intimacy of ex prisoners, reporting their lives after they served their time in prison. Besides, in case of conflicts, the rights must be counterweighted by the relevancy-consent binomial, so that the prevalence of private rights above individual rights does not mean censorship, but a procedure of control and maintenance of democracy.

Keywords: Right to be forgotten. Prison system. Press. Fundamental rights. Privacy.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Pós-doutorado na Università di Bologna (Itália). e-mail: prof@tuliovianna.org.

** Mestre pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogada Penalista. e-mail: jamilla.sarkis@gmail.com.

INTRODUÇÃO

“Uma das festinhas de aniversário de um filho, por exemplo, ficou praticamente vazia e, segundo a mãe de um coleguinha, até os garçons que a reconheceram se recusaram a servi-la”.

“Sofri muito na mão da imprensa, eu não quero mais entrar nesse assunto, pois aparecer prejudica meus filhos, minha família”.

“(...) durante o curso de direito, teve que assistir em sala de aula professores usando o processo pelo qual foi condenado como estudo de caso, atraindo olhares dos colegas”.

“Eu não quero conversar. Não destrói o pouquinho que eu estou fazendo para ajudar minha família e a mim mesmo”.

Os trechos acima foram extraídos da reportagem “Recomeçar depois da prisão”, publicada na capa da Revista IstoÉ, em outubro de 2012. O *lead* deixa claro o objetivo da matéria, inserida na seção de “Comportamento”: mostrar como vivem pessoas condenadas pela prática de quatro crimes que chocaram o País.

As personagens escolhidas pela equipe de jornalismo, todavia, tornaram-se vítimas do interesse popular, da curiosidade alheia e de seu próprio passado. Como se o cumprimento da pena atribuída pelo Poder Judiciário aos delitos que cometeram não fosse suficiente, essas pessoas protagonizam uma triste realidade: são réis em um eterno julgamento popular e cumprem, perpetuamente, a pena de dar satisfações à sociedade.

Os inquisidores são cruéis. P.N.P., condenada por homicídio, teve sua pena extinta em 2011. Em liberdade condicional desde 1999, após seis anos de cumprimento em regime fechado, o esquecimento parece improvável.

Ao saber que estava sendo observada pela equipe da revista, conforme narra a reportagem, ela “pegou o braço do pai (...) e ambos atravessaram a rua e entraram no primeiro ônibus que passou”. Em outro momento da matéria, é mencionado o nome e endereço do salão de beleza frequentado por ela, assim como o valor dos serviços prestados.

A comercialização da intimidade e o devassamento da vida privada parecem cada vez mais presentes no dia-a-dia. Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 20), pontua que “Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas”.

De fato, quanto mais se moderniza a sociedade e quanto maior o avanço tecnológico, mais devastado torna-se o conceito de vida privada.

Os meios de comunicação de massa, nas palavras de Costa Júnior (2007, p. 22), realizam uma verdadeira “expropriação da vida privada por ‘curiosidade pública’, quando a tecnologia põe ao alcance de indiscretos e bisbilhoteiros instrumentos verdadeiramente diabólicos, para penetrarem em nosso ‘jardim secreto’ e transformarem nossa solidão em ingênua aparência”.

Com efeito, o “jardim secreto” alheio desperta diversos interesses, principalmente quando pertence a pessoas “conhecidas”, mesmo contra sua própria vontade. No caso específico daqueles condenados por crimes de grande repercussão, este “jardim secreto” deixa de ser particular, como se houvesse uma eterna dívida com a sociedade. É quando a mídia, sob o manto da liberdade de imprensa, de expressão e informação, ofende incisivamente o direito à vida privada.

Além de um obstáculo à ressocialização, a exploração da imagem de pessoas que tiveram o infortúnio de cair nas garras do moralismo popular e do julgamento midiático deve ser problematizada, na medida em que impede os egressos do Sistema Prisional de se desvincularem do passado e estabelecerem uma nova realidade após o cárcere.

Condenadas a serem eternamente lembradas, são verdadeiros objetos da memória popular e, como tal, privados dos direitos à paz, à honra, ao anonimato e à privacidade.

Assim como acontece com celebridades, artistas, políticos e atletas; os réus, vítimas e testemunhas de crimes de grande repercussão desfrutam de uma fama instantânea e têm suas vidas transformadas: do puro anonimato cotidiano aos holofotes da imprensa sensacionalista.

A situação se agrava ainda mais quando pessoas alheias ao fato criminoso passam a ser julgadas e penalizadas pelo já institucionalizado tribunal popular. Os familiares e amigos de pessoas condenadas tornam-se coadjuvantes em uma história da qual sequer participaram, e veem suas vidas expostas pela grande mídia como se devessem ao público alguma explicação sobre seus relacionamentos, em aplicação da falaciosa locução “diga-me com quem andas e te direi quem és”.

E é neste cenário de perseguição, impessoalidade e perpetuação da pena que emerge o chamado direito ao esquecimento. Considerado decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito de ser esquecido passou a ser discutido na sociedade da informação e vem se desenvolvendo, ainda de maneira inibida e apresentando diversas questões controversas.

Neste trabalho trataremos do direito ao esquecimento aplicável a questões criminais.

Não será nosso objeto aqui analisar os diversos meios pelos quais o direito ao esquecimento é passível de ser violado. Ainda que possa haver especificidades entre violações do direito ao esquecimento praticadas por meio digital daquelas perpetradas pelos meios de comunicação tradicionais, este não será nosso foco.

Também não será nosso propósito analisar o complexo debate sobre desindexação ou remoção de conteúdo dos meios digitais.

O presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da tutela jurídica do direito ao esquecimento no âmbito penal. Para tanto, busca inserir o direito ao esquecimento no plano constitucional, como derivação das já consagradas garantias fundamentais à privacidade e à imagem.

Questiona-se também se seu alcance aos casos criminais de repercussão midiática – independente do meio de comunicação utilizado – configura um avanço rumo à defesa dos direitos fundamentais ou um retrocesso em desfavor das liberdades de opinião e expressão.

O ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: HISTÓRICO E CONSTITUCIONALIDADE

Tema efervescente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais ao redor do mundo, o direito ao esquecimento como vertente do direito fundamental à personalidade já foi reconhecido em diversos casos concretos.

O primeiro desses casos teve como palco o Tribunal de Apelação do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos. No ano de 1931, o caso *Melvin versus Reid* traçou as silhuetas e o conteúdo do que hoje se entende por direito ao esquecimento. Nele, Gabrielle Melvin ajuizou ação em face de Dorothy Reid após a produção e o lançamento do filme “The Red Kimono”, baseado na vida de Melvin, uma ex-prostituta que havia sido absolvida, em 1918, da acusação de homicídio que vitimara um de seus clientes.

Naquela oportunidade, a Corte reconheceu os danos causados pela divulgação do filme que retratava o passado de Melvin, garantindo a ela o “direito à felicidade” e de viver plenamente a sua vida sem quaisquer tipos de interferências ou ataques contra seu passado.

Também na corte francesa, o direito ao esquecimento foi reconhecido pela primeira vez em 1983, no julgamento do caso *Madame M. versus Filipacchi et Congedipress*, que tratou da publicação de uma matéria jornalística a respeito de um crime ocorrido quinze anos antes.

Nesse caso, entendeu o Tribunal que qualquer pessoa envolvida em eventos públicos no passado poderia reivindicar o direito de esquecê-los e de ser esquecido. Tal faculdade, de acordo com a Corte francesa, se estenderia aos indivíduos que, condenados por crimes, já quitaram sua dívida com a justiça e se reinseriram na sociedade.

Na Alemanha, o “Caso Lebach” é considerado marco inicial dos debates envolvendo o que hoje se entende por direito ao esquecimento. Em 1969, o roubo a um depósito de armas e munições resultou no homicídio de soldados que

vigiavam o local. No ano seguinte, os dois principais acusados pelo crime foram condenados à prisão perpétua e um terceiro acusado foi condenado a seis anos de prisão, por ter auxiliado nos atos preparatórios.

Passados quatro anos, a emissora ZDF – atenta à grande curiosidade do público pelo caso – produziu um documentário sobre o ocorrido, no qual seriam apresentados nomes e fotos dos acusados, além de uma reconstituição do crime feita por atores, com detalhes não só do fato, como também da vida pessoal dos acusados, inclusive abordando supostas ligações homossexuais entre eles.

Registra-se que o documentário seria exibido em data próxima à soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido a maior parte da sua pena em regime fechado.

Este terceiro acusado, então, pleiteou em juízo uma liminar para impedir a transmissão do programa, sob a alegação de que o referido documentário lesaria seus direitos de personalidade e dificultaria sua ressocialização. O Tribunal Estadual de Mainz e, em seguida, o Tribunal Superior de Koblenz, não acolheram o pedido de liminar, entendendo que o requerente havia se tornado uma personalidade da história recente do país em função da sua participação no crime.

Cuidava-se, pois, de um conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade. Foi interposto Recurso Constitucional, chegando a Corte Superior à conclusão de que, para a divulgação de notícias sobre crimes graves, haveria o interesse de informação da opinião pública.

Em geral, a informação teria precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de se considerar a intangibilidade da esfera íntima, a Corte levou em conta o princípio da proporcionalidade, de acordo com o qual a identificação do criminoso, por nome, foto ou qualquer outro dado, nem sempre seria permitida.

Três décadas após a decisão, o “Caso Lebach” voltou a repercutir nos tribunais germânicos. Em 1996, a emissora de televisão alemã SAT 1 produziu uma série de reportagens sobre crimes de grande repercussão nacional, sendo que um dos programas teria como objeto o fato ocorrido em 1969.

A SAT 1, ao contrário da emissora ZDF, alterou o nome de algumas pessoas envolvidas na história e preservou suas imagens. Os envolvidos no caso contestaram, novamente, a exibição do programa, com argumentos similares aos defendidos na oportunidade anterior.

Nessa segunda oportunidade, a Corte Superior, dada a alteração do contexto fático, rejeitou a tese de ofensa aos direitos de personalidade, ao argumento de que não se verificaram ameaças ao livre desenvolvimento do indivíduo ou quaisquer prejuízos à ressocialização dos condenados, principalmente em razão do extenso lapso temporal entre o crime e a divulgação do programa de televisão.

No Brasil, o direito ao esquecimento ganhou destaque a partir da publicação do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça em 2013, que firmou entendimento segundo o qual “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O conceito de “sociedade da informação” ou “sociedade em rede” (Castells, 2005) se refere, primordialmente, às transformações técnicas, organizacionais e administrativas das sociedades, baseadas nas tecnologias de informação e comunicação que abrangem obtenção, armazenamento, processamento e divulgação de informações por diversos meios de comunicação – eletrônicos ou não.

Por sua grande influência nos contextos sociais, econômicos e políticos (Castells, 2005, p. 50), a sociedade da informação traz consigo uma nova concepção de proteção aos direitos humanos e, conseqüentemente, a necessidade de uma nova orientação a partir dos conflitos surgidos entre a busca pela produção de informações e conhecimento e os direitos individuais.

Torna-se, portanto, indissociável em relação ao que se concebe, juridicamente, como princípio da dignidade da pessoa humana – garantido pela Constituição da República de 1988 como um conjunto de direitos e deveres fundamentais que protegem os indivíduos contra atos desumanos e degradantes – a fim de que seja garantida sua integridade.

O direito ao esquecimento, assim, se caracteriza como uma espécie de desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (Martinez, 2014), que visa a afastar possíveis danos provocados pelas tecnologias da informação no livre desenvolvimento da personalidade.

Na última década, o assunto gerou sérias controvérsias no continente europeu e se destacou em 2012, quando a Comissão Europeia de Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania anunciou a proposta de criação de uma nova esfera do direito à privacidade e intimidade – o “direito de ser esquecido”.

As raízes desta proposta surgiram a partir do direito francês, com o reconhecimento, desde 2010, do *droit à l’oubli* (ou *right to oblivion*), que garante, entre outras prerrogativas, o direito aos condenados por crimes que já tenham cumprido pena e atingido o período da reabilitação de se opor à publicação de fatos referentes à sua condenação e prisão.

Concretamente, no ano de 2016, o “direito de ser esquecido” foi expressamente incluído no Regulamento n. 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, a partir da inserção do artigo 17º. O dispositivo garante o direito do cidadão de ver seus dados pessoais apagados quando, por exemplo, deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua coleta.

A legislação brasileira, por seu turno, trata dessas questões sem tanto compromisso. No âmbito do Direito Penal, o Código Penal dispõe sobre o instituto

da reabilitação nos artigos 93 e seguintes. Na mesma linha está o artigo 748 do Código de Processo Penal.

Ao abordar da importância desde instituto, Eugenio Raúl Zaffaroni estabelece que “O condenado que cumpriu sua pena e uma vez suplantados os limites para possível declaração de reincidência, sem cometer novas infrações, tem direito que o Estado [...] elimine qualquer consequência estigmatizante da condenação cumprida, que se apresenta como totalmente contraproducente para sua reincorporação numa vida normal” (Zaffaroni *et al.*, 2011, p. 704).

É nesse ponto, nesse ponto, uma crítica à estigmatização, nos moldes feitos por Ervin Goffman, que a caracteriza como uma identidade deteriorada, referenciada a partir de atributos profundamente depreciativos e dedicada, em última instância, a categorizar as pessoas em grupos tidos como “comuns” ou “normais” e aqueles “estranhos” ou “abjetos” (Goffman, 1981, p. 5).

Na prática, a aplicação da reabilitação se dá de acordo com a Lei de Execuções Penais, nos termos do artigo 202: “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”.

A finalidade do dispositivo é clara: resguardar as informações referentes ao processo ou à própria condenação do apenado. A importância deste sigilo está na garantia dada pelo Estado ao egresso do sistema prisional de retomar o convívio social após o cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

Na mesma linha, explica René Ariel Dotti (2010, p. 701) que “A reabilitação é medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração do condenado ao exercício dos direitos e deveres sacrificados pela sentença”.

Nessa definição, deve-se ter em linha de análise dois aspectos distintos: a) a declaração judicial de recuperação do exercício de direitos, interesses e deveres e da condição social de dignidade do ex-condenado; b) a garantia do sigilo dos registros sobre o processo e a condenação.

Os constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, ao analisarem os direitos de personalidade, em especial de egressos do Sistema Prisional, expõem que “com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade [...] há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária” (Mendes; Coelho; Branco, 2007, p. 374).

Importante, neste ponto, esclarecer uma questão fundamental: o direito ao esquecimento não se confunde com uma tentativa de reescrever a história. Por óbvio, o cumprimento da pena não altera o caráter delituoso da conduta praticada pelo agente ou mesmo o sofrimento gerado por seus resultados e consequências.

Ocorre que, ao regular direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 vedou a imposição das penas de prisão perpétua, de forma que, após o cumprimento da pena, é garantido ao condenado o direito à reintegração em sociedade e de recomeçar sua história.

E não poderia ser diferente. Como observa Zaffaroni, são cruéis as consequências jurídicas (ou não jurídicas) que se pretendam manter até a morte da pessoa, convertida em alguém inferior, indigno. Toda punição, bem como os efeitos dela decorrentes, tem que acabar em algum momento, pois implicaria admitir-se a existência de uma pessoa “descartável” (Zaffaroni *et al.*, 2011, p. 233).

Deve-se sobrelevar, também, os efeitos causados pela não aplicação do direito ao esquecimento para pessoas que, apesar de alheias ao crime, possuem algum vínculo com o egresso que tem sua imagem divulgada pelos meios de comunicação.

O estado de polícia, não raro, estende a responsabilidade pelo cometimento do delito a todos que cercam o infrator. Em um Estado Democrático, esta prática é impensável e, por isso, prescreve a Constituição o princípio da pessoalidade da pena.

Nesse sentido, René Ariel Dotti (1980, p. 201) pontua que não seria justificável a publicação da imagem de um condenado que “já tivesse recebido a pena e que não mereceria, conseqüentemente, tê-la ainda agravada, pela sua divulgação desnecessária”.

Assim, para o autor, esse comportamento por parte da imprensa seria contrário às garantias constitucionais ao pleno desenvolvimento da personalidade, bem como ao instituto da reabilitação previsto na legislação penal.

A antiga Lei de Imprensa, em seu artigo 21, §2º, tipificava a conduta de divulgação ou transmissão sobre fato delituoso cujo autor já tenha sido condenado e cumprido a respectiva pena, salvo por motivo de interesse público.

Declarada incompatível com a ordem constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, a Lei 5.250/67 havia sido editada em período de exceção institucional e não estava em harmonia com os princípios democráticos da Constituição da República de 1988.

Interessante, porém, destacar o voto lavrado pelo Ministro Joaquim Barbosa, onde constou expressa ressalva à constitucionalidade do artigo 21, porquanto razoável que o “tratamento em separado dessas figuras penais quando praticadas através da imprensa se justifi[que] em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida”.

À época, o Ministro destacou que “a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas [que teria] muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum”.

E é a amplitude de conceitos como “liberdade de expressão” e “interesse público” que torna possíveis situações como a equipe da Rede Record de Televisão divulgar imagens de S.V.R – condenada pelo homicídio dos pais – em uma praia do litoral paulista. Naquela ocasião, a ré estava em liberdade condicional e as imagens em que parecia divertir-se com amigos causaram polêmica e geraram revolta.

Por tudo isso, verifica-se que o conflito entre o direito de ser esquecido e os direitos de informar e ser informado se instaura a partir do momento em que o direito brasileiro não prevê mecanismos hábeis a promoverem a eficácia do instituto da reabilitação do indivíduo egresso do Sistema Prisional, em consonância com a legislação penal e com o texto constitucional.

Esta lacuna é o suficiente para que a imprensa, encoberta pela liberdade de informação, se aproveite da precária estrutura do sistema prisional e da consequente descrença popular em relação aos condenados por crimes para regozijar-se sobre a vida privada dos egressos do sistema prisional.

Perguntas como “o que esperar de um homem condenado por um crime grave como o homicídio?”, ou “deveria a sociedade receber um criminoso como este de braços abertos depois de tamanha crueldade?”, frutos da curiosidade popular, alimentam o interesse midiático sobre aquele que acabam de deixar o cárcere, cercados de preconceitos e olhares inquisidores.

A resposta dada pela imprensa a essas questões é simples e profilática: perseguir essas pessoas; acompanhar seus passos; saber como vivem e com quem se relacionam, a fim de inibir qualquer possível “recaída” e de “prevenir” os cidadãos de bem, para que se evite qualquer tipo de contato com egressos.

LIMITES AO DIREITO DE SER ESQUECIDO: RETROCESSO OU GARANTIA?

Colocados esses exemplos, é natural deduzir que o Poder Judiciário tem sido provocado em diversos conflitos envolvendo os direitos à liberdade de imprensa e ao esquecimento.

Foi ajuizada, em 2004, ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem em face da TV Globo. Os autores seriam os únicos irmãos vivos de Aída Curi, vítima de homicídio no ano de 1958. O crime ficou nacionalmente conhecido pela repercussão nos noticiários da época, assim como pela complexidade da ação penal subsequente.

Sustentaram os autores que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, mas que a emissora ré cuidou de reabrir as antigas feridas ao veicular novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aída Curi. Sua imagem teria, inclusive, sido explorada mediante a transmissão do programa Linha Direta Justiça, que promoveu uma reconstituição do crime.

Com efeito, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao recurso interposto pelos irmãos de Aída Curi. Apesar de reconhecer expressamente a existência do direito ao esquecimento, entenderam os Ministros que quando em conflito com a liberdade de imprensa, sempre prevalecerá o interesse público – pela informação – sobre o privado – pela privacidade.

Os direitos coletivos não poderiam, então, ser censurados por questões individuais.

A situação, entretanto, não pode ser tratada de maneira tão simplista. O direito ao esquecimento, assim como todos os outros direitos fundamentais ou deles decorrentes, não é absoluto. Até a mais elementar garantia fundamental, o direito à vida, encontra limitação constitucional explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, que traz como exceção a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

Em nada se confunde, porém, o reconhecimento do direito ao esquecimento como garantia fundamental derivada da proteção constitucional à privacidade com censura aos meios de comunicação e ao livre exercício do direito à informação.

A ponderação dos direitos fundamentais é, portanto, não apenas válida, como necessária. Onde existem direitos fundamentais, existirão também conflitos – entre direito à privacidade e direito à informação, como em uma das facetas do caso presente.

A restrição aos direitos fundamentais, por sua vez, é admissível apenas em hipóteses nas quais se compatibiliza com os ditames constitucionais, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em seus estudos sobre o direito ao esquecimento, Pablo Dominguez Martinez ressalta os critérios mais utilizados pela doutrina na solução do conflito entre o direito individual ao esquecimento e o direito coletivo à informação.

O primeiro deles corresponde ao caráter público atribuído à pessoa ou ao local do fato. Outro ponto relevante seria a ocorrência de um crime, que naturalmente, despertaria o interesse público. Por fim, o critério histórico, que justificaria a transmissão de informações acerca de eventos socialmente relevantes. Nestes aspectos, prevaleceria sobre o direito ao esquecimento o interesse público.

No que se refere à “pessoa pública”, não parece razoável admitir que apenas um título social justifique o interesse da coletividade sobre aspectos da vida privada de alguém. Razoável, sim, a curiosidade relacionada às atividades públicas desempenhadas pelo indivíduo, seja ele artista ou político, por exemplo.

Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, no caso *Von Hannover versus Alemanha*, que a Princesa Caroline de Mônaco, mesmo ostentando a condição de pessoa pública, deveria ter sua privacidade resguardada pela República Alemã no que diz respeito à publicação de matérias e fotografias

relativas, exclusivamente, à sua vida privada. O fato de ser pessoa pública por excelência não implicaria na imediata tolerância aos abusos e invasões da imprensa à vida privada.

O segundo ponto, relacionado à ocorrência de crimes, não parece ser critério capaz de mitigar, por si só, os direitos à personalidade. A gravidade de um fato e sua violação ao ordenamento jurídico é insuficiente para retirar do indivíduo seus direitos mais íntimos.

Como escreve Luigi Ferrajoli (2014, p. 311), principal teórico do garantismo penal, o objetivo do Direito Penal é exatamente impedir o exercício das próprias razões – seja na esfera da vingança, seja na do delito – para, de forma abrangente, minimizar a violência na sociedade e proteger o mais fraco contra o mais forte.

Por isso, na esfera do Direito Penal, o cuidado com os direitos fundamentais deve ser redobrado, evitando-se a ocorrência de violências arbitrárias (Ferrajoli, 2014, p. 311).

A legitimidade do Direito Penal, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, não é democrática, uma vez que não deriva do consenso da maioria – até porque, a democracia não pode ser entendida como manifestação de vontade da maioria.

Trata-se, pois, de uma legitimidade garantista, que habita os encadeamentos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos fundamentais.

E garantir estes direitos significa zelar pela “tutela daqueles valores [...] cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, sua garantia da liberdade” (Ferrajoli, 2014, p. 312).

Como ressalta Ferrajoli (2014, p. 312), é fundamental assegurar ao Estado o monopólio do poder punitivo, exatamente para que pena seja um “mal menor” quanto comparada às outras reações não-jurídicas, mais aflitivas e arbitrárias.

Isto posto, mesmo considerando que a veiculação de informações sobre crimes ocorridos no passado, bem como de nome e imagem dos acusados, seja vontade da maioria – o que não necessariamente se verifica na realidade –, a garantia fundamental à privacidade e à imagem e, conseqüentemente, ao esquecimento, não pode ser rejeitada.

Essa ressalva é, especialmente, pertinente em casos nos quais o titular do direito ao esquecimento já foi devidamente apenado pelo Estado. Nessas ocasiões, a divulgação de sua imagem e violação da privacidade representam uma penalização privada e ilimitada, típica da vingança particular tão combatida por Ferrajoli.

Outro fator considerado para a resolução de conflitos entre o direito de ser esquecido e o direito de informar é a importância histórica. Como bem destaca Dotti (1980, p. 205), o interesse pela história “revela-se como uma das formas mais ‘elevadas’ de invasão da vida privada, na qual os aspectos culturais e intelectuais de um fato se sobrepõem ao interesse individualista da proibição da sua divulgação”.

O direito ao esquecimento, importante frisar, não tem a finalidade de reescrever a história ou de ocultar fatos que são relevantes ao conhecimento do público em geral. A crítica não se direciona ao interesse sobre os acontecimentos sociais ou a curiosidade em relação ao fenômeno da criminalidade, e sim à espetacularização do indivíduo envolvido em crimes que, por infortúnio ou gravidade, se popularizaram.

No exemplo do caso Aída Curi, se o interesse da emissora, de fato, tivesse por objetivo primordial a prestação de informações ao público, poderia o jornalístico ter abordado os acontecimentos, sem, contudo, exhibir nomes e fotos das pessoas envolvidas, dada a relevância do acontecido.

Sendo assim, o direito ao esquecimento deve ser tratado como uma garantia decorrente do direito fundamental à privacidade, e jamais como um retrocesso ou mitigação da liberdade de imprensa e do direito à informação.

E, falando-se em aplicação de direitos fundamentais, devem estes ser sopeados quando em conflito com o direito ao esquecimento, de acordo com a expressão relevância-consentimento.

A partir desse binômio, devem ser analisadas, no caso concreto, a necessidade da informação a ser veiculada pela mídia e também a permissão dos envolvidos no que se refere ao uso dos atributos de sua personalidade, tais como nome e imagem.

Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 58) traça, de maneira bastante clara, os contornos práticos do binômio relevância-consentimento por meio de um exemplo concreto. Explica o autor que a veiculação da fotografia de um condenado evadido do cárcere seria legítima; por outro lado, não se justificaria a publicação da imagem, sem autorização prévia, de um condenado que já tivesse recebido sua pena e que não mereceria tê-la ainda agravada por sua divulgação desnecessária.

O uso da imagem como estratégia discursiva, do modo que adverte Kleber Mendonça (2002, p. 46), tem a pretensão não apenas de tornar o crime conhecido pelo grande público, mas também busca promover o papel simbólico dos programas como a instância social capaz de controlar, fiscalizar e “promover o bom funcionamento da Justiça, tão falha e incompetente”.

Mesmo com a clareza dos ditames constitucionais, as concessões públicas de televisão, que deveriam ser utilizadas para a exibição de programas educativos, artísticos, culturais e informativos, servem de espaço para linchamentos morais e instigação do ódio por meio de programas sensacionalistas, que violam não só

os direitos à privacidade e à imagem dos apenados, mas também o interesse da população de usufruir de uma programação de qualidade (Vianna; Sarkis, 2014).

Ainda na década de 1980, Dotti já discutia o poder e domínio da imprensa, bem como os abusos cometidos no exercício do direito à opinião de certos órgãos de comunicação.

Principalmente em relação à lucratividade, preceituava que “O controle da imprensa por poderosos grupos econômicos, habitualmente mais desejosos de rentabilidade do que em fornecer os fatos e as ideias de uma forma objetiva e imparcial, tende a identificar o recurso ao sensacionalismo como um meio de exploração do grande público” (Dotti, 1980, p.132).

E sobre a relação entre o capitalismo e a informação, é fato que esta, na atual conjuntura, é o meio de sua própria produção e também o produto de maior valor. Na “sociedade da informação”, a economia é movida pela produção de informações e, além disso, “o poder de dominação é exercido pelos detentores dos mais diversos tipos de informação”, sendo o “mais poderoso instrumento para subjugar a espécie humana” (Vianna, 2007, p. 46).

Dessa forma, em detrimento da qualidade de informação, do direito à opinião ou da liberdade de imprensa, o fator realmente crucial para a veiculação de determinado fato seria o lucro.

Se o lucro vem atrelado a sangue, ao crime e à imagem e honra de uma pessoa, são ossos do ofício. O célebre discurso de um dos mais conhecidos editores do século XVIII, Arthur McEwen, ilustra bem a situação: “o que procuramos é a emoção de uma sensação. Imprimimos o nosso jornal de modo que o leitor, ao abri-lo, exclame: Meu Deus!”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: CONTORNOS PRÁTICOS AO DIREITO DE SER ESQUECIDO

A espetacularização do crime por parte da imprensa é prática corriqueira, e se fortalece cada vez mais em razão das novas mídias digitais. Na “sociedade da informação”, as tecnologias se desenvolvem a fim de tornar mais acessível a atuação do homem sobre a comunicação e possibilitam a publicização da vida privada em todos os aspectos.

A partir da existência de conflito entre os direitos fundamentais ao esquecimento e à liberdade de informação, alguns limites devem ser traçados a fim de que se estabeleça um equilíbrio entre a privacidade dos egressos do Sistema Prisional e os interesses da imprensa, sempre a partir do binômio relevância-consentimento.

Não obstante, é necessária a definição das espécies de violação ao direito ao esquecimento para que, de acordo com suas particularidades, sejam propostas delimitações ao exercício de ambos os direitos constitucionais colocados em debate.

A primeira espécie de violação se dá com as matérias jornalísticas persecutórias de condenados criminalmente, seja no período de execução de suas penas ou mesmo após o seu cumprimento. Neste caso, o direito ao esquecimento se refere à perseguição, por parte da mídia, contra determinada pessoa – por óbvio, sem o seu consentimento – que ganhou fama em decorrência da prática de um delito pelo qual já cumpriu pena. A curiosidade, aqui, tem lugar nos aspectos particulares de sua vida no cárcere e posteriormente, no seu retorno à vida social.

A segunda espécie de violação ao direito ao esquecimento se caracteriza pela reconstituição do fato histórico delituoso que ofendeu tão-somente um bem jurídico individual. Não se pode conceber o interesse público capaz de justificar a relevância da narrativa de um delito, em casos nos quais sua prática não afetou qualquer bem coletivo. Do contrário, seria legitimar a curiosidade sobre a vida alheia levada às últimas consequências.

Por outro lado, os crimes que lesam a coletividade não devem ter sua narrativa histórica limitada pelo direito ao esquecimento. Os delitos de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal, por exemplo, são relevantes ao interesse público, porque atingem toda a sociedade e têm sérias repercussões políticas, econômicas e jurídicas. Nesses casos, a reconstituição dos crimes seria legítima, e baseada no direito dos cidadãos de serem informados e no direito de a imprensa de poder informar.

É razoável, porém, admitir-se uma exceção à hipótese anterior nos casos em que qualquer um dos envolvidos no crime – seja autor ou vítima – goze de *status* de celebridade, não em razão da prática do crime em si, mas por qualquer outro motivo anterior ao delito, tais como a fama por suas atividades artísticas, políticas, desportivas, dentre outras.

Nessa hipótese, independente do bem jurídico afetado pelo delito, a narrativa jornalística não deve ser limitada pelo direito ao esquecimento, desde que resguardado o anonimato das demais pessoas envolvidas.

A história, neste caso, não seria reescrita e nem deixaria ser contada, mas apenas deixaria anônimos aqueles, não consentindo com sua divulgação, optassem por reconstruir suas vidas longe dos holofotes e da opinião pública.

Finalmente, destaca-se que proibir a violação aos direitos à privacidade e limitar o direito à informação para garantir o direito de ser esquecido em nada se aproxima de uma tentativa totalitária de censurar os meios de comunicação ou silenciar opiniões e informações. Esta solução não deve ser atrelada à censura ou qualquer outra forma de comando ditatorial da informação, mas sim como um controle apto a verificar o cumprimento ou descumprimento de regras e princípios constitucionais.

É fato que a Constituição de 1988, democrática por essência, revelou verdadeiro repúdio à censura; contudo, isso não impede que o Estado de fixe condições

e estabeleça mecanismos de controle a violações, em especial àquelas que contrariam direitos e garantias fundamentais.

O direito ao esquecimento, como desdobramento da dignidade da pessoa humana, se destaca, portanto, como uma possibilidade de afastar danos provocados pelas novas tecnologias de informação no livre desenvolvimento da personalidade.

Exatamente por isso, não pode ser considerado um retrocesso, muito menos mitigado sob o argumento taxativo da prevalência do interesse público à informação em relação ao direito particular da privacidade.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Hêica Souza. O reconhecimento do direito ao esquecimento e o machismo judicial. *Interfaces Científicas-Direito*, v. 3, n. 2, p. 89-99, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de Hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Boston, v. IV, n. 5, december 15, 1890.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. São Paulo: Renovar, 1999.
- CASTELLANO, Pere Simón. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*. Valencia: Agencia Española de Protección de Datos, 2012.
- CASTELLANO, Pere Simón. The Right to be Forgotten under European Law: Constitutional Debate. *Lex Electronica*, v. 16.1, Winter 2012.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Klaus Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 1.
- CASTRO, José Nilo de; RODRIGUES, Tais Erthal; LIMA, Raquel de Paula. Imprensa: direito/dever de informar: indivíduo: direito à privacidade, à imagem e à honra: conflito de princípios: direito de resposta: discussão de responsabilização pelo Código Civil: censura prévia à veiculação de informações pela imprensa: impossibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 13, n. 43, p. 217-228, jan./mar. 2012. Parecer.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOFFMAN, Ervin. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 14. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer Jurídico. 22 de janeiro de 2015. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, jan./mar 2016, p. 192-241.
- VIANNA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- VIANNA, Túlio; SARKIS, Jamilla. Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem. In: Clève, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, p. 785-800.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. 4 Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 232.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

Data de recebimento: 16/07/2019

Data de aprovação: 14/10/2019

DISCURSO DE ÓDIO E PSICOLOGIA DAS MASSAS: O PODER DESTRUTIVO DAS PALAVRAS

HATE SPEECH AND MASS PSYCHOLOGY: THE DESTRUCTIVE POWER OF WORDS

*Gilberto Giacoia**
*João Ricardo dos Santos***

RESUMO

O presente artigo almeja demonstrar como as atuações do discurso de ódio e da psicologia das massas podem causar reflexos no âmbito penal. Neste sentido, apontar considerações sobre a influência de determinados paradigmas sociais nas próprias relações interpessoais, gerando dissabores imorais, antiéticos e ilegais. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e dos argumentos condicionais, se valendo da bibliografia temática específica e correlata, bem como da legislação em vigor. Como resultado, foi permissível identificar pontos de ligação entre os elementos centrais da pesquisa, desencadeando em condutas reprováveis em todos as dimensões da vivência na sociedade brasileira e ensejando um aprofundamento nas discussões jurídicas.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Psicologia das massas. Direito penal. Convívio social.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate how the actions of hate speech and mass psychology can cause reflexes in the criminal sphere. In this sense, it points

* Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e Universidade de Barcelona; Cargo: Procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná. Professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Campus de Jacarezinho-PR); Instituição de Ensino Superior: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Campus de Jacarezinho-PR); UF: Paraná; Departamento: Centro de Ciências Sociais Aplicadas; Áreas de interesse: Direito Penal. Direito Processual Penal. Filosofia do Direito. Direitos Humanos; E-mail: gilbertogiacoia@gmail.com.

** Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Campus de Jacarezinho-PR). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO (Ourinhos-SP); Cargo: Advogado. Instituição de Ensino Superior: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Campus de Jacarezinho-PR); UF: Paraná; Departamento: Centro de Ciências Sociais Aplicadas; Áreas de interesse: Direito Penal. Direito Processual Penal. Criminologia; E-mail: jricardosantos.adv@gmail.com.

out considerations about the influence of certain social paradigms on interpersonal relations, generating immoral, unethical and illegal misfortunes. To this end, the deductive method and conditional arguments were used, making use of the specific and correlated thematic bibliography, as well as the legislation in force. As a result, it was permissible to identify points of connection between the central elements of the research, triggering reprehensible conduct in all dimensions of the experience in Brazilian society and giving rise to a deepening of legal discussions.

Keywords: Hate speech. Mass psychology. Criminal law. Social interaction.

INTRODUÇÃO

As organizações sociais que perpassaram ao longo da história humana, independentemente do país ou civilização que se objective analisar, foram compostas por multiplicidades. Tal afirmação reside não só na pluralidade de cidadãos, mas também aspectos e conjunturas sociais que podem até tornar-se um corpo social semelhante a outro, porém jamais idênticos se comparados entre si. Assim, podemos destacar como pontos, ora próximos ora antagônicos, a título exemplificativo, a crença, os costumes no tocante as vestimentas, as comidas e o ordenamento jurídico.

Não raro, é perceptível nos dias atuais uma riquíssima gama de atividades e pensamentos que tornam o convívio humano cada dia mais particular. Práticas que prolongaram por diversos anos caem em desuso, rumando as sociedades para composições progressistas. Tudo se transforma com o passar do tempo, por imperativos legais dotados de imposições, ou então, pela modificação das perspectivas da própria população, componente da comunidade casuisticamente analisada. Não obstante, de nada impede que hábitos anteriormente abandonados sejam trazidos novamente para as ações hodiernas.

Neste diapasão, se faz mister abordar que a violência é um fator constitutivo da própria vida em sociedade, ou seja, as organizações sociais, desde os seus primórdios até o atual estágio das civilizações, tiveram em seu meio a violência. Desta maneira, tal fato não é particular desta ou daquela organização social, mas está intrinsecamente ligado ao convívio social. Além disso, o que se pode verificar é a viabilidade da corporificação da violência, forma que primeiramente toma a consciência quando se reflete acerca da temática, como também, manifestações violentas que não são dotadas de forma física, mas proferidas verbalmente, que são justamente o objeto principal das ideias aqui aduzidas.

Mormente, o discurso de ódio se tornou um dos maiores propagadores da violência verbal na sociedade coeva, ainda que se abduque da adoção de critérios interligados ao cenário sócio-político presenciado no corpo social brasileiro

atual. Ademais, tamanho poder que o referido instituto possui acaba por refletir diretamente nos clamores impostos pelos cidadãos ao Estado, exigindo a adoção de parâmetros extremistas e questionáveis, em particular na esfera penal. Empreende-se, por uma parcela considerável de indivíduos, que as formas de violência devem ser combatidas com uma violência ainda maior, cujas ideologias também são disseminadas por outra violência (discurso de ódio), tornando um ciclo vicioso – e violento.

Não obstante, partindo de uma análise minimamente cuidadosa, se mostra desinteressante para toda coletividade a manutenção e o reafirmar de concepções que transgridam ou favoreçam violar prerrogativas recepcionadas no ordenamento jurídico, sejam de hierarquia infraconstitucional ou elencadas na Constituição Federal.

Desta forma, utilizando-se do método dedutivo, discorrer-se-á sobre os reflexos do discurso de ódio no ramo do Direito Penal, valendo-se de obras específicas e correlatas ao tema, a fim de evidenciar que tais práticas subsistem de um caráter amplamente negativo, demonstrando apreciável relevância para os estudos em direito e humanidade.

DESENVOLVIMENTO

A espécie humana empreende determinadas condutas ao longo de sua vida. No mesmo sentido, a alternância no comportamento das pessoas, na maioria das vezes, ocorre com a finalidade de que a coexistência social se torne deveras harmoniosa, respeitando as individualidades daqueles que coabitam de maneira adjacente. Contudo, a complexidade de cada um, de modo não esporádico, vai de encontro às predileções de seu próximo, ocasionando conflitos de interesses, cujas proporções podem ser ínfimas ou extremas. Se ao analisar as sociedades encontramos uma numerosa quantidade de características que lhe são próprias, quando se está diante de uma observação de cada indivíduo pormenorizadamente, depara-se com quantia infundavelmente maior.

Denota-se, o ser humano sempre demonstrou ser uma criatura individualista. Embora tendente a conviver melhor em comunidade, cooperativista com as causas que não lhe são próprias, suas convicções destinadas a interesses particulares preponderam de tal maneira a atenuar as atenções para com seus próximos. Por intermédio das interações entre os indivíduos, pelos meios de manifestação do pensamento, seja com palavras ou ações, a individualidade predomina e achar-se-á externalizada. Neste sentido, Zygmunt Bauman e Rein Raud elucidam que a individualidade pode ser desconstruída ou construída na

vida social através da fala, dos mecanismos de autoafirmação, dos modos gestuais, bem como pela interação com outros selves¹.

Não se quer dizer, todavia, que os indivíduos e suas singularidades corporificam um fator negativo por excelência. Todos os caracteres humanos compõem uma parte extremamente importante da cultura de uma sociedade, agregando valores, a começar pela visão ímpar que cada um tem, a respeito de determinada circunstância. Ao mesmo tempo, não consiste em elemento absolutamente positivo. Existem contrapontos indispensáveis de se averiguar, principalmente quando do confronto de interesses, pois a partir disto, em não raras oportunidades, podem se tornar inimigos. Thomas Hobbes aduz que no momento em que os homens desejam uma mesma coisa e esta não pode ser usufruída por todos igualmente, eles se tornam inimigos, e, ainda que a finalidade seja sua sobrevivência ou apenas o prazer, tratar de eliminar ou subjugar uns aos outros².

Diante desta conjuntura antagonista, onde as pessoas, munidas de seus egos, ideologias e costumes, guerrilham com seus semelhantes, faz surgir formas de violência, pela qual cada um defende seus interesses ferrenhamente, a fim de atingir, costumeiramente, o mesmo objetivo que seu oponente: a preponderância de suas inclinações frente as demais, abstraindo-se das possíveis consequências.

Notadamente, a humanidade possui dificuldades em lidar com frustrações, que podem ocorrer de modos variados. Em razão da busca pela satisfação de suas vontades (instintivas ou não), ou então, na defesa de seus ideais, trilha por caminhos que a psicologia³ procura desvendar. Dessarte, a psicologia individual é direcionada para o ser humano considerado particularmente, buscando entender os caminhos pelos quais ele percorre para auferir seus impulsos instintuais, sem deixar de lado de que, em apenas situações excepcionais, é possível abstrair das suas relações a presença de outros indivíduos⁴.

Ademais, o pai da psicanálise, que oferta numerosos e notáveis estudos sobre o comportamento humano, aborda acerca da duas vertentes distintas da psicologia⁵, quais sejam: a psicologia individual, direcionada particularmente a

¹ BAUMAN, Zygmunt; RAUD, Rein. *A individualidade numa época de incertezas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 11.

² HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 103.

³ O comportamento humano há tempos é objeto de estudos aprofundados, com o intuito de encontrar respostas no tocante as motivações para se agir desta ou daquela maneira. Não se objetiva findar o assunto, posto que não é a finalidade central do presente trabalho, consistindo apenas na construção do embasamento e das ideias apresentadas.

⁴ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 14.

⁵ Imperioso acentuar que a referida obra comporta diversos outros pensamentos e questionamentos do autor, residindo a psicologia individual e das massas, reflexões atinentes ao discurso de ódio.

cada sujeito, a fim de compreender suas ações destinadas a alcançar sua auto-satisfação; e, a psicologia das massas, onde o indivíduo abstém da singularidade que lhe é própria para corporificar-se sincronicamente com outros semelhantes, formando um conjunto uniforme. Neste seguimento, na psicologia social ou de massas, encontra-se o hábito de prescindir as individualidades das relações sociais, enfatizando a influência que um grande número de pessoas opera sobre um indivíduo, estando ligadas em algum momento por motivos estabelecidos, ainda que em muitos aspectos se diferenciem totalmente. Trata do ser individual como integrante de um povo, de uma classe ou instituição, que se organiza com a massa em uma dada oportunidade e para um certo fim⁶.

Nas palavras de Freud, a psicologia das massas é passível de observação a partir da reação alterada do indivíduo⁷. Assim, a pessoa, por um curto momento ou ao menos um período determinado, abdica de suas propensões para algo maior, aquilo que lhe era próprio deixa de existir, persistindo corporificado uma alma coletiva denominada massa. Este novo ser, com convicções singulares, mas não mais individualizadoras, posto que a subtrai automaticamente, faz com que todos os sujeitos componentes da massa psicológica pensem da mesma forma, atuem da mesma maneira, por diversas vezes totalmente contrário ao que habitualmente agiriam se considerados em separado.

Neste sentido, Gustave Le Bon⁸ pronuncia-se na perspectiva de que quaisquer que sejam os indivíduos que compõem a massa psicológica, tenham o mesmo estilo de vida, ocupações, caráter e inteligência ou não, pelo fato de se terem transformado em uma massa, isso os torna possuidores de uma espécie de alma coletiva, fazendo-os pensar, agir e sentir de uma maneira diferente do que cada um pensaria, agiria e sentiria isoladamente. As ideias e sentimentos surgem e se transformam em atos apenas nestes indivíduos componentes da massa, sendo ela um ser provisório, composto por elementares heterogêneas, que se uniram e formaram um organismo novo, com características diferentes das possuídas por cada uma de suas células⁹.

Outrossim, se faz mister denotar que o desaparecimento da personalidade individual e consciente, surgindo a presença de sentimentos e pensamentos num mesmo sentido, que são as primeiras características da multidão, nem sempre se dá com a presença simultânea de diversas pessoas no mesmo local. Igualmente, é praticável que milhares de indivíduos separados, após a intervenção de certas emoções, podem adquirir os atributos de uma multidão psicológica. Não obstante,

⁶ FREUD, Sigmund, *op. cit.*, p. 15.

⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁸ Psicólogo francês, nascido em 1841. Grande nome da área da psicologia, influenciou estudiosos como Sigmund Freud e Robert Ezra Park.

⁹ *Apud* FREUD, Sigmund, *op. cit.*, p. 17-18.

em dados momentos, uma reduzida quantia de pessoas pode constituir uma massa psicológica, ao passo que centenas de pessoas reunidas acidentalmente podem não a constituir. Em contrapartida, um povo quantitativamente considerável, sem que seja verificado um agrupamento visível, por decorrência de determinada influência, tornar-se uma multidão¹⁰.

Após a concepção e formação da massa psicológica, a heterogeneidade dá lugar a homogeneidade, uma vez que há a reunião de vários seres diferentes, com seus próprios ideais e particularidades, constituindo uma única personificação. Esta entidade age dissemelhante e autonomamente, ocasionando até mesmo a perda parcial da consciência do indivíduo¹¹.

Realmente, a psicologia das massas se desenvolve e fortalece por circunstâncias de extremidade. O aspecto argumentativo pelo qual ela progride perpassa por situações exageradas, repetitivas e intolerantes, com o fim de a todo momento se reafirmar. Caracteres como o conservadorismo, avessa a novidades e progressos, a dominam e coordenam seus movimentos. A externalização das perspectivas é transmitida por comportamentos violentos, que trazem à tona a idiosincrasia instintiva e ausente de progresso civilizatório:

Inclinada a todos os extremos, a massa também é excitada apenas por estímulos desmedidos. Quem quiser influir sobre ela, não necessita medir logicamente os argumentos; deve pintar com as imagens mais fortes, exagerar e sempre repetir a mesma coisa. Como a massa não tem dúvidas quanto ao que é verdadeiro ou falso, e tem consciência da sua enorme força, ela é, ao mesmo tempo, intolerante e crente na autoridade. Ela respeita a força, e deixa-se influenciar apenas moderadamente pela bondade, que para ela é uma espécie de fraqueza. O que ela exige de seus heróis é fortaleza, até mesmo violência. Quer ser dominada e oprimida, quer temer os seus senhores. No fundo inteiramente conservadora, tem profunda aversão a todos os progressos e inovações, e ilimitada reverência pela tradição. Para julgar corretamente a moralidade das massas, deve-se levar em consideração que, ao se reunirem os indivíduos numa massa, todas as inibições individuais caem por terra e todos os instintos cruéis, brutais, destrutivos, que dormitam no ser humano, como vestígios dos primórdios do tempo, são despertados para a livre satisfação instintiva. Mas as massas são também capazes, sob influência da sugestão, de elevadas provas de renúncia, desinteresse,

¹⁰ BON, Gustave Le. *Psicologia das multidões*. Tradução de Ivone Moura Delraux. S.l: Delraux, 1985 (Edição digital).

¹¹ Pondera-se que a massa não influi ao indivíduo um comportamento diferenciado ao que normalmente agiria, na totalidade de sua vida. A unificação de pensamento e propagação do mesmo, além de transitória, pode ser relacionada para apenas determinada situação ou assunto.

devoção a um ideal. Enquanto a vantagem pessoal, no indivíduo isolado, é quase que o único móvel de ação, nas massas ela raramente predomina¹².

Diante das perspectivas apresentadas, a existência da individualidade dentro das sociedades, o comportamento dos sujeitos considerados singularmente, e de como, ainda assim, a massa psicológica toma forma e propaga suas predileções, tem-se o contexto ideal para o surgimento do chamado discurso de ódio, posto que atitudes desmedidas, violentas e impositivas causam um desenrolar de práticas similarmente arbitrárias, comumente direcionadas a certos grupos.

As palavras como externalização do pensamento e os revérberos jurídicos

No decorrer da história do Brasil, pouco pode se falar sobre seu caráter democrático, em vista de que em mais de cinco séculos, apenas após a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, tomou a forma de Estado Democrático de Direito. Obtém-se uma conquista que desde então concentra um divisor de águas na história brasileira. Um país, historicamente autoritário, passa a ter uma configuração diferenciada, desta vez tendo como diploma de maior hierarquia a Carta Constitucional, dispondo acerca de prerrogativas inovadoras e até então inusuais.

A valia dos direitos fundamentais e o desempenho atuante da população compõem a estrutura substancial para o Estado, denotam a real democracia adotada no cenário brasileiro. Neste seguimento, Eugênio Pacelli argumenta no sentido de que para pensar em um Estado de Direito, é indispensável a concretização dos direitos fundamentais, superando a mera disposição legal. Para tanto, a manifestação popular também se estabelece como substancial¹³.

Através desta simbiose forma-se o Estado de Direito, sem ter apenas uma forma meramente técnica, ou então, inoperante aos fins colimados. Encontram-se perfeitamente vislumbradas a conscientização formal, legal e efetiva, que possui múnus essencial para a vivência social. A Carta Magna elevou o caráter normativo de direitos até então existentes, mas que não eram dotados da importância que se requeria. É desejo tornar notável que a presença da Constituição Federal almeja realmente limitar a atuação privada e pública, sem que transcorra desobediências, de quem quer que seja.

¹² *Apud* FREUD, Sigmund, *op. cit.*, p. 27.

¹³ PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

Outrossim, não se quer dizer que o ato de promulgá-la mudou a concepção brasileira reflexamente. Como se não bastasse, ainda é permissível deparar com uma série de violações de suas disposições legais, configurando exiguidade em sua aplicação, constatando exemplos manifestos na esfera penal. Salah Hassan Khaled Júnior sustenta que o déficit de efetividade da Carta Política é manifesta, especialmente no tocante ao âmbito das práticas punitivas. Os envolvidos no sistema penal como um todo violam direitos fundamentais e flexibilizam garantias, desfigurando os imperativos integrantes do ordenamento jurídico vigente¹⁴.

Considerando que oportunar-se-á posteriormente desenvolver as explicações no tocante ao discurso de ódio e seus reflexos no Direito Penal, substancial se faz tratar do apontado comportamento, cada dia mais presente na sociedade brasileira, primeiramente de uma óptica geral. Tal afirmação encontra sustentação no fato de que o discurso de ódio, primordialmente, decorre da fruição das prerrogativas concernentes a liberdade de expressão e livre manifestação o pensamento. Nesta toada, o artigo 5º da Carta Magna sistematiza os chamados Direitos e Garantias Fundamentais. Estes, enquanto direitos humanos consagrados na Lei Maior, conferem a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza, uma série de direitos, ocasionando uma limitação na atuação do Estado na vida dos cidadãos, bem como obstando a intervenção de outros particulares, ofertando aos sujeitos a viabilidade de goza-los como suas próprias inclinações assim desejarem.

Valendo-se de uma análise metafórica, o Estado, enquanto máquina composta por inúmeras peças, para que haja o seu perfeito funcionamento, necessitar-se-á que cada uma das engrenagens interligadas obtenha êxito, operando sublimamente, mesmo que impossível em sua plenitude¹⁵. As prerrogativas contidas no diploma constitucional retratam uma característica dúplice, em consequência de intrinsecamente conceder a possibilidade de desfrute e condicionar as condutas outras, advindas do Estado e demais cidadãos, a fim de não as cercear. Neste diapasão, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 678/1992, apresenta em seu artigo 32:

Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

¹⁴ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Discurso de ódio e sistema penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 21.

¹⁵ Indubitavelmente, a máquina estatal, enquanto corpo formado a partir de alguns elementos (população, território e soberania), continuamente se depara com situações que parcialmente causam um certo desajuste, fato que não obsta sua continuidade e prevalência.

2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

Nesta acepção, pode-se encontrar elencados na Carta Magna direitos relacionados a efetiva liberdade dos cidadãos. Enquanto detentores das aludidas prerrogativas, sem distinções, são livres para bem desempenhar suas atividades e desejos conforme suas próprias consciências. Com viés exemplificativo, os incisos IV, VI, VIII, IX e XV do artigo 5º do relatado diploma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Com efeito, garante-se a toda e qualquer pessoa manifestar livremente seus pensamentos, bem como se locomover por todo o território nacional. Não menos importante, pode expressar-se intelectual, artística e cientificamente, protegido contra todo tipo de censura, além de consagrar o Brasil como um Estado laico, viabilizando, seja qual for a crença religiosa, convicção filosófica ou política, de ser exercida. Em outras palavras, promove a conjuntura para que tenha comportamentos positivos, no sentido de fazer alguma coisa. Conquanto que, em contrapartida, no mesmo dispositivo legal são igualmente arroladas garantias que não se constatarem por um agir de seus titulares, mas a partir de proteções que, de certa maneira, restringem as ações de terceiros. Recorrendo-se aos incisos X, XI e XII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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

Consequentemente, pautando-se as condutas considerando a legislação constitucional vigente, são defesos os atos que virem a violar direitos como a intimidade, a honra, a casa e as correspondências (salvo as exceções indicadas no texto legal). Contudo, importante ressaltar os mandamentos acima descritos não criminalizam tais ações, já que tal tarefa é do Direito Penal.

Logo, as engrenagens legislativas se encaixam, é encontrada a completude entre aquilo que se pode fazer e o que é proibido, gerando interação nas relações interpessoais. Isto é, uma pessoa é livre para se locomover por todo o território nacional (artigo 5º, XV, CF), mas condicionada a não exercer tal prerrogativa invadindo a casa de outra sem autorização ou mediante configuração das exceções legais (artigo 5º, XI, CF); a todos é assegurada a livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, CF), porém, obstado de fazê-lo violando a honra ou a imagem de seu semelhante (artigo 5º, X, CF).

Ao que parece ser um cerceamento dos direitos fundamentais, resta verdadeiramente uma adequação legal, a fim de que melhor se apliquem tais prerrogativas. Por mais que se configurem como direitos indispensáveis para o efetivo exercício da vida em sociedade e das liberdades individuais, sua absolutez experimenta uma flexibilização, em razão de outros direitos substanciais das outras pessoas. Sobreleva-se assim que a Constituição cidadã, promulgada pós-término da ditadura militar, trouxe em seu âmago (seja pelo texto original ou por intermédio das emendas), os pressupostos essenciais para a regulamentação das condutas, tudo de modo a contribuir para a harmonia e convivência no Estado Democrático de Direito adotado no Brasil.

Concomitantemente, diante do cenário constitucional precedente apresentado, buscar-se-á dar acentuado enfoque aos direitos concernentes a liberdade

de expressão e livre manifestação do pensamento. Como já salientado, após um período sombrio da história brasileira, qual seja a Ditadura Militar¹⁶, têm-se o apego nas garantias individuais, que explicitam a verossimilhança de cada sujeito exprimir suas ideias e convicções, a respeito de quaisquer assuntos.

Neste ambiente garantista acolhido no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, se encontrou um contexto para que os sujeitos pudessem externalizar seus pensamentos, através da fala, de gestos e da escrita, diferentemente do que sucedia no regime anterior. Indubitavelmente, por si só, constituiu um fator extremamente positivo.

Todavia, desde então até os dias coevos, cada vez mais acentuado sobrevém que os brasileiros têm se deparado com uma dificuldade em respeitar os direitos alheios, visto que não é incomum exercitar a liberdade de expressão – nas suas mais variadas formas –, violando direito do próximo. Assuntos como futebol e opinião política, temáticas constantemente envolvidas em brincadeiras e até mesmo em discussões ferrenhas, deixam de ser unanimidades, pelo contrário, são inclusive parcialmente deixadas de lado.

O limite constitucional anteriormente relatado é inobservado, ofensas atinentes a religião, etnia, orientação sexual, gênero e nacionalidade adquirem proporções demasiadas, fator que ganha robustez por meio das formas de comunicação em massa, como redes sociais, sites, televisão, rádio e jornais. Costumeiramente, utilizam-se de tais veículos comunicativos para difundir ódio, preconceito e intolerância contra aqueles que integram grupos minoritários e vulneráveis, o que é facilmente recepcionado e compartilhado com mais e mais pessoas.

Então, a figura da psicologia das massas, anteriormente exposta, pode tomar forma e controle das ações humanas. Os diagnósticos psicanalistas se efetivam em atos individuais, entretanto, influenciados por condutas externas, relacionadas ao pensar do outro. Corroborando com as explicações, Salah Hassan Khaled Júnior explica que na sociedade do espetáculo, o ódio é manipulado e conduzido por interferência dos meios de comunicação de massa. Tem-se a implementação do imaginário manipulado e controlado, sendo despercebido que o ódio transmitido por certa pessoa é um sentimento que não lhe pertence. Repetem-se ideias prontas, impensadas, bem como são reproduzidos afetos, que verdadeiramente não lhe são próprios¹⁷.

Apesar disso, não significa que todas as condutas humanas, sobre os pontos acima delineados, acontecem sob a ingerência de fatores extrínsecos. Por derradeiro, ainda que um número considerável de pessoas passe a compactuar com

¹⁶ Período compreendido entre os anos de 1964 a 1985.

¹⁷ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, *op. cit.*, p. 14.

uma determinada ideia, é inquestionável que primeiramente apenas uma (ou então um pequeno grupo) assim o fez e a disseminou. Igualmente, é possível que um indivíduo tenha concepções peculiares e autônomas.

Paralelamente, este quadro na organização social colabora para o alastramento do discurso de ódio, que reside nas formas de manifestação com o intuito de discriminar, excluir e ofender grupos vulneráveis, em razão de deterem um ou mais elementos supressivos: religião, opinião política, orientação sexual, etnia entre outros.

Reunindo conceituações pertinentes ao discurso de ódio, Wingried Brugger o define como o conjunto de palavras tendentes a insultar, intimidar ou assediar algumas pessoas, por motivos de raça, etnicidade, cor, sexo, religião, tendo potencial para instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas¹⁸. Insere-se, ainda, que o discurso de ódio não é uma mera manifestação de antipatia, devendo demonstrar a hostilidade contra determinado grupo, visualizando o posicionamento daqueles que protagonizam o fenômeno, os contaminados pelas falas negativas e arbitrárias, bem como os atingidos¹⁹. Comportamentos insultantes, intimidativos, assediadores, discriminatórios, hostis e segregadores, direcionados aos agrupamentos vulneráveis, podem ser frequentemente encontrados em postagens nas redes sociais, em falas de personalidades de dissemelhantes áreas ou mesmo proferidas por cidadãos comuns. Sintetizam Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Rodrigo Hamilton dos Santos, quanto ao conceito do que é discurso de ódio:

[...] o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição²⁰.

¹⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do *ódio*?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007. p. 18.

¹⁹ SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. *Discurso de ódio*: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515193>. *RIL Brasília*, ano 52, n. 207, jul./set. 2015, p. 143-158. p. 147.

²⁰ SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos, *op. cit.*, p. 155.

Sem dúvidas, o discurso de ódio traduz-se em uma forma de manifestação de violência não física, palavras assumem a condição de arma altamente destrutiva, atingindo diretamente aqueles que já são excluídos e marginalizados, por apenas um ou por vários dos motivos acima apontados. Direitos fundamentais são totalmente desrespeitados, justamente pelo uso arbitrário e desmedido de outros direitos fundamentais, fatos atentatórios não só ao bem-estar social, mas também desamparados legalmente, a par das considerações anteriormente traçadas.

Denota-se, a difícil prevenção, justificada pela imprevisibilidade das manifestações odiosas, torna o combate ao discurso de ódio ainda mais complicado. Diferentemente dos métodos de violência física, onde é exequível previamente buscar evita-los, ou ao menos atenua-los, o ódio pode se disseminar silenciosamente, sem que seu destinatário final possa se defender. Por vezes, basta uma fala bem estruturada, que de maneira convincente manipula o pensamento das pessoas e as fazem reproduzir compreensões e sentimentos que não lhe são próprios. Michel Rosenfeld traz a distinção do fenômeno entre *hate speech in form* e *hate speech in substance*²¹, cujo desdobramento prático se mostra perceptível na sociedade brasileira atual:

Obvious hate speech such as that involving crude racist insults or invectives can be characterized as “hate speech in form”. In contrast, utterances such as Holocaust denials or other coded messages that do not explicitly convey insults, but are nonetheless designed to convey hatred or contempt, may be refereed as “hate speech in substance”. At first glance, it may seem easy to justify banning hate speech in form but not hate speech in substance. Indeed, in the context of the latter, there appear to be potentially daunting line-drawing problems, as the boundary between genuine scholarly, scientific or political debate and the veiled promotion of racial hatred may not always be easy to draw. Moreover, even hate speech in form may exceptionally not be used in a demeaning way warranting suppression²².

²¹ Discurso de ódio na forma e discurso de ódio na substância.

²² Obviamente um discurso de ódio, como o que envolve insultos ou invectivas racistas, podem ser caracterizados como “discurso de ódio na forma”. Em contraste, afirmações como negações do Holocausto ou outras mensagens codificadas, que não transmitem explicitamente insultos, mas que, ainda assim, são para transmitir ódio ou desprezo, podem ser referidas como “discurso de ódio na substância”. À primeira vista, pode parecer fácil justificar a proibição do discurso de ódio na forma, mas não do discurso de ódio na substância. Na verdade, no contexto deste último, parece haver problemas potencialmente assustadores de desenho de linhas, como o limite entre o debate acadêmico, científico ou político genuíno, e, a promoção velada do ódio racial não pode ser sempre fácil de desenhar. Além disso, mesmo o discurso de ódio na forma pode excepcionalmente não ser usado em uma forma humilhante que justifica a supressão ser sempre fácil de desenhar. Além disso, mesmo discurso de ódio na forma pode excepcionalmente não ser usado em uma forma humilhante que justifica a supressão (ROSENFELD, 2001, p. 8, tradução nossa).

Consequentemente, os dois modelos contrastantes estão presentes na conjuntura social, ora clara e indiscutível, ora transfigurada em um discurso conservador, que num primeiro momento aparenta apenas zelar pela continuidade das ideologias preponderantes, mas traz consigo escondidos estímulos odiosos, a fim de manter a qualquer custo uma falsa – porém tida como verdadeira –, superioridade. Não só isso, em certas oportunidades, o sujeito se manifesta sem sequer pensar nas consequências de seus atos, gerando acontecimentos avassaladores ainda que inconscientemente. Isso ocorre habitualmente quando os grupos majoritários se sentem ameaçados, colocando em risco o caráter dominante que possuem frente o corpo social, ensejando estímulos preconceituosos, odiosos e estigmatizantes.

O alcance do discurso de ódio na seara penal

A violência é um fator constitutivo da própria natureza e organização humana. Comportamentos que extrapolam os limites do convívio social podem ser encontrados em todos os modelos de sociedade ao longo da história, jamais sendo erradicada por completo. Como se não bastasse, a par do que foi aludido anteriormente, considera-se o termo violência como abrangente de todas as suas formas de manifestação, ou seja, físicas ou não verbais, gestuais, escrita ou simbólica.

Os reflexos do discurso de ódio no Direito Penal, por sua vez, são subencionados pelo encadeamento de casos reais, onde é verossímil a percepção de que os sujeitos passivos, ou seja, aqueles que estão no centro das ofensas, compõem uma coletividade que compartilha de elementos culturais, religiosos, sociais, normalmente em estado de vulnerabilidade²³.

Não obstante, fator intensificador que colabora – e muito – para expansão da violência como um todo, e, que de certa maneira vem crescendo ao longo dos anos, é o poder midiático. A grande mídia propaga conscientemente (afinal, está equiparada por uma quantia imensa de profissionais da área) ideais punitivas, cruéis e segregadoras, com o subterfúgio de o fazer em prol da sociedade, alertando-a, transmitindo uma suposta ineficiência penal, que é personificada na ideia de impunidade, pouco se importando com as consequências finais e sem dimensionar o alcance do discurso de ódio que pregam. Assim, Salah Hassan Khaled Júnior instrui que o “discurso de ódio da grande mídia faz com que qualquer medida de intensificação da repressão seja comemorada, pois a percepção generalizada é de que o sistema é conivente com a criminalidade”²⁴.

²³ SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos, *op. cit.*, p. 150.

²⁴ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, *op. cit.*, p. 58.

O que não se pode desprezar (e normalmente é o que acontece), é a existência de um grave perigo em se adotar as verdades midiáticas como absolutas, posto que trazem concepções simplificadas – e por vezes distorcidas –, algo que é inconcebível para situações que envolvam o cometimento de infrações penais.

De certo, a mídia é um dos principais meios de difusão do discurso de ódio, pois age conscientemente e utilizando-se de elementos condutores, arquitetando suas notícias e matérias, com o intuito de serem tidas como factuais. Salah Hassan Khaled Júnior demonstra que, para facilitação à difusão do discurso de ódio, a grande mídia costuma-se utilizar de alguns vetores prontamente explícitos:

a) eleição de um fio condutor como ponto central da questão, ainda que seja apenas um elemento dentro de uma situação complexa; b) simplificação dos aspectos envolvidos para garantir a máxima inteligibilidade da mensagem pelos destinatários, com emprego de relações simples de causa e efeito, inadequadas para fenômenos complexos; c) retratação do problema em torno de um confronto entre o bem o mal, que costuma ser apresentado em termos morais, ou seja, a sociedade contra seus inimigos; d) reiteração de problemas e/ou abordagens semelhantes para forçar a compressão desejada; e) recurso a especialistas: o acréscimo de autoridade dado pelo discurso de alguém com experiência na área reforça o “efeito de verdade” da abordagem jornalística; f) contraponto: acentua a máscara de “objetividade” da notícia, apesar de contemplar de forma menos importante no texto o ponto de vista contrário²⁵.

Não obstante ao aludido no capítulo anterior, a Lei Maior garante em seu artigo 5º, o direito de livre manifestação do pensamento, bem como a liberdade de expressão, nas suas variadas formas. Porém, adverte Marcos César Botelho que o discurso de ódio se caracteriza pelo abuso da liberdade de expressão, ou então, pela degradação do outro, baseando-se em critérios como a raça, religião ou gênero. Esta faculdade é empregada com ingredientes destrutivos, como o intuito de tornar desprezível a pessoa humana²⁶.

No que lhe concerne, Gilmar Mendes considera o tema paradigmático, pois conduz ao questionamento ao respeito dos limites da liberdade de expressão, restando indispensável refletir sobre as diferenciações da tolerância das divergências e aceitar a intolerância, visto que tem o potencial de disseminar o ódio nas sociedades democráticas²⁷.

²⁵ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, *op. cit.*, p. 147.

²⁶ BOTELHO, Marcos César. Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso de ódio. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 16, p. 283-301, 2012. p. 294.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 2.

Múltiplos são os possíveis reflexos do discurso de ódio, operado, por vezes, pela psicologia das massas, no âmbito do Direito Penal, o abrangendo na completude de interações, normas e relações interpessoais possíveis. Estas facetas se proliferam no âmbito da sociedade com silêncio ou estrondoso estrépito.

Os crimes de honra, primeiramente, constituem-se como manifestações do discurso de ódio, dado que são praticados com a finalidade de manter uma suposta hegemonia e supremacia masculina em detrimento da figura feminina, seja no âmbito público ou nos vínculos privados. Marta Szygendowska argumenta que os recursos ilegais são empregados com o fito de preservar tradições:

No cabe duda de que los crímenes de honor son el fruto de la justicia ejercida por la sociedad en nombre de la tradición, que tienen un enorme impacto en la vida de millones de mujeres en todo el mundo. El hecho de prevalecer en algunas comunidades las leyes consuetudinarias, donde la costumbre y tradición constituyen un modo de vida, genera una falta de conciencia acerca de la gravedad de estos actos, bajo el convencimiento de que su razón es única y verdadera²⁸.

A violência contra a mulher, seja de natureza moral, física ou psicológica, na imensa maioria das vezes é praticada pelas pessoas que mantêm uma convivência diária e íntima: marido, namorado, companheiro²⁹. Inegavelmente, o Brasil possui em sua cultura, como algo enraizado e extremamente difícil de cercear, a violência contra mulher, especialmente no espaço familiar. A cada 2 segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal³⁰.

Apesar disso, crucial a diferenciação entre os chamados crimes de honra e os crimes contra a honra³¹, estes disciplinados no Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº. 2.848/40, nos artigos 138 e seguintes. Com desígnio elucidativo, assim como o liame entre o discurso de ódio e as citadas tipificações penais, Marcos César Botelho defende que tanto os discursos religiosos quanto os discursos daqueles que defendem práticas homossexuais podem se subsumir ao conceito de discurso de ódio, quando manifesta a intenção de ofender, atacar e

²⁸ Não há dúvida de que os crimes de honra são o fruto da justiça exercida pela sociedade em nome da tradição, que tem um enorme impacto nas vidas de milhões de mulheres em todo o mundo. O fato de prevalecer em algumas sociedades as leis consuetudinárias, onde o costume e a tradição constituem um modo de vida, gera uma falta de consciência sobre a gravidade destes atos, sob a convicção de que a sua razão é única e verdadeira. (SZYGENDOWSKA, 2017, p. 67, tradução nossa).

²⁹ VIGÁRIO, Carolina Barbosa; PAULINO-PEREIRA, Fernando César. Violência contra a mulher: análise da identidade de mulheres que sofrem violência doméstica. *Revista de Psicologia*, Fortaleza, v. 5, n. 2, p. 153-173, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/psicologiaufc/article/view/1483/1381>. Acesso em: 21 jun. 2019. p. 154.

³⁰ Para mais informações, acessar: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/#>.

³¹ Calúnia, difamação e injúria.

desonrar a dignidade das pessoas que constituem grupos divergentes. Por **óbvio**, estes insultos devem ser realizados com o propósito de ofender a honra subjetiva ou objetiva de pessoas ou grupos³².

Continuamente, a imprensa, enquanto meio de transmissão da cultura, reverbera uma imagem do crime, dos criminosos, da polícia e outros possíveis atores do sistema penal. Não raramente, distorcem as informações com o escopo de dramatizar, inventando mitos e com resultantes reais e intensos. O *hate speech* se apresenta na sua substância, constituindo um consensualismo perigoso, tratando da ameaça que os inimigos representam para a sociedade, necessitando de medidas mais duras, reproduzindo um ponto de vista que anseia pelo recrutamento do Direito Penal, como suposto guardião da paz social³³.

Ademais, as redes sociais, veículos de comunicação em massa, possibilitam, do mesmo modo, a disseminação do ódio no corpo social brasileiro, a partir de manifestações que tendem a ofender, diminuir e excluir determinados grupos minoritários. Paradigma contemporâneo são as animosidades na internet, tendo como principais alvos as mulheres negras. Estudos revelam que entre os anos de 2012 e 2016, esse grupo inferiorizado na sociedade foi o alvo de condutas odiosas continuamente. Por certo, causa incômodo, em virtude da construção social brasileira como machista e racista, sendo objeto do *hate speech* na forma³⁴.

Como se pode observar, a violência contra grupos minoritários é recorrente e preocupante. Mulheres, negros e homossexuais são apenas alguns exemplos dos conglomerados estigmatizados, que nem sempre representam quantitativamente os menores grupos, mas que resistem ao descaso, preconceito e submissão imposta. O discurso de ódio toma diferentes formas, sendo empregado variadamente e podendo, indubitavelmente, evoluir e apropriar-se da corporificação física.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades, como um todo, possuem em seu imo um conjunto de elementos que as tornam únicas. Cada povo, cultura e ordenamento jurídico as tornam singulares, ainda que em certos momentos se assemelhem. Sem dúvida, as individualidades de cada sujeito enriquecem o convívio social, transmitindo conhecimento aos demais.

Sobretudo, conforme foi demonstrado, em não raras vezes os personagens que compõem a comunidade se agrupam, formando conjuntos que almejam um

³² BOTELHO, Marcos César, *op. cit.*, p. 295.

³³ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan, *op. cit.*, p. 147.

³⁴ Para mais informações, acessar: <http://www.justificando.com/2018/08/13/discurso-de-odio-na-internet-tem-mulheres-negras-como-principal-alvo/>.

mesmo fim. Práticas religiosas, recreativas, amorosas e financeiras podem ser elencadas como arquétipos. Conquanto que, na medida em que se defende fixada postura, aqueles que não convergem podem passar a ser tratados como inimigos.

Neste cenário, a psicologia das massas toma formato e influi nas decisões dos grupos, causando pensamentos e ações que a própria individualidade humana, se separada desta união, não teria. Ainda que inconscientemente, a massa psicológica pode propagar o chamado discurso de ódio, simplesmente por aversão ao deferente.

É indispensável destacar, o discurso de ódio ultrapassa os limites da liberdade de expressão, direito constitucionalmente assegurado na Carta Magna. Não é qualquer manifestação do pensamento que é contrária a certo grupo ou pessoa que será considerado discurso de ódio, assim como o direito à liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento não pode ser operado arbitrariamente, com o fito de diminuir, excluir, segregar e até acabar com ideologias e elementos físicos minoritários.

No desencadear de condutas, o *hate speech* alcança a seara penal, quando exteriorizações físicas ou verbais violam direito de outrem. Como matrizes objetivas: os crimes de honra e contra a honra, a propagação da perspectiva de recrudescimento do Direito Penal pelos veículos midiáticos, as redes sociais como fios condutores de insultos que suplantam a legalidade.

Ideologias que deturpam os princípios do Estado Democrático de Direito, que tem como preceito basilar a Constituição Federal. Inopinadamente, nos últimos anos se verifica o aumento destas situações negativas, constituindo as temáticas apresentadas como assuntos indispensáveis ao debate jurídico.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt; RAUD, Rein. *A individualidade numa época de incertezas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BON, Gustave Le. *Psicologia das multidões*. Tradução de Ivone Moura Delraux. S.l: Delraux, 1985. (Edição digital).
- BOTELHO, Marcos César. Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso de ódio. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 16, p. 283-301, 2012. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/224/223>. Acesso em: 18/06/2019.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em: 17/06/2019.
- FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Discurso de ódio e sistema penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 17/06/2019.

PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Public Law Research Paper*, n. 41, Cardozo Law School, abr. 2001. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939. Acesso em: 17/06/2019.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. 2015. *RIL Brasília*, ano 52, n. 207, jul./set. 2015, p. 143-158. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515193>. Acesso em: 10/06/2019.

SZYGENDOWSKA, Marta. Los crímenes de honor como prácticas culturales perjudiciales. *Opinión Jurídica*, v. 16, n. 32, p. 51-73, 22 jan. 2018. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2278>. Acesso em: 19/06/2019.

VIGÁRIO, Carolina Barbosa; PAULINO-PEREIRA, Fernando César. Violência contra a mulher: análise da identidade de mulheres que sofrem violência doméstica. *Revista de Psicologia*, Fortaleza, v. 5, n. 2, p.153-173, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/psicologiaufc/article/view/1483/1381>. Acesso em: 21/06/2019.

Data de recebimento: 02/07/2019

Data de aprovação: 17/01/2020

ESTUDO CRÍTICO DA CONSTRUÇÃO E DO CONTEÚDO DAS AGENDAS BRASILEIRAS PARA O TRABALHO DECENTE

CRITICAL STUDY ON THE CONSTRUCTION AND CONTENT OF BRAZILIAN AGENDAS FOR DECENT WORK

ESTUDIO CRÍTICO SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONTENIDO DEL PROGRAMA DE TRABAJO DECENTE BRASILEÑO

*Silvio Beltramelli Neto**

*Isadora Rezende Bonamim***

RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar o processo de construção e o conteúdo das agendas brasileiras de Trabalho Decente, elaboradas a partir cooperação técnica entre governo brasileiro e a OIT, os confrontando com os parâmetros adotados por essa Organização. O problema de pesquisa perquire sobre a compatibilidade (i) do conteúdo das referidas agendas frente à conformação original da ideia de Trabalho Decente e (ii) de seu *iter* de confecção em face da legitimidade democrática, analisando-se, para tanto, o papel desempenhado pelas entidades sindicais que atuaram

* Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito, integrante da linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos” e do Grupo de Pesquisa “Direito num Mundo Globalizado”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4777371367391173>; Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3940-5983>.

** Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Integrou o Programa de Incentivação Científica da PUC-Campinas entre os anos de 2017 e 2018, tendo cumprido o plano de trabalho intitulado “Conteúdo e Estágio de Implementação das Agendas Brasileiras de Trabalho Decente”, com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Bolsa FAPESP processo n.º 2017/15639-8). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0906219095787467>; Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1820-1295>.

no processo de aprovação das agendas. O estudo vale-se da metodologia indutiva de abordagem e da metodologia procedimental bibliográfica no exame de sete das principais agendas brasileiras em face de documentos oficiais da OIT. Ao final, conclui-se que a confecção e o conteúdo dessas agendas denotam um distanciamento dos padrões estabelecidos pela OIT, mormente porque apresentam um fraco diálogo social em relação aos atores participativos e estabelecem diretrizes de atuação que não se amoldam consentaneamente aos objetivos do Trabalho Decente.

Palavras-chave: Cooperação Internacional. OIT. Trabalho Decente. Agendas brasileiras. Diálogo Social.

ABSTRACT

This paper aims to examine the construction process and the content of the Brazilian Decent Work agendas, elaborated from technical cooperation between the Brazilian government and the ILO, confronting them with the parameters adopted by this Organization. The research problem concerns the compatibility (i) of the content of the referred agendas in face of the original conformation of the idea of Decent Work and (ii) of its confection *iter* in the face of democratic legitimacy, analyzing the role played by the unions that acted in the approval process of the agendas. The study uses the inductive approach methodology and the bibliographic procedural methodology in examining seven of the main Brazilian agendas against official ILO documents. In the end, it is concluded that the preparation and content of these agendas denote a departure from the standards established by the ILO, especially because they present a weak social dialogue with the participative actors and establish guidelines that do not conform to the objectives of Decent Work.

Keywords: International Cooperation. ILO. Decent Work. Brazilian agendas. Social Dialogue.

RESUMEN

Este documento tiene como objetivo examinar el proceso de construcción y el contenido de las agendas de Trabajo Decente de Brasil, elaboradas a partir de la cooperación técnica entre el gobierno brasileño y la OIT, y confrontarlas con los parámetros adoptados por esta Organización. El problema de investigación se refiere a la compatibilidad (i) del contenido de las agendas referidas frente a la conformación original de la idea de Trabajo Decente y (ii) de su confección frente a la legitimidad democrática, analizando el papel desempeñado por los sindicatos que actuaron en el proceso de aprobación de las agendas. El estudio utiliza la metodología del enfoque inductivo y la metodología del procedimiento bibliográfico para examinar siete de las principales agendas brasileñas contra los documentos oficiales de la OIT. Al final, se concluye que la preparación y el contenido de estas agendas denotan una desviación de los estándares establecidos por la OIT, especialmente

porque presentan un diálogo social débil con los actores participativos y establecen pautas que no se ajustan a los objetivos del trabajo decente.

Palabras clave: Cooperación Internacional. OIT. Trabajo Decente. Agendas brasileñas. Diálogo Social.

INTRODUÇÃO

Inaugurando um novo marco de sua atuação, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) introduz a concepção de Trabalho Decente durante a realização da 87ª Conferência Internacional do Trabalho, operada em 1999, na cidade de Genebra. Na ocasião, estabeleceu-se que a promoção do Trabalho Decente está alicerçada na busca da consecução de quatro objetivos estratégicos: a proteção dos direitos humanos nas relações de trabalho, a criação de empregos de qualidade, a ampliação da proteção social e a promoção do diálogo social.

Como estratégia, decorre desta proposta o escopo de fortalecimento da cooperação internacional proposta pela OIT a seus Estados Membros, por meio da criação de programas personalizados que tenham como objetivo a adoção de políticas públicas nacionais voltadas à implementação do Trabalho Decente, considerando as vicissitudes sociais, políticas e econômicas de cada nação. Tais programas são intitulados “Agendas de Trabalho Decente” e se investem de um conteúdo que, em princípio, se organiza pela descrição do diagnóstico da situação de momento, dos eixos prioritários de atuação, das linhas de ação e dos resultados esperados, estabelecidos a partir de debates entre órgãos do governo e organismos representativos das classes laborais e patronais.

No Brasil, construiu-se uma agenda propriamente brasileira, lançada em 2006, intitulada “Agenda Nacional de Trabalho Decente”, a qual foi seguida por diversas outras agendas confeccionadas em âmbitos nacional e subnacional (estadual e municipal).

O objetivo deste artigo é examinar detidamente o conteúdo da Agenda Nacional de Trabalho Decente e, a partir dela, também outras agendas de abrangência regional e local, perquirindo acerca da compatibilidade de seus termos com as prescrições estabelecidas pela OIT. Para tanto, examinar-se-á a construção dos programas, sua estrutura e substância, bem como as formas de monitoramento e avaliação de suas propostas, tudo sob a perspectiva de sua natureza alegadamente democrática, aferida a partir da noção internacionalmente difundida de diálogo social tripartite como processo de construção de consensos entre Estado e representantes de trabalhadores e empregadores — no caso das agendas brasileiras fundamentalmente identificado pelo papel desempenhado pelas centrais sindicais brasileiras no *iter* de sua concepção.

O estudo vale-se da metodologia indutiva de abordagem e da metodologia procedimental bibliográfica de cunho histórico-comparativo, posto que suas conclusões derivam do exame e do cotejo de sete das principais agendas brasileiras

de Trabalho Decente em face de documentos oficiais da OIT sobre a concepção de Trabalho Decente e sobre o diálogo social e tripartismo, complementados pela revisão de bibliográfica de viés analítico e crítico da atividade sindical em tempos passados e na atual conjuntura.

No que tange à comparação de estrutura e conteúdo, elegeram-se à análise as agendas encontradas, ao tempo da pesquisa, em sítios eletrônicos da OIT e em ferramentas de busca da internet de acesso livre. Assim sendo, foram examinadas a Agenda Nacional (2006), a Agenda Bahia (2007), a Agenda Nacional para a Juventude (2010), a Agenda Mato Grosso (2011), a Agenda Curitiba (2012), a Agenda São Paulo (2016) e a Agenda Carajás (2018).

Em conclusão, o artigo refuta a tese da plena compatibilidade dos conteúdos das agendas brasileiras com as prescrições internacionais sobre o Trabalho Decente, bem como, a despeito da ideia de diálogo social tripartite admitida pela OIT, problematiza o caráter alegadamente democrático de seus processos de construção, nesse último caso o fazendo à luz do sindicalismo de Estado passado e presente, conforme as análises de Armando Boito Júnior e Ricardo Antunes.

UM NOVO MARCO PROGRAMÁTICO: O ADVENTO DO TRABALHO DECENTE

A OIT nasce em 1919, com a proposta de regulamentar as condições de trabalho e emprego no âmbito internacional. Seus primeiros anos de atuação foram de intensa produção normativa, buscando a celebração de diversas convenções e recomendações junto aos Estados, interrompida, temporariamente, com a deflagração da Segunda Guerra Mundial. Com o fim dos conflitos armados globais, a OIT retoma suas atividades e é convertida em agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU).

A criação da OIT é considerada como um importante marco na história do direito internacional do trabalho, embora sua atuação tenha sofrido com as alterações das relações econômicas e de produção, verificadas a partir de meados do século XX. Autores como Crivelli apontam a gradual redução do papel desempenhado pela organização diante do processo de transformação do cenário global capitalista, marcado por uma economia cada vez mais desregulada e competitiva, conjugada à crescente flexibilização das normas trabalhistas nacionais¹. Frente à incapacidade apresentada pela OIT de se adaptar ao novo cenário do capitalismo neoliberal globalizado, instala-se uma crise que leva a organização a perder credibilidade no quadro internacional².

¹ CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p.196-197. Na mesma linha, cf. Van Daele, J. The International Labour Organization (ILO) in Past and Present Research. *International Review of Social History*, 53(3), 485-511, 2008.

² CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p. 200.

A própria OIT reconhece o declínio de sua atividade perante os Estados. Segundo a Organização, durante o período de 1919 a 1948, supunha-se que todos os seus membros teriam problemas similares na economia industrial, de forma que sua atuação se voltou para a criação de normas internacionais atinentes às relações de trabalho e à seguridade social. Numa segunda fase, compreendida pelos anos de 1948 e 1968, a característica operacional prevalece na Organização e verifica-se uma preferência por atividades práticas, sendo seu auge consagrado no período de 1969 a 1989. Por fim, antecedendo o lançamento de Trabalho Decente, a OIT se refere aos anos de 1989 a 1999 como a fase de decréscimo de seus projetos de grande porte acompanhada de uma ênfase na assessoria técnica e criação de instituições para a execução de projetos. Relata ainda, que, durante esta década, a Organização sofreu com a queda do financiamento externo, reflexo das mudanças no cenário de cooperação técnica internacional, dentre as quais se destaca uma suposta capacidade desenvolvida por muitos países a fim de lidar com seus próprios problemas econômicos e sociais³.

É diante desse cenário, permeado por uma crise de efetividade, que a OIT anuncia um novo marco programático de sua atuação: o Trabalho Decente. Essa noção é formalizada publicamente pela primeira vez à comunidade internacional na Memória do à época Diretor-Geral da OIT, Juan Somavía, durante a 87ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1999. Nesta oportunidade, a primeira apresentação do conceito do que seria um “Trabalho Decente” vincula-o à convergência de quatro objetivos estratégicos: a proteção dos direitos humanos nas relações de trabalho, a criação de empregos de qualidade, a ampliação da proteção social e a promoção do diálogo social. Naquele momento, Somavía adverte que o principal objetivo do então novo marco de atuação da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam conseguir um Trabalho Decente e produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana⁴.

Questiona-se se essa noção conferida ao Trabalho Decente consiste verdadeiramente em um conceito ou um conjunto de objetivos a serem atingidos. Daniel Mocelin, por exemplo, afirma, de maneira peremptória, que Trabalho Decente é uma concepção que se comunica com propósitos da OIT⁵.

Ermida Uriarte, por sua vez, aponta que a expressão Trabalho Decente pode ser vista como um objetivo ou um propósito desligado de determinado conteúdo

³ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General del Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 1999. p. 24.

⁴ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General del Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 1999. p. 3.

⁵ MOCELIN, Daniel Gustavo. Do Trabalho Precário ao Trabalho Decente? A qualidade do emprego como perspectiva analítica. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 42, n. 2, p.47- 62, jul. 2011. p. 49.

técnico afigurando-se um conceito “integrador” ou “dinâmico”⁶. Apesar disso, independentemente de como venha a se definir o Trabalho Decente, o autor afirma que existe um conteúdo ético por trás do termo – uma posição valorativa relacionada com a dignidade da pessoa humana⁷.

A despeito da suposta imprecisão conceitual do Trabalho Decente, o fato é que os quatro objetivos estratégicos associados a essa ideia passam a direcionar a atuação da OIT perante os Estados. Em busca de uma cooperação internacional mais categórica, a abrangência da noção proposta para o Trabalho Decente se manifesta, teoricamente, como um instrumento eloquente para granjear apoiadores e pautar a mobilização de Estados em torno do tema, a partir da adoção de políticas públicas específicas consentâneas com os quatro objetivos estratégicos que se vinculam à nova diretriz institucional⁸.

O QUE SÃO AS AGENDAS DE TRABALHO DECENTE?

À ideia de Trabalho Decente subjaz a proposta de uma nova forma de intervenção da OIT em busca do fortalecimento da cooperação internacional com vistas à promoção do Trabalho Decente. Para tanto, o mecanismo alvitado pela OIT alicerça-se em programas que possibilitem a aplicação dessa teoria em níveis de desenvolvimento distintos, consoante a realidade da região de intervenção. Esses programas chamados de “Agenda de Trabalho Decente” são, materialmente, documentos que traçam dados, objetivos e metas a serem perseguidas pelos Estados, de forma a delimitar as prioridades conforme com as possibilidades e premências locais, empenhando-se, assim, para atingir os quatro objetivos estratégicos do Trabalho Decente. Como consequência desses atributos, tais agendas ensejam um conteúdo passível de variação⁹. Ainda mais tarde, em 2008, a

⁶ URIARTE, Oscar Ermida. Trabajo decente y formación profesional. *Boletín Cinterfor*, n. 151, p. 9-26. Montevideo, Uruguai, 2001. p. 9.

⁷ URIARTE, Oscar Emida. Trabajo decente y formación profesional. *Boletín Cinterfor*, n. 151, p. 9-26. Montevideo, Uruguai, 2001. p. 10.

⁸ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General del Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 1999. p. 25. “Os quatro objetivos estratégicos da OIT destacados no Capítulo 2 deste Relatório fornecem um ponto de referência, uma orientação e um raciocínio para a cooperação técnica. Nem todo projeto de cooperação técnica contribuirá para todos os objetivos. Mas todos devem ser consistentes com a abordagem mais ampla definida por esses objetivos”. Tradução livre para: “Los cuatro objetivos estratégicos destacados en el capítulo 2 de la presente Memoria ofrecen un punto de referencia, una orientación y una justificación de la cooperación técnica. No todos los proyectos de cooperación técnica contribuirán a la consecución de todos los objetivos, pero todos ellos han de concordar con un planteamiento más general definido por esos objetivos” (CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General del Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 1999. p. 34).

⁹ “Portanto, o conteúdo de uma agenda de trabalho decente varia de acordo com as situações econômicas e de desenvolvimento [...] Os objetivos e orientações serão diferentes em cada

Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa reafirma que aplicação de uma agenda de Trabalho Decente no plano nacional “dependerá das necessidades e prioridades dos países e incumbirá aos Estados Membros decidir, em consulta com as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, a forma em que será cumprida essa responsabilidade”¹⁰.

Depreende-se, portanto, que a noção atribuída às Agendas de Trabalho Decente consiste em criar um programa personalizado e transmutável, o qual deve ser modificado conforme a alteração dos déficits e urgência de determinanda pauta da região de ingerência. É, de certa forma, um programa construído pelas instituições nacionais com assistência da OIT, que tem como efeito atribuir alguma tangibilidade à concepção programática de Trabalho Decente.

Dharam Ghai¹¹, enfatizando a questão de as prioridades dependerem dos valores da sociedade, das instituições socioeconômicas e dos níveis de prosperidade e riqueza, relembra que os valores dominantes da sociedade, geralmente reflexivos da distribuição de poder entre os diferentes grupos socioeconômicos, influenciam as prioridades entre os vários escopos do Trabalho Decente. Assim, embora a possibilidade de o Estado se valer dos quatro objetivos estratégicos e graduá-los livremente ofereça um cenário mais provável de adesão da comunidade internacional, tratando-se de um programa construído pelo país para o país, a influência de alguns grupos sobre os constituintes das agendas faz com que esses programas também proporcionem um espaço mais complacente para a defesa de interesses específicos.

Apesar dessa característica flexível das agendas, conquanto em diversos trechos de documentos da OIT seja enfatizada a maleabilidade dos programas, não se viu abordada concretamente, no primeiro momento de apresentação do Trabalho Decente como nova concepção, a forma de monitoramento e indicadores de sua promoção. Ou seja, inicialmente, não é disponibilizado pela OIT um projeto integral de parâmetros para avaliação de um possível progresso, uma estagnação, ou até mesmo um regresso dos objetivos discriminados naqueles programas.

sociedade, mas o quadro geral e os princípios em que se baseia serão os mesmos, e oferecem, em conjunto, a possibilidade de elaborar um programa coerente de desenvolvimento”. Tradução livre para: “Por consiguiente, el contenido de una agenda de trabajo decente habrá de variar según las situaciones económicas y de desarrollo [...] Los objetivos y las pautas serán distintos en cada sociedad, pero el marco general y los principios en que se basa serán los mismos, y ofrecen, en conjunto, la posibilidad de trazar un programa coherente de desarrollo”. RODGERS, G. El trabajo decente como una meta para la economía global. *Boletín Cinterfor*, n. 153, p. 9-28. Montevideo, Uruguai, 2002. p. 22.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração sobre a justiça social para uma globalização equitativa*. Genebra, 2008a, p. 8.

¹¹ GHAI, Dharam. *Decent work: Concepts, models and indicators*. Geneva: International Institute For Labour Studies, 2002, p. 3.

À vista deste contexto, a primeira iniciativa brasileira voltada para a construção de uma agenda personalizada para o país se deu em 2003, após o presidente Luiz Inácio Lula da Silva formalizar um Memorando de Entendimento com Juan Somavía, à época ainda Diretor-Geral da OIT. Este documento prevê um programa de cooperação técnica entre o Brasil e a OIT, com o objetivo de construir uma Agenda Nacional de Trabalho Decente. O Memorando estabelece, ainda, a criação de um Comitê Executivo formado por órgãos do então denominado Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), com a responsabilidade de formular projetos nas áreas elencadas como prioritárias na agenda¹². Três anos mais tarde, o governo brasileiro lança oficialmente a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), durante a XVI Reunião Regional Americana, oportunidade em que também se desvelou a Agenda Hemisférica para a Promoção do Trabalho Decente, da qual igualmente o Brasil faz parte¹³.

As agendas brasileiras não ficaram adstritas ao domínio de um programa em nível nacional. A ANTD inaugurou o itinerário da cooperação entre a OIT e os entes federativos brasileiros, sobrevivendo, posteriormente, diversas agendas no âmbito estadual e municipal. A primeira delas, a Agenda Bahia Trabalho Decente (ABTD), foi criada a partir de uma iniciativa inédita do governo estadual baiano¹⁴.

A CONSTRUÇÃO DAS AGENDAS E O PAPEL DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS

Segundo orientação da OIT, os programas nacionais de Trabalho Decente devem seguir, resumidamente, os seguintes passos: i) análise da situação do Trabalho Decente e seu déficit no país; ii) estabelecimento das prioridades que reflitam acordo amplo entre os constituintes da agenda e outros atores-chave; iii) determinação dos objetivos e estratégias do programa; iv) estabelecimento de um plano de recursos nacionais e de cooperação com escopo de implementar os objetivos e prioridades identificados; v) aplicação do programa e desenvolvimento de um plano de gestão do mesmo; vi) formulação e implementação de um sistema de acompanhamento dos programas, com a finalidade de monitorar e informar suas realizações e resultados¹⁵.

¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 8.

¹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 40.

¹⁴ ABRAMO, Lais. Trabalho Decente: o itinerário de uma proposta. *Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 20, n. 2/3, p. 151-171, jul./set. 2010, p. 161.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 80.

Nesse sentido, analisando a criação desses programas, afere-se que a gênese de uma agenda de Trabalho Decente está na celebração de um Memorando de Entendimento, acordado entre o representante do ente público nacional, regional ou local e a OIT, à exemplo do ocorrido com a Presidência da República brasileira, em 2003, com o Governo da Bahia, em 2007, e com a Prefeitura de Curitiba, em 2011.

Sob uma ótica procedimental da definição do conteúdo dos documentos, observa-se um certo padrão operacional das agendas consentânea à estrutura tripartite da OIT. À pretensa semelhança desse modelo deliberativo, os programas nacionais preocuparam-se em efetivar algum tipo de participação de atores sociais durante o procedimento de construção das agendas. Neste ponto, é importante ressaltar que o tripartismo, consagrado como rasto da estrutura deliberativa da OIT, compõe não só o quarto objetivo estratégico do Trabalho Decente, mas também se apresenta como um meio para alcançar os demais objetivos. Na perspectiva da OIT, o tripartismo exercitado pela via do diálogo social constitui um meio e um fim, garantindo, em tese, a participação dos protagonistas da tensão capital *versus* trabalho e, bem por isso, a observância de um processo pretensamente democrático pelo qual é concebida a agenda¹⁶.

Na experiência brasileira, verifica-se uma presença mais mitigada dos atores sociais em comparação com o padrão institucional da OIT, porquanto as organizações de empregadores e de trabalhadores, muitas vezes, participaram da confecção dos programas na condição de meros membros consultivos. A título de exemplo, o esboço da ANTD foi elaborado precipuamente por um grupo técnico composto por Secretarias e departamentos do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Em momento posterior à sua redação, a proposta foi levada à discussão ao Grupo Interministerial¹⁷ e consulta à Comissão Tripartite de Relações Internacional (CTRI), essa sim composta por representantes dos empregadores e trabalhadores¹⁸.

Segundo o texto normativo da Portaria n.º 447, integram a CTRI: o governo, representado por órgãos internos do MTE, acompanhado das seguintes entidades obreiras e patronais: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil

¹⁶ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General del. Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 1999, p. 6.

¹⁷ O Grupo Interministerial contou com a participação dos seguintes ministérios e secretarias do Governo Federal: Trabalho e Emprego, Relações Exteriores, Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Previdência Social, Justiça, Educação, Saúde, Direitos Humanos, Políticas para as mulheres, Promoção da igualdade Racial e Relações Institucionais (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma década de Trabalho Decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Ginebra: OIT, 2015, p. 62).

¹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma década de Trabalho Decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Ginebra: OIT, 2015, p. 62.

(CNA), Confederação Nacional do Comércio (CNC), Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF), Confederação Nacional do Transporte (CTN), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Força Sindical (FS), Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (CGTB), Social Democracia Sindical (SDS), Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT) e Central Autônoma de Trabalhadores (CAT)¹⁹. Posteriormente, as três últimas foram unificadas dando origem à atual União Geral dos Trabalhadores (UGT). Assim, a despeito deste corpo ser integrado exclusivamente por centrais sindicais (por parte dos trabalhadores) e confederações (por parte dos empregadores), a participação dessas entidades deu-se no contexto de um diálogo social fraco, haja vista levado a efeito na modalidade de simples consulta.

Relativamente à natureza democrática do procedimento de concepção das agendas nacionais, enquanto exigência da OIT consagrada pelo destaque ao diálogo social, convém uma breve digressão. A Convenção nº 144 de Consultas Tripartites sobre Normas Internacionais do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 27 de setembro de 1994, consolidou o compromisso do Estado brasileiro de assegurar consultas efetivas entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores. Destaca-se o fato de que a convenção menciona a modalidade consulta, embora em todas as instâncias OIT a capacidade deliberativa seja outorgada a todos os seus representantes.

Nessa perspectiva, não é de se sobressaltar, pois, as intitulações “democráticas” atribuídas às agendas confeccionadas com participação de Estado e atores sociais, já que o próprio tripartismo e o diálogo social, segundo a OIT, cumprem uma função fundamental no aperfeiçoamento da democracia²⁰. Todavia afigura-se problemático, a esse propósito, o rol de práticas classificadas pela OIT como representativas de diálogo social, quais sejam, as negociações, as consultas e a troca de informações²¹.

A troca de informações é considerada o mecanismo mais básico do diálogo social e não envolve qualquer discussão ou ação sobre as questões levantadas durante o processo, restringindo-se apenas a um intercâmbio de informações entre os interlocutores sociais. Já a consulta é tida como um mecanismo mais

¹⁹ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria MTE n.º 447, de 19 de agosto de 2004. Brasília: *Diário Oficial da União*, DF, p. 81, ago. 2004. Seção 1.

²⁰ ISHIKAWA, Junko. *Key features of national social dialogue: a social dialogue resource book*. Geneva, International Labour Office, 2003, p. 1.

²¹ ISHIKAWA, Junko. *Key features of national social dialogue: a social dialogue resource book*. Geneva, International Labour Office, 2003, p. 3. Para uma discussão específica sobre o pretensão caráter democrático da própria concepção de Trabalho Decente, cf. BELTRAMELLI NETO, Silvio; BONAMIM, Isadora Rezende; VOLTANI, Julia de Carvalho. Trabalho Decente segundo a OIT: uma concepção democrática? Análise crítica à luz da teoria do contrato social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, p. 1–36, 2019.

complexo, pois busca um diálogo mais aprofundado, embora não detenham os consultados poder de decisão. Finalmente, a negociação é vista como o fenômeno mais amplo do diálogo social, porquanto atribuir a todos os atores sociais participantes poder decisório²².

A julgar pela compreensão da OIT sobre o tripartismo e o diálogo social como asseguradores de um processo democrático, basta a mera consulta de atores sociais para que o processo de construção das agendas seja superficialmente como democrático. Por essa razão, o modelo consultivo adotado, por exemplo, no âmbito da Agenda Nacional coaduna com os preceitos promovidos pela OIT, embora, abstraindo-se a aludida concepção peculiar de diálogo social, o modelo seja passível de críticas.

Nesse sentido, na perspectiva formal, parece lógico que o processo de construção da Agenda Nacional se deu conforme a orientação da OIT, porquanto houve a consulta dos representantes descritos na convenção e se efetivou uma das formas de diálogo social legitimamente reconhecida pela Organização. Em seu aspecto material, no entanto, parece haver no tripartismo e no diálogo social à feição da OIT limitações evidenciadas não só pela modalidade escolhida para a construção da agenda (consultiva), mas pela própria estrutura sindical brasileira e a sua (in)capacidade de mobilização efetiva, notada, historicamente, por um crescimento burocrático desatado da luta dos trabalhadores²³.

Ishikawa²⁴ descreve algumas condições para um ambiente que propicie uma maior efetividade ao diálogo social em nível nacional, dentre elas, a liberdade de associação; a existência de instituições democráticas; e a legitimidade por meio de organizações representativas transparentes, responsáveis e coesas.

Nessa linha, normatizada pela Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização, a liberdade sindical é compreendida pela OIT como o direito dos trabalhadores e empregadores de constituir e/ou filiar-se a uma organização sem a necessidade de prévia autorização. Demais disso, entende-se também que as organizações representativas têm o direito de organizar sua gestão e atividade livremente. A referida Convenção, considerada o norte para a liberdade sindical pela OIT, não foi ratificada pelo Brasil sob o fundamento de incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Isso porque a Carta Magna, apesar de exprimir comando negativo à exigência de autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalva o registro em órgão competente

²² ISHIKAWA, Junko. *Key features of national social dialogue: a social dialogue resource book*. Geneva, International Labour Office, 2003, p. 4.

²³ BOITO JÚNIOR, Armando. *O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. Campinas: Hucitec, 1991, p. 177.

²⁴ ISHIKAWA, Junko. *Key features of national social dialogue: a social dialogue resource book*. Geneva: International Labour Office, 2003, p. 9.

e a unicidade sindical — que permite a existência de um sindicato patronal ou profissional para cada categoria, em uma mesma base territorial não inferior a um município.

De início, já se pode aferir que o modelo adotado para as organizações sindicais no Brasil não propicia um cenário favorável ao diálogo social, conforme as orientações de Ishiwaka²⁵. Para além dessa estrutura, há um déficit de participação política dos trabalhadores, afetando diretamente na representatividade dos sindicatos, atestado pela sua baixa taxa de sindicalização, que alcançou apenas 12,5%, a menor desde 2012 — quando atingiu 16,1% — de acordo com a Pesquisa Nacional de Domicílios (PNAD Contínua), divulgada pelo IBGE, em dezembro de 2019²⁶.

Além de encontrar resistência no diálogo social, a unicidade é incompatível com a liberdade sindical pretensiosamente independente, obstando de forma sensível as reivindicações trabalhistas ao vincular os sindicalizados ao monopólio de uma única agremiação, ainda que seus princípios e diretrizes se dissemelhem dos interesses da categoria representada. Nesse modelo, o trabalhador se vê diante de duas opções: associar-se a um sindicato que porventura não se sinta representado ou não se sindicalizar.

Essa estrutura, quando somada às contribuições sindicais compulsórias (recentemente expurgadas pela Lei 13.467/2017) e à estrutura confederativa, conjuntura o padrão de organização sindical dependente do Estado. É nessa linha que Boito Júnior²⁷ critica a unicidade sindical como elemento antagônico da autonomia dos sindicatos.

De todo modo, construir negociações e consensos dentro de um espaço que socialmente envolve o conflito entre o capital e o trabalho desafia uma proposta que confira capacidade de voto aos atores sociais suficientemente apta a influenciar nas decisões da agenda. Documento narrativo da construção da Agenda Bahia ilustra esse desafio, ao mencionar a dificuldade de obtenção de consensos de grupos participantes com interesses que chegavam a ser antagônicos²⁸.

²⁵ ISHIKAWA, Junko. *Key features of national social dialogue: a social dialogue resource book*. Geneva: International Labour Office, 2003, p. 9.

²⁶ “Dos 92,3 milhões de pessoas ocupadas em 2018 no país, 11,5 milhões estavam associadas a sindicatos” (Taxa de sindicalização cai para 12,5% em 2018 e atinge menor nível em sete anos. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Agência IBGE Notícias*, Brasília, 18 dez. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26423-taxa-de-sindicalizacao-cai-para-12-5-em-2018-e-atinge-menor-nivel-em-sete-anos>>. Acesso em: 14 jan. 2020).

²⁷ BOITO JÚNIOR, Armando. *O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. Campinas: Hucitec, 1991, p. 29.

²⁸ BAHIA. Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. *Agenda Bahia Trabalho Decente*. Salvador, 2007, p. 132.

Outro exemplo desta dificuldade quanto ao genuíno diálogo social observa-se no Plano Nacional de Trabalho Decente, documento derivado da Agenda Nacional, sobre o qual não houve consenso no processo de consultas ao Grupo de Trabalho Tripartite sobre o conjunto de metas elaboradas e apresentadas pelo governo, especialmente no que tange à avaliação por parte do Grupo Empregador sobre a meta de ratificação da Convenção 156 da OIT Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores – Trabalhadores com Encargos de Família²⁹.

Na contramão destes casos, a Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude diz-se construída a partir de um consenso pleno havido pelo subcomitê governamental e pelo seu Grupo de Trabalho Consultivo³⁰.

É preciso mencionar que são poucos os relatos que descrevem o processo de construção e consulta das agendas. Os exemplos aqui levantados correspondem ao teor dos debates precedentes ao lançamento dos programas, descritos nas Agendas e documentos alusivos às mesmas. O que se observa a partir de tais relatos é que as descrições se restringem a comunicar o aspecto consensual ou conflituoso experimentado entre os atores tripartites, contudo, sem retratar o conteúdo em si do objeto de discussão.

No mesmo sentido, como se verá a seguir, a escassez de dados constantes nos próprios documentos não permite a qualquer pessoa compreender quais fatos subsidiaram as escolhas de eixos, linhas de ação e demais medidas programadas nas agendas nacional e subnacionais. Há nisso uma deficiência de cunho democrático, já que a falta de transparência quanto aos fundamentos de cada estipulação programática impede possa ter o cidadão o devido conhecimento e, quiçá, controle *a priori* das políticas públicas do Estado para o Trabalho Decente, passando a depender de informações veiculadas *a posteriori*, em certa medida propiciado por relatórios anuais estatísticos como os produzidos pelo IBGE.

O CONTEÚDO DAS AGENDAS DE TRABALHO DECENTE BRASILEIRAS

Agenda Nacional de Trabalho Decente

Como já exposto, a primeira agenda formulada e construída a partir de uma iniciativa do governo brasileiro é a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD). O documento começa traçando os antecedentes da agenda e definindo Trabalho Decente como “um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições

²⁹ BRASIL. *Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente: gerar emprego e Trabalho Decente para combater a pobreza e as desigualdades sociais*. Brasília, DF, 2010, p. 16.

³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Monitorando e Avaliando o Progresso no Trabalho Decente (MAP)*. Brasília: OIT, 2011, p. 7.

de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna³¹. Os eixos definidos como prioritários foram os de gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como instrumento de governabilidade democrática³².

A partir desse rol, observa-se que as prioridades elencadas na ANTD contemplam, de fato e explicitamente, apenas dois dos objetivos estratégicos do Trabalho Decente como preceituado pela OIT, quais sejam, a criação de empregos e o diálogo social. Ainda que não direcione medidas específicas para a proteção social e a salvaguarda dos direitos humanos, tais objetos podem ser inferidos, de modo bastante pontual e específico, do recôndito das demais prioridades. A título de exemplo, nas propostas discriminadas para o objetivo de “gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades de tratamento”, a extensão da proteção social e a promoção das normas fundamentais do trabalho são abordadas no formato de ações a serem perseguidas, dentre elas, a ratificação da Convenção 102 sobre Normas Mínimas da Seguridade Social e o desenvolvimento de mecanismos de extensão progressiva da proteção social para os trabalhadores e trabalhadoras da economia informal³³. Não obstante, é certo que dois dos quatro pilares estratégicos da proposta original da OIT para a promoção do Trabalho Decente, justamente aqueles menos afetos à livre circulação do capital, não são contemplados com a mesma clareza e intensidade que os demais.

Assim sendo, para a prioridade voltada à geração de empregos descrevem-se como resultados esperados uma Política Nacional de Emprego e metas de criação de emprego produtivo e de qualidade “incorporadas nas estratégias nacionais de desenvolvimento econômico e social” e nas “políticas setoriais”³⁴. Para tanto, discriminam-se linhas de ação em agrupamentos temáticos, quais sejam, investimento público e privado e desenvolvimento local e empresarial para a geração de emprego; políticas públicas de emprego, administração e inspeção do trabalho; políticas de salário e renda; promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento e combate à discriminação; extensão da proteção social; e condições de trabalho³⁵.

³¹ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília, 2006, p. 5.

³² BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília, 2006, p. 9-10.

³³ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília, 2006, p. 12-13.

³⁴ Industrial, agrícola, agrária, de promoção do turismo e de promoção da economia criativa (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 10).

³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 10-13.

A segunda prioridade, denominada “erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial suas piores formas”, apresenta como resultado esperado a criação de Planos Nacionais de Erradicação do Trabalho Infantil e Erradicação do Trabalho Escravo. Com isso, as linhas de ação são pautadas no desenvolvimento da base de conhecimento, na mobilização e conscientização social, no fortalecimento institucional de políticas e programas nacionais e em estratégias de intervenção³⁶.

Por fim, no concernente ao fortalecimento dos atores tripartites e do diálogo social como instrumento de governabilidade democrática, os resultados esperados são: mecanismos de diálogo social consolidados e institucionalizados; constituintes tripartites capacitados; e cultura do diálogo social fortalecida. Quanto aos grupos temáticos de linhas de ação são divididos em promoção das normas internacionais, fortalecimento dos atores, mecanismos de diálogo social e negociação coletiva³⁷.

É de se notar, como já apontado, que as prioridades explicitamente apresentadas na ANTD são direcionadas a dois dos eixos do Trabalho Decente, quais sejam, a criação de empregos, apresentado na ANTD como “gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento”, e o diálogo social — “fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como instrumento de governabilidade democrática”. Apesar disso, não se faz claro o porquê de tais escolhas. Isto é, nada obstante uma agenda de Trabalho Decente exigir que os eixos de maior afetação pelo Estado sejam efetivamente justificados pelas prioridades e possibilidades locais, a ANTD não procura demonstrar quais os motivos que levaram à escolha dos eixos de criação de empregos e do diálogo social como principais, em detrimento da proteção social e da proteção dos direitos humanos nas relações de trabalho.

Phoebe Moore³⁸ afirma que o poder das multinacionais corporativas e a rede de atores comerciais na produção global sempre aparecem como antagonistas contra a legitimidade da política em torno da proteção social. Justamente por isso a estranheza frente a uma agenda voltada à promoção do Trabalho Decente que rechaça de seu conteúdo, sem qualquer explicação eloquente, duas áreas sempre postas à reexame em tempos de crise do capital.

No plano operacional, a ANTD se limita a descrever linhas de ação gerais, aparentando existir um conjunto de propostas que podem vir a serem desenvolvidas

³⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 13-15.

³⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 15-18.

³⁸ MOORE, Phoebe. Legitimacy, Tribridity, and Decent Work Deficits. *Globalizations*, [s.l.], v. 11, n. 3, p.315-330, maio. 2014. Informa UK Limited, p. 318.

por políticas concretas. No caso da linha de ação voltada para a negociação coletiva, por exemplo, uma das proposições definidas é o apoio aos mecanismos e processos de negociação coletiva³⁹. Como se pode observar não se trata exatamente de um programa desenvolvido ou uma proposta a ser implementada, mas de uma diretriz para eventual elaboração de práticas efetivas⁴⁰.

A questão de a ANTD carecer de elementos que viabilizem sua aplicação imediata possivelmente está relacionada com os mecanismos de implementação previstos na agenda. O documento prenuncia um programa a ser construído a partir da Agenda Nacional intitulado de Programa Nacional de Trabalho Decente, ao qual, segundo a descrição ANTD, caberia estabelecer (novamente) prioridades, os resultados esperados e as estratégias, além de outros elementos, como metas, prazos, produtos e indicadores de avaliação⁴¹. Como dito, em 2010, com tal propósito, foi lançado o “Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente” (PNETD) e sua principal finalidade é articular as propostas estabelecidas na Agenda Nacional a metas e prazos, retratando, assim, o mecanismo cogitado na Agenda Nacional.

Muito embora com certa apreensão do grupo empregador⁴², o PNETD estabelece metas direcionadas para os anos de 2011 e 2015 e indicadores para sua avaliação. Tendo como exemplo a primeira prioridade da ANTD e sua linha de ação voltada para a proteção social, ambos aqui já mencionados, atribuiu-se, no PNETD como meta de 2011 o aumento de 10% na cobertura dos programas de assistência social, previdência e inclusão previdenciária e, para 2015, o aumento de 20%⁴³. O indicador eleito para avaliação dessa meta corresponde ao número

³⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 17.

⁴⁰ Essa circunstância é verificada também em outras linhas de ação, como nos casos do fortalecimento da inspeção e da administração do trabalho (políticas públicas de emprego, administração e inspeção do trabalho); na recuperação e valorização do salário-mínimo como instrumento de política salarial e de melhoria da distribuição de renda (políticas de salário e renda); no aumento da conscientização do público em geral, por meio da realização de campanhas de informação e prevenção (mobilização e conscientização social) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 11-17).

⁴¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006, p. 18.

⁴² O grupo patronal questionou as metas sugeridas sob o fundamento de que “na sua avaliação não formariam um conjunto completo e articulado que reunisse no mínimo os principais fatores determinantes dos resultados esperados, nem suas quantificações e que não estariam respaldadas por uma base técnica necessária para justificá-las” (BRASIL. *Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente: gerar emprego e Trabalho Decente para combater a pobreza e as desigualdades sociais*. Brasília, DF, 2010, p. 17).

⁴³ BRASIL. *Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente: gerar emprego e Trabalho Decente para combater a pobreza e as desigualdades sociais*. Brasília, DF, 2010, p. 28.

de beneficiários das políticas de proteção social aos trabalhadores(as) e programas de assistência social, previdência e inclusão previdenciária⁴⁴. Embora a definição das metas se faça presente no PNTED, não foi encontrado qualquer documento posterior dedicado ao seu adimplemento. De modo diverso, os dois relatórios dirigidos para medição do Trabalho Decente no Brasil não retomam aos objetivos de cumprimento das metas, tampouco os indicadores neles descritos correspondem aos estabelecidos PNTED.

Agendas brasileiras de trabalho decente: existe um padrão?

Já se sabe que a formulação de agendas de Trabalho Decente, no Brasil, não se restringiu à ANTD, contando com diversos programas estaduais e municipais. O Escritório da OIT no Brasil informa que as agendas são de competência exclusiva do ente federativo responsável pela sua construção e que a Organização Internacional atua nos processos de concepção dos planos apenas por meio de apoio na forma de cooperação técnica, bem por isso, afirma não ter condições de esclarecer quantas e quais agendas atualmente se encontram em vigência no país⁴⁵.

Diante deste insuperável quadro impreciso sobre a quantidade de agendas de Trabalho Decente brasileiras, optou-se, como esclarecido na introdução, pela análise comparativa das sete agendas encontradas, ao tempo da pesquisa, em sítios eletrônicos da OIT e em ferramentas de busca da internet de acesso livre, quais sejam, a Agenda Nacional (2006), a Agenda Bahia (2007), a Agenda Nacional para a Juventude (2010), a Agenda Mato Grosso (2011), a Agenda Curitiba (2012), a Agenda São Paulo (2016) e a Agenda Carajás (2018).

Em termos estruturais, a disposição de conteúdo destas agendas brasileiras se assemelha. Todas, com mais ou menos minúcias, dedicam-se a descrever uma introdução sucinta do marco teórico do Trabalho Decente e o processo de instituição da cooperação técnica junto à OIT, com o propósito de construir um programa personalizado para o respectivo ente federativo ou região. Posteriormente, ordenam-se os eixos prioritários, os resultados esperados e as linhas de ações a serem empregadas.

Os processos de construção das agendas desataram-se a partir da assinatura de um Memorando de Entendimento específico entre OIT e cada ente público envolvido. Todos os programas contaram com a participação de pelo menos três tipos de representação: governamental, patronal e sindical. Apesar disso, em

⁴⁴ BRASIL. *Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente: gerar emprego e Trabalho Decente para combater a pobreza e as desigualdades sociais*. Brasília, DF, 2010, p. 28.

⁴⁵ CANESTRELLI, Ana Paula. *Agendas de Trabalho Decente. Pesquisa*. PUC CAMPINAS. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <isabonamim@gmail.com>. em: 18 jul. 2018.

outras agendas que não a Agenda Nacional, verifica-se a presença de outros interlocutores reunidos em comitês no processo de criação, como universidades, fundações e departamentos técnicos. O Comitê Gestor responsável pela Agenda Municipal do Trabalho Decente de São Paulo, por exemplo, é composto por 30% de trabalhadores, 30% de empregadores, 30% do poder público e 10% de movimento sociais de natureza não sindical⁴⁶.

Quando comparada ao modelo institucional de deliberação da OIT, a atuação dos interlocutores sociais na elaboração da ANTD é preterida, haja vista seus integrantes se posicionarem neste processo como membros consultivos. Apesar disso, a participação mais ou menos ativa dos representantes dos empregadores e dos trabalhadores sofre nuances a depender da região da elaboração do programa. Sob este prisma, a Agenda Bahia se diz construída através de Comitê Gestor formado por trinta e uma instituições, das quais treze são secretarias estaduais e os remanescentes compõem-se de órgãos do governo federal, centrais sindicais, federações, órgãos do sistema de justiça e do legislativo e representações da sociedade civil, além da OIT⁴⁷. O Comitê Gestor é órgão central e deliberativo da Agenda baiana, levando a crer que todas as entidades que compuseram o referido Comitê Gestor participaram ativamente das pautas levantadas durante o processo de elaboração do plano. Apesar disso, a organização deste Comitê ainda gera dúvida quanto ao efetivo poder de voto de outras instituições que não estatais, a julgar-se pela discrepância representativa — das trinta e uma instituições, as organizações de empregadores e trabalhadores totalizavam oito.

A principal diferença entre as agendas brasileiras repousa nos seus eixos prioritários. Embora a seleção dos eixos prioritários seja, em tese, ulterior a uma investigação otimizada das necessidades e urgências, das agendas analisadas apenas as agendas Nacional para Juventude⁴⁸, Mato Grosso⁴⁹ e Carajás⁵⁰ destinam parte do seu corpo textual a descrever um diagnóstico local. A privação dessas informações obsta consideravelmente uma análise crítica dos eixos prioritários selecionados nas agendas, dificultando a compreensão da real necessidade de algumas prioridades e ênfase em determinadas áreas em detrimento de outras, como já assinalado na circunstância da Agenda Nacional quanto aos eixos promoção de empregos e proteção social.

⁴⁶ SÃO PAULO. Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo. *Agenda Municipal do Trabalho Decente de São Paulo*. São Paulo, 2016, p. 9.

⁴⁷ LIMA, Patrícia Lacerda Trindade de; Organização Internacional do Trabalho; OIT Escritório no Brasil. *Narrativa da Agenda Bahia do Trabalho Decente*. Brasília: OIT, 2016, p. 34.

⁴⁸ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude*. Brasília, 2011, p. 17-35.

⁴⁹ MATO GROSSO. Secretaria de estado e assistência social. *Agenda pelo Trabalho Decente de Mato Grosso*. Cuiabá, 2011, p. 10-18.

⁵⁰ CARAJÁS. *Agenda Regional do Trabalho Decente de Carajás*. Carajás, 2018, p. 15-27.

Com exceção da Agenda Mato Grosso, todos os demais programas reservam, direta ou indiretamente, um eixo voltado para a promoção de empregos. No caso especial da Agenda Mato Grosso, os eixos definidos foram a redução dos acidentes fatais no trabalho, a erradicação do trabalho escravo e a erradicação do trabalho infantil, não abarcando, pois, um eixo para promoção de empregos⁵¹. Soma-se a essa peculiaridade da Agenda Mato Grosso um grau de especificidade maior do eixo prioritário que se dedica à proteção social, haja vista os vários aspectos que englobam este objetivo, o que fez com que o tema dos acidentes fatais no ambiente de trabalho fosse tratado de modo afeto a tal êxito⁵².

As agendas subnacionais repetem uma conduta da ANTD, no sentido de não enunciarem como eixo (compromisso principal) todos os quatro objetivos estratégicos que a OIT vinculou ao Trabalho Decente. Essa característica é evidenciada pela ausência de direcionamento desses quatro objetivos aos eixos prioritários, embora muito dos temas suprimidos dos eixos sejam abordados de maneira tangencial nas linhas de ação.

O eixo prioritário, portanto, consubstancia o compromisso do Estado em desenvolver políticas e práticas orientadas à promoção daquele determinado conteúdo (tema) eleito como primacial. As linhas de ações, por sua vez, são os mecanismos pelos quais se pretende contemplar os eixos. Exatamente por esta qualidade instrumental das linhas de ações, os eixos prioritários portam-se como seus elementos direcionadores.

Nesse sentido, ao suprimir dos eixos prioritários determinado objetivo estratégico, abordando-o ou apenas tangenciando-o como linha de ação, as agendas retiram o caráter finalístico deste conteúdo como meta do Trabalho Decente e o atribuem a característica de um meio para atingir um compromisso principal, qual seja, o eixo prioritário.

A Agenda São Paulo⁵³ explicitamente se diz baseada nas prioridades da ANTD. Da primeira prioridade da ANTD — geração de mais e melhores empregos, com equidade de oportunidades e de tratamento — a Agenda São Paulo discrimina como seus eixos prioritários o desenvolvimento local sustentável; a equidade de gênero e raça no trabalho; a formalização, qualificação e redução da rotatividade; a saúde e segurança no trabalho, com jornada adequada; e a inserção digna no mundo do trabalho. Com inspiração na segunda prioridade da ANTD — erradicação do trabalho escravo e trabalho infantil, em especial em suas piores formas

⁵¹ MATO GROSSO. Secretaria de estado e assistência social. *Agenda pelo Trabalho Decente de Mato Grosso*. Cuiabá, 2011, p. 5.

⁵² MATO GROSSO. Secretaria de estado e assistência social. *Agenda pelo Trabalho Decente de Mato Grosso*. Cuiabá, 2011, p. 26-37.

⁵³ SÃO PAULO. Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo. *Agenda Municipal do Trabalho Decente de São Paulo*. São Paulo, 2016, p. 11.

—, definiram-se os eixos erradicação do trabalho infantil e do trabalho escravo. E, por fim, com base na terceira prioridade da ANTD — fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática —, discriminou-se o eixo “diálogo tripartite ampliado”. Assim, embora inspirada pela ANTD, a Agenda São Paulo destina eixo prioritário à proteção social com a designação “saúde e segurança no trabalho, com jornada adequada”. A promoção das normas fundamentais do trabalho, por outro lado, não é explicitada como eixo.

Do mesmo modo se comportam a Agenda Bahia⁵⁴ e a Agenda Curitiba⁵⁵. A primeira define como seus eixos prioritários o trabalho doméstico; a segurança e saúde do trabalhador; a juventude; a erradicação do trabalho infantil; o serviço público; a promoção da igualdade; a erradicação do trabalho escravo; e os biocombustíveis. Já a Agenda Curitiba direciona seus eixos para a equidade de gênero e raça; a saúde e segurança no trabalho; o trabalho infantil; o emprego e empreendedorismo para o desenvolvimento local sustentável; a equidade social; a formalidade; e a qualificação.

É de se notar, todavia, que as três agendas (São Paulo, Bahia e Curitiba) tratam da proteção social exclusivamente sob a ótica dos direitos atrelados à saúde no ambiente de trabalho, excluindo-se as outras facetas desse objetivo atinentes à seguridade social, como a proteção em situações de desemprego e de procura de emprego e à maternidade.

No que tange à promoção das normas fundamentais no trabalho, verifica-se uma indicação indireta nos eixos destinados à erradicação do trabalho infantil e à equidade.

O que se pode observar é que, muito embora a OIT confira aos quatro objetivos estratégicos a mesma relevância, as agendas brasileiras nacionais e sub-nacionais, sob a pretensa customização destes programas, atribuem uma valorização diferenciada aos objetivos.

Com isso, conclui-se que a ausência explícita de um eixo não indica falta de abordagem, no programa, sobre os conteúdos de alguns temas pertinentes aos objetivos estratégicos do Trabalho Decente. Isto é, estes conteúdos podem estar distribuídos por diversos eixos com outras denominações distintas da redação literal designada aos objetivos estratégicos. Por exemplo, inexistente na Agenda Nacional um eixo específico para a proteção dos direitos fundamentais no trabalho, porém, o tema é desenvolvido em outros eixos, como a erradicação do trabalho análogo ao escravo, exatamente relacionado a esse tema. Desse modo,

⁵⁴ BAHIA. Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. *Agenda Bahia Trabalho Decente*. Salvador, 2007, p. 7-17.

⁵⁵ CURITIBA. Secretaria Municipal do Trabalho e Emprego. *Agenda Curitiba Trabalho Decente*. Curitiba, 2012, p. 14-46.

a mera abstração nominativa não significa que a matéria não foi retratada na agenda, assim como a designação de eixo não remete de forma direta que o conteúdo foi suficientemente abordado.

Por outro lado, ignorar a importância da designação de um eixo é desconsiderar os fundamentos teóricos da concepção de Trabalho Decente segundo os parâmetros da OIT, na medida em que os tais quatro objetivos estratégicos são apresentados, desde sempre, como conformadores da própria figura objeto da promoção que se pretende com as agendas. Sob esta ótica, parece lógico concluir que a cada um dos quatro objetivos estratégicos deva corresponder um eixo estratégico de toda e qualquer agenda de Trabalho Decente, até porque conferir um eixo especial e privativo à determinada matéria oportuniza maior concentração de linhas de ação, a incrementar, conseqüentemente, as chances de implementação do objetivo perseguido. Assim, inexistindo um eixo reservado à proteção social, como ocorre na ANTD, as linhas de ação voltadas a este projeto tendem a um propósito final não peremptoriamente atrelado à proteção social, mas à geração de empregos. As linhas de ação, neste exemplo, tangenciam a proteção social não como meta, mas como veículo para consecução de um outro objetivo.

Fora deste padrão, a Agenda Bahia⁵⁶ adere a eixos extremamente específicos e que não foram contemplados nas demais agendas, voltados para os trabalhadores domésticos e servidores públicos, categorias essas pouco ou nenhuma vez apresentadas nos outros programas brasileiros. Neste ponto, importante ressaltar que, à época da formulação das agendas Nacional, Bahia, Juventude, Mato Grosso e Curitiba, os trabalhadores domésticos não gozavam de uma legislação específica atualizada.

O MONITORAMENTO DO TRABALHO DECENTE NO BRASIL⁵⁷

A forma de mensuração do Trabalho Decente perpassa os debates na OIT desde o seu lançamento e sua principal dificuldade se revela na sistematização de indicadores que possam retratar a realidade empírica dos seus quatro objetivos estratégicos. Anker *et al.*, a despeito de terem proposto, com vanguarda, em estudo divulgado pela própria OIT, um grupo de indicadores para a mensuração da promoção do Trabalho Decente, assinalaram que a construção dos indicadores ocorre com o tempo e as realidades regionais e nacionais demandariam indicadores próprios⁵⁸.

⁵⁶ BAHIA. Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. *Agenda Bahia Trabalho Decente*. Salvador, 2007. p. 7-13.

⁵⁷ Não se pretende, neste tópico, avaliar a efetividade (os resultados) da promoção do Trabalho Decente no país, mas sim a forma eleita para o monitoramento das ações planejadas nas agendas.

⁵⁸ ANKER, R. et al. La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos. *Revista Internacional del trabajo*, v. 122, n. 2, p. 161-195, 2003 p. 162.

Com vistas a um projeto de acompanhamento das políticas nacionais de Trabalho Decente, adotou-se, em 2008, no âmbito da 97ª Conferência Internacional do Trabalho, a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, na qual, dentre outras medidas, sugere-se aos Estados Membros “o estabelecimento, se necessário com o auxílio da OIT, de indicadores ou estatísticas apropriados, para verificar e validar os progressos realizados”⁵⁹.

Não obstante, no mesmo ano de 2008, como conclusão de um encontro tripartite de peritos sobre medição de Trabalho Decente, embora com certa resistência por parte do grupo dos empregadores, deu-se, com inspiração no aludido estudo de Anker *et al.*, a seleção de dez áreas temáticas para a designação de indicadores: oportunidades de emprego; rendimentos adequados e trabalho produtivo; jornada de trabalho decente; combinação entre trabalho, vida pessoal e vida familiar; trabalho a ser abolido; estabilidade e segurança no trabalho; igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego; ambiente de trabalho seguro; seguridade social; e diálogo social e representação de trabalhadores e empregadores⁶⁰. Demais disso, adicionou-se uma categoria “contexto econômico e social do Trabalho Decente”, sob a proposta de relacionar os dados coletados pelos indicadores ao período de análise a fim de se permitir verificar as repercussões econômicas e sociais no âmbito do trabalho⁶¹.

Tal não se converteu, todavia, em referencial globalmente aceito e reproduzido, plenamente, nos níveis nacionais, tampouco foi objeto de adoção entusiasmada da academia, sendo certo que as produções acadêmicas internacional e nacional apresentam distintas propostas, algumas até mesmo de índices sintéticos para a medição do Trabalho Decente⁶².

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração sobre a justiça social para uma globalização equitativa*. Genebra, 2008a, p. 9.

⁶⁰ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Tripartite Meeting of Experts on the Measurement of Decent Work*: Chairperson's report. Genebra: OIT, 2008b, p. 25-27.

⁶¹ Em 2009, exatamente esses mesmos indicadores constaram do guia produzido pela OIT com conjuntos de indicadores para a medições atinentes às relações de trabalho de cada um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS – “Agenda 2030”), incluindo o Objetivo nº 8, que trata da promoção do Trabalho Decente (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Guide to the new Millennium Development Goals Employment Indicators: including the full set of Decent Work Indicators*. Geneva: ILO, 2009). Posteriormente, em 2013, uma versão aperfeiçoada de indicadores, mas com a manutenção daqueles onze grupos, foi objeto da edição pela OIT de um guia sobre indicadores estatísticos e normativos de Trabalho Decente (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Decent work indicators: guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators*. ILO manual: second version. Geneva: International Labour Office, 2013).

⁶² BRANCHI, Bruna. Qualidade do trabalho: uma proposta de índice de trabalho decente e sua aplicação às Unidades da Federação Brasileira. *Espacio Abierto*, Zulia, n. 4, v. 26, p. 131-160, out./dez. 2017; PICANÇO, Felícia Silva. Juventude e trabalho decente no Brasil: uma proposta de mensuração. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 75, 569-590, set./dez. 2015; PAULINO, Ana

No Brasil, a partir do projeto “Monitorando e Avaliando o Progresso no Trabalho Decente (MAP)”, financiado pela União Europeia, também foram discutidos possíveis indicadores de Trabalho Decente. O projeto, subsidiado por organismos governamentais, institutos nacionais de estatísticas, organizações sindicais e patronais e instituições de pesquisa, tem como objetivo monitorar e avaliar seus progressos rumo ao Trabalho Decente⁶³. Na oficina realizada, de modo similar ao ocorrido na OIT, o representante do grupo dos empregadores manifestou apreensão sobre a possível eleição de um índice sintético e eventuais comparações que pudessem a vir serem cotejadas no âmbito internacional⁶⁴.

A tensão de interesses posta à prova pelo diálogo social também se fez presente no momento em que se pode notar um forte posicionamento por parte do grupo dos empregadores, inclusive sob a forma de contestação até mesmo de preceitos institucionais da OIT. Em declaração realizada na abertura daquela oficina, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) questionou a validade de indicadores como o da terceirização, ao passo que o representante da Nova Central Sindical dos Trabalhadores (NCST/DF) reforçou os problemas advindos dessa forma de contratação⁶⁵. Neste ponto, ressalta-se que nenhum dos relatórios oficiais destinados a medir o Trabalho Decente no Brasil traz consigo um indicador para avaliar a terceirização. Aliás, nenhum desses tampouco adotou, na integralidade, aquele modelo de indicadores adotado pela OIT.

O primeiro relatório talhado a descrever o itinerário dos dados atinentes ao desenvolvimento do Trabalho Decente no Brasil foi publicado em 2009 e recebeu o título “Perfil do Trabalho Decente no Brasil”⁶⁶. Este relatório faz uma análise nacional do período entre 1992 e 2007, segundo os indicadores definidos conforme a disponibilidade de dados à época e, posteriormente, alocados em áreas temáticas que foram definidas no mesmo modelo da OIT. Quando possível, os indicadores foram desagregados em sexo, raça e domicílio (urbano e rural).

Em 2012, é lançada a segunda edição do conjunto de indicadores para avaliar o Trabalho Decente, intitulado de “Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um

Yara; VILMAR, Maria Lúcia; BALTAR, Ronaldo. *Índice de trabalho decente nas empresas: proposições para uma metodologia*. São Paulo, 2007.

⁶³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Monitorando e Avaliando o Progresso no Trabalho Decente (MAP)*. Brasília: OIT, 2011, p. 2.

⁶⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Oficina de consulta tripartite sobre indicadores de trabalho decente para o Brasil*: Brasília/DF, 11 e 12 de agosto de 2009. Genebra: OIT, 2009, p. 2.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Oficina de consulta tripartite sobre indicadores de trabalho decente para o Brasil*: Brasília/DF, 11 e 12 de agosto de 2009. Genebra: OIT, 2009, p. 8.

⁶⁶ ESCRITÓRIO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil*. Brasília e Genebra: OIT, 2009, p. vii.

olhar sobre as unidades da federação”. Este relatório compreende, predominantemente, o período da segunda metade dos anos 2000⁶⁷. Tratando-se de uma versão mais aprimorada, tal distingue-se do primeiro relato de 2009 pela inclusão de dados individualizados referentes às vinte e sete unidades da federação. Além disso, contando com mais de cem indicadores, o segundo relatório acrescentou a área de análise “empresas e trabalho decente”⁶⁸.

Para a esfera municipal, o Escritório da OIT no Brasil, juntamente com o seu Departamento de Estatística (STATISTICS), situado em Genebra, em cooperação técnica com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e com a assistência da União Europeia, construiu um conjunto de indicadores para 5.565 municípios brasileiros⁶⁹.

Na quarta edição do “Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda”, elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) e lançado em 2015, dedicou-se um livreto especial à análise dos indicadores de Trabalho Decente no país, por meio do convênio estabelecido com o à época denominado Ministério do Trabalho e Previdência Social. Este relatório, não vinculado à OIT, examina o período de 2003 a 2015 e não tem como objetivo avaliar o cumprimento das metas traçadas no PNETD, mas fornecer aporte técnico para formulação de políticas públicas⁷⁰.

Muito embora somente o relatório do DIEESE expressamente informe não ter como fim a análise das propostas no PNETD, percebe-se nos demais documentos destinados a avaliar o Trabalho Decente no Brasil que os indicadores lavrados também não são alusivos aos compromissos descritos no PNETD, programa este, como já apontado, que complementa a Agenda Nacional, porquanto incumbido de materializar os objetivos e metas dos objetivos da ANTD. Referindo-se ao Trabalho Decente em cento e trinta tabelas, com indicadores divididos conforme sua área temática, o segundo relatório de Perfil do Trabalho Decente no Brasil não reserva campo para abordar as metas elencadas no PNETD e o nível de efetividade das ações ali enunciadas.

Essa ausência de correlação entre os indicadores dos relatórios estatísticos brasileiros sobre Trabalho Decente e as metas definidas no PNETD permite que,

⁶⁷ GUIMARÃES, José. Ribeiro. Soares. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as Unidades da Federação durante a segunda metade da década de 2000*. Brasília: OIT, 2012.

⁶⁸ GUIMARÃES, José. Ribeiro. Soares. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as Unidades da Federação durante a segunda metade da década de 2000*. Brasília: OIT, 2012, p. 337-371.

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sistema de indicadores municipais de Trabalho Decente*. Disponível em: <<http://www.bsb.ilo.org/simtd/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁷⁰ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda 2015: Indicadores da Agenda de Trabalho Decente*. São Paulo: Dieese, 2015, p. 10.

mais uma vez, a ANTD seja posta em xeque como um instrumento de fato apto a orientar a consecução de políticas públicas sujeitas a monitoramento fidedigno.

Para o monitoramento das agendas subnacionais de Trabalho Decente, em que pese a previsão nos referidos programas, não foram encontrados, junto às ferramentas virtuais de busca, indicadores à semelhança dos relatórios elaborados em conjunto com a OIT. Nesse sentido, como já mencionado, foram desenvolvidos indicadores para avaliar o Trabalho Decente apenas nos municípios, todos padronizados, mesmo para os municípios que tenham agenda própria de Trabalho Decente.

Embora com a proposta de melhor retratar os complexos fatores que envolvem o mundo do trabalho, os inúmeros indicadores de Trabalho Decente também causam hesitação do ponto de vista prático, uma vez que tornam o processo de monitoramento menos acessível à sociedade civil. Discorrendo sobre o tema, Sehnbruch et al.⁷¹ explicam que, a despeito dos índices sintéticos — como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) — serem reduzidos a um parâmetro simplificado para retratar uma situação complexa, constituem uma ferramenta eficaz para promoção de agendas políticas. Um conjunto de indicadores, por outro lado, ainda que mais sofisticados, são muito complexos para comunicação com o público em geral.

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A ATUAÇÃO SINDICAL NA CONSTRUÇÃO DAS AGENDAS BRASILEIRAS DE TRABALHO DECENTE

As constatações até o momento compiladas suscitam reflexões críticas acerca do processo de concepção, do conteúdo e do monitoramento das agendas brasileiras de Trabalho Decente, algo que se pode perceber a partir da ANTD.

Tratando do conteúdo da ANTD, aturde o fato de a proteção dos direitos humanos nas relações do trabalho e a ampliação da proteção social não terem para si garantido um espaço próprio e explícito dentro do rol de eixos temáticos da Agenda, circunstância que chama a atenção principalmente em tempos de recentes reformas trabalhista previdenciária brasileiras, já concretamente cogitadas ao tempo da primeira agenda nacional. É patente que uma das propostas da OIT para as agendas consiste em atender às particularidades locais, entretanto, esta margem de discricionariedade para o conteúdo desses programas deve ser limitada tanto pelas possibilidades dos países e regiões, como também pelos preceitos aduzidos pela OIT ao propósito do Trabalho Decente, dentre eles, notadamente, os quatro objetivos estratégicos. Vale lembrar que, ao firmar o Memorando de Entendimento

⁷¹ SEHNBRUCH, Kirsten. et al. Human Development and Decent Work: Why some Concepts Succeed and Others Fail to Make an Impact. *Development And Change*, [s.l.], v. 46, n. 2, p.197-224, mar. 2015, p. 217.

com a OIT, o governo brasileiro comprometeu-se a cooperar na promoção dos quatro objetivos estratégicos, não tendo, contudo, os considerado com a mesma importância, quando da estipulação dos eixos da ANTD⁷².

Não parece crível que apenas a propalada “maleabilidade” dos programas nacionais de Trabalho Decente fundamente, *per si*, um tratamento desigual entre os objetivos estratégicos desde sempre relacionados à promoção objeto da cooperação internacional empreendida. Nesta linha da necessidade de justificação das opções adotadas, a ANTD afigura-se deficiente, porque carece de informações que permitam aferir, com base em dados concretos, a preterição da proteção dos direitos humanos no trabalho e a ampliação da salvaguarda social seus como eixos. Em sendo assim, não é despropositado aduzir que há certa incongruência dos eixos da ANTD com os objetivos do Trabalho Decente, porquanto insuficientemente abordados esses últimos.

A despeito do predomínio do Estado na consecução das agendas, em contraponto ao módico poder das entidades representativas, indaga-se o real alcance promocional dos direitos trabalhistas em virtude da participação das centrais sindicais, ainda que efetivamente detivessem expressiva influência no processo deliberativo, situação essa que, em princípio e idealmente, supõe-se mais favorável para delimitação do conteúdo de uma agenda, conquanto hoje notadamente deficitário.

No que tange ao tripartismo e ao diálogo social consultivo, sua observância parece evidentemente mitigada pela circunstância de a prerrogativa decisória sobre o conteúdo dos programas caber, estrita ou precipuamente, ao ente federativo vinculado, embora seja comum constar participação de outros atores sociais no processo de construção do documento, contudo sempre desarmada da capacidade de influir, com voto, na definição dos documentos. Assim, na medida que as propostas são decididas definitivamente pelo governo, os interesses expostos nas agendas podem não cingir suficientemente os interesses de grupos setoriais e socialmente em desvantagem no processo político e, por outro lado, guarnecer os daqueles que influem nesta ordem.

É certo que, desde sua origem, a participação das entidades representativas no âmbito da OIT relaciona-se com sua legitimidade. Diz-se que a institucionalização do tripartismo apareceu como uma alternativa “contrarrevolucionária” perante os crescentes movimentos comunistas e bolcheviques⁷³. O objetivo,

⁷² BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília, 2006. p. 10-17.

⁷³ MOORE, Phoebe. Legitimacy, Tribridity, and Decent Work Deficits. *Globalizations*, [s.l.], v. 11, n. 3, p.315-330, maio. 2014, p. 319. LAHOVARY, Claire. A Challenging Ménage à Trois? Tripartism in the International Labour Organization. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], p.204-236, 2015, p. 7.

portanto, seria conferir voz aos trabalhadores para que, então, a OIT ganhasse apoio da classe e, por conseguinte, maior legitimidade às suas decisões.

Não há, de fato, como se projetar diretamente o mesmo fenômeno que ocorrera na OIT para o processo de construção das agendas, pelo menos não no que diz respeito à neutralização dos movimentos da classe trabalhadora. Em verdade, a instituição de um projeto tripartite pode ser visto por duas óticas: a primeira, mais otimista, ressalta que a participação das entidades sindicais pode conferir algum tipo de representação da classe trabalhadora e, bem por isso, um possível entrave num espaço onde o capital notoriamente domina sob uma resistência limitada; a segunda, mais alinhada ao exemplo da constitucionalização do tripartismo na OIT, considera as comissões tripartites mais um espaço de negociação onde a classe trabalhadora deve ceder pautas para obter (ou preservar) direitos e garantias. Sob este último prisma, faz-se oportuna uma reflexão do sindicalismo brasileiro e sua crescente aposta à negociação.

Ao investigar o papel das centrais sindicais em face do neoliberalismo, Andréia Galvão⁷⁴ relembra que a Força Sindical, uma das centrais responsável por representar os trabalhadores na ANTD, posicionou-se favoravelmente à flexibilização das relações de trabalho, sob o argumento de um combate ao desemprego e à informalidade. A mesma central sindical também defendeu o Projeto de Lei n. 5.483/01, que objetivava adotar o predomínio do negociado sobre o legislado, modelo hoje vigente, após a edição da Lei n. 13.467/2017, conhecida como “Lei da Reforma Trabalhista”. A Central Única dos Trabalhadores (CUT) também se dispôs à negociação de pautas reformistas do governo de Fernando Henrique Cardoso, no intuito de legitimar-se perante os demais interlocutores⁷⁵.

Esses exemplos configuram um tempo marcado pela transição do sindicalismo de confronto para o propositivo, no qual a negociação espaço primordial na orientação política das centrais sindicais que, por sua vez, argumentam serem atuações mais viáveis e realistas⁷⁶.

É de se lembrar que tanto a CUT como a Força Sindical são as duas centrais com maior representatividade no Brasil. Isto é, além de agregarem consigo o maior número de sindicatos brasileiros, em termos quantitativos, também são as centrais com maior correspondência de trabalhadores sindicalizados. Assim, a mudança de postura do sindicalismo brasileiro alcança e tem como precursoras

⁷⁴ GALVÃO, A. *Sindicalismo e neoliberalismo*. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e Miséria do Trabalho No Brasil III*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 354.

⁷⁵ GALVÃO, A. *Sindicalismo e neoliberalismo*. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e Miséria do Trabalho No Brasil III*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 357.

⁷⁶ ANTUNES, R.; SILVA, J. B. da. Para onde foram os sindicatos? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial. *Caderno Crh*, [s.l.], v. 28, n. 75, p.511-527, dez. 2015, p. 516.

as duas principais organizações de trabalhadores no país, de forma que o modelo propositivo resultou numa atuação das centrais perante o governo, caracterizada como acordista e, perante os representantes patronais, negociista.

Jaime Hillesheim⁷⁷, ao tratar das práticas sindicais que colaboraram com as narrativas que vieram a aprovar a Reforma Trabalhista, defende a ideia de que o fomento dos sindicatos às atividades de negociação e de conciliação foi um mecanismo que ajudou a legitimar o argumento de que as normas de proteção do trabalho contidas na CLT seriam ultrapassadas, demandando, por isso, sua modernização.

Considerando que a maior parte das correntes sindicais próximas à linha da luta reivindicativa estavam reunidas na CUT, Boito Júnior e Antunes afirmam que o marco inicial da mudança de postura para o sindicalismo propositivo se deu desde sua IV Plenária Nacional, realizada no início da década de 1990, na qual definiu-se, a partir de sua corrente majoritária, a Articulação Sindical, que se deveria esmaecer daquele sindicalismo reivindicativo, pautado na valorização grevista, para um sindicalismo ordenado à elaboração de propostas políticas para posterior negociação⁷⁸.

A ação política de cooptação da cúpula do movimento sindical, em especial das centrais sindicais, intensificou-se justamente ao tempo da confecção da ANTD, por obra do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, sobretudo pela indicação de quadros desse campo para importantes cargos estatais⁷⁹.

É concebível, portanto, que o tripartismo como modelo orientador para a formulação de políticas públicas e programas trabalhistas é apenas uma peça de uma sistemática negocial que já se encontrava em vias de estruturação desde a década de 90 entre as centrais sindicais, o governo e o empresariado, fenômeno que se intensificou na primeira década do século XXI. Isso quer dizer que a prática do diálogo entre esses atores sociais, e em especial a participação das centrais sindicais como membros consultivos, não se trata de uma originalidade acrescida às agendas de Trabalho Decente. E mais, a negociação, atividade na qual há certa autonomia decisória dos sindicatos, vem se demonstrando como um ambiente onde a regra do jogo é ceder para garantir, ainda mais quando parte das centrais sindicais já nasce com um viés neoliberal conciliador e concorde com a flexibilização de direitos, do que é exemplo o “sindicalismo de resultados”

⁷⁷ HILLESHEIM, J. Aprendendo com a história: táticas sindicais que contribuíram para a contrarreforma trabalhista. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, [s.l.], v. 16, n. 2, p.297-312, 29 dez. 2017, p. 300-307.

⁷⁸ BOITO JÚNIOR, Armando. *Política Neoliberal e Sindicalismo no Brasil*. 1. Ed. São Paulo: Editora Xamã, 1999, p. 125; ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 199.

⁷⁹ ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 212-214.

adotado pela Força Sindical⁸⁰. Dessa maneira, questiona-se qual seria o verdadeiro poder das centrais sindicais na construção de programas promocionais do Trabalho Decente quando o poder econômico vence em um cenário de negociação.

Assim, para além da problemática da modalidade consultiva, já apontada neste trabalho, causa estranheza uma agenda construída com a participação de representantes dos trabalhadores desprover pautas mínimas, notadamente as orientadas pelos quatro eixos do Trabalho Decente. Sem embargo, dentro das possibilidades de uma agenda política onde a negociação é o regime orientador dos programas, independente da modalidade de diálogo social, não é possível garantir que seus conteúdos sejam promocionais, como se observa nos exemplos em que as centrais sindicais se apresentaram como interlocutoras de um dos polos da negociação.

Com efeito, o sindicalismo de Estado faz com que a mobilização esteja sempre sob a penumbra do atrelamento sindical a uma estrutura organizativa e funcional do Estado, naturalmente dissociada do interesse dos trabalhadores⁸¹.

Em vista deste cenário sindical — atualmente sobremaneira agravado pelas mudanças legislativas relativas apenas a seu custeio —, a mera reestruturação formal no processo deliberativo das agendas, ou até mesmo de outras políticas referentes ao trabalho construídas sob a lógica tripartite, não conferirá, necessariamente, pautas mais inclusivas e benéficas para os trabalhadores.

Primeiro porque eventual remodelação deste processo consultivo para um deliberativo possivelmente atribuiria uma descentralização paritária do poder. Isto é, à semelhança do modelo da OIT, representantes de empregadores e trabalhadores teriam o mesmo poder de voto e, nesse padrão e em um ambiente de cooptação sindical, o Estado ainda assim atuaria como o togado das decisões, por sua vez influídas ao controle do poder econômico.

O segundo motivo, já tratado, diz respeito às centrais sindicais que ora apoiaram reformas restritivas de direitos, ora adotam um comportamento mais passivo quando na presença de um governo aliado, tudo isso porque a negociação é um jogo no qual se cede para adquirir ou preservar direitos. O grande problema dessa sistemática é que a lógica da relação de trabalho não deve ou pelo menos não deveria ensejar um ambiente de abdicação ou restrição de direitos em prol de benesses justamente para aqueles que já configuram num polo privilegiado. O Estado, incumbido de mediar a relação entre esses dois atores conflitantes, em verdade tem ascensão sobre os sindicatos, ao tempo em que é subserviente ao manejo do capital.

⁸⁰ ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 206.

⁸¹ BOITO JÚNIOR, Armando. *O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. Campinas: Hucitec, 1991, p. 39.

Finalmente, as agendas de Trabalho Decente mostram-se como uma tentativa da OIT e dos governos locais de discutir as relações trabalho e os direitos humanos sob a perspectiva econômica capitalista, reconhecendo a necessidade de proteção em face do neoliberalismo desenfreado.

Embora as formas de diálogo social sejam postas como um instrumento democrático para a construção das agendas, o conteúdo resultado dessa atividade não contempla amplamente sequer os quatro objetivos estratégicos, ao menos segundo mostra a experiência brasileira. Entretanto, como explanado, não se pode afirmar que a razão pela qual os eixos das agendas se mostram deficitários é a modalidade de diálogo social eleita para a consecução desses programas. Por diversas vezes as centrais sindicais brasileiras apoiaram ou se viram na necessidade de apoiar pautas reformistas incompatíveis com a luta sindical, demonstrando que o sindicalismo no Brasil, como movimento categórico do trabalhador, encontra obstáculos na sua representatividade e atuação incisiva na conquista de direitos.

É de concluir, portanto, que os problemas de representatividade sindical e de cooptação pelo Estado que afligiram o sindicalismo brasileiro, ao menos até meados da segunda década do século XXI, e em especial as centrais sindicais, associados a um modelo de diálogo social fraco, colocam em xeque a natureza alegadamente democrática das agendas brasileiras de Trabalho Decente, o que certamente contribuiu para os apontados problemas de conteúdo e monitoramento desses programas.

CONCLUSÃO

Ao lançar a concepção de Trabalho Decente, buscando com isso a retomada do protagonismo internacional no tratamento global das questões do trabalho, a OIT, à toda evidência, preocupou-se em rever sua política de atuação baseada em intensa normatização, substituindo-a por um modelo proativo de fomento de seu escopo institucional, a partir da celebração de cooperação internacional individualizada.

A coadunar-se com tal modelo, a concepção de Trabalho Decente foi propositamente formulada sob uma ideia ao mesmo tempo flexível e com imprecisão instrumental. O que pode parecer um paradoxo, na verdade reflete o caráter operacional do Trabalho Decente, uma ideia revestida de um conceito de operacionalização relativamente aberta, mas que remete a quatro objetivos estratégicos enunciados de maneira precisa: proteger direitos humanos, criar empregos de qualidade, ampliar a proteção social e observar o diálogo social.

A abertura operacional da implementação do Trabalho Decente favorece a aproximação com os Estados e sua mobilização para a consecução da pretendida cooperação internacional, materializada na forma dos programas denominados “agendas”, nos quais a propalada maleabilidade conceitual fundamenta a discutível eleição “customizada” para cada Estado de seus eixos de atuação na

promoção do Trabalho Decente, eixos esses os quais, por sua vez, têm a si atreladas linhas de ação e metas a serem alcançadas.

O procedimento de confecção e o conteúdo das agendas nacional e subnacionais brasileiras examinadas neste estudo denotam que a maleabilidade da noção de programa de promoção de Trabalho Decente segundo as contingências do país foi elevada a um alto nível de desvinculação parcial, para dizer o menos, dos standards estabelecidos pela OIT para esse tipo de planificação, desde a definição dos objetivos centrais até a forma de monitoramento das ações enunciadas.

Corroboram esta conclusão: o fraco diálogo social empreendido precedentemente à definição das agendas, no mais das vezes realizado ao modo de simples consulta de atores sociais, com concentração de decisão nas mãos do ente federado envolvido, não confrontado por entidades sindicais que vivenciam cooptação estatal e crise de representatividade; o alto grau de discricionariedade na definição dos eixos prioritários de atuação, a ponto de, em alguns casos, não se admitir como diretrizes primaciais das ações a salvaguarda dos direitos humanos e a ampliação da proteção social, exatamente os elementos cruciais para a detenção da sanha do capital sobre a exploração do trabalho; a ausência de transparência quanto aos dados considerados para estabelecimento de eixos, linhas de ação e metas; e, por fim, a dissociação entre indicadores usados por estudos alegadamente realizados com vistas ao monitoramento do cumprimento das agendas e as linhas de ação e metas nessas definidas.

Neste contexto, não se afigura desarrazoado negar às agendas brasileiras nacional e subnacionais para o Trabalho Decente a condição de programas plenamente aptos à execução e monitoramento orientados ao combate efetivo das condições laborais precarizadas ordinariamente verificadas neste país.

Bem por isso, as agendas brasileiras parecem ainda carecer de compromisso político e aperfeiçoamento que as façam romper com a sensação de consubstanciarem instrumento retórico, passando à concretização do alegado propósito eminentemente operacional da ideia de Trabalho Decente.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Lais. Trabalho Decente: o itinerário de uma proposta. *Bahia Análise e Dados*, Salvador, v. 20, n. 2/3, p. 151-171, jul./set. 2010.
- ANKER, R. *et al.* La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos. *Revista Internacional del trabajo*, v. 122, n. 2, p. 161-195, 2003.
- ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ANTUNES, Ricardo; SILVA, Jair Batista da. Para onde foram os sindicatos? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial. *Caderno Crh*, [s.l.], v. 28, n. 75, p.511-527, dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-49792015000300005>.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792015000300511&lng=pt&tng=pt>. Acesso em: 15 set. 2019.

BAHIA. Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. *Agenda Bahia Trabalho Decente*. Salvador, 2007. Disponível em: <<http://otdugt.com.br/arquivos/agendabahia.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; BONAMIM, Isadora Rezende; VOLTANI, Julia de Carvalho. Trabalho Decente segundo a OIT: uma concepção democrática? Análise crítica à luz da teoria do contrato social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, p. 1–36, 2019.

BOITO JÚNIOR, Armando. *O sindicalismo de Estado no Brasil: uma análise crítica da estrutura sindical*. Campinas: Hucitec, 1991.

BOITO JÚNIOR, Armando. *Política Neoliberal e Sindicalismo no Brasil*. 1. Ed. São Paulo: Editora Xamã, 1999.

BRANCHI, Bruna. Qualidade do trabalho: uma proposta de índice de trabalho decente e sua aplicação às Unidades da Federação Brasileira. *Espacio Abierto*, Zulia, n. 4, v. 26, p; 131-160, out./dez. 2017. Disponível em: <<http://produccioncientificaluz.org/index.php/espacio/article/view/23424/23608>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude*. Brasília, 2001, 60p. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_302678.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Agenda Nacional do Trabalho Decente*. Brasília, 2006. 20p. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226229.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria MTE n.º 447, de 19 de agosto de 2004. Brasília: *Diário Oficial da União*, DF, p. 81, ago. 2004. Seção 1.

BRASIL. *Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente: gerar emprego e Trabalho Decente para combater a pobreza e as desigualdades sociais*. Brasília, DF, 2010. 44 p. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226249.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 287 de 2016*. Brasília, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1527338&filename=EMC+3/2017+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016>. Acesso em: 06 jan. 2019.

CANESTRELLI, Ana Paula. *Agendas de Trabalho Decente. Pesquisa. PUC CAMPINAS*. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por: <isabonamim@gmail.com>. em: 18 jul. 2018.

CARAJÁS. *Agenda Regional do Trabalho Decente de Carajás*. Carajás, 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_626909.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunião. *Memoria Del Director General del Trabajo Decente*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo

Ginebra, 1999. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

CURITIBA. Secretaria Municipal do Trabalho e Emprego. *Agenda Curitiba Trabalho Decente*. Curitiba, 2012. 48p. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_302684.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda 2015: Indicadores da Agenda de Trabalho Decente*. São Paulo: Dieese, 2015. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/anuario/2015/sistPubLivreto7TabalhoDecente.html>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ESCRITÓRIO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil*. Brasília e Genebra: OIT, 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226245.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

GALVÃO, Andreia. Sindicalismo e neoliberalismo. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e Miséria do Trabalho No Brasil III*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 353-388.

GHAJ, Dharam. *Decent work: Concepts, models and indicators*. Geneva: International Institute For Labour Studies, 2002. Disponível em: <http://hdrnet.org/131/1/Decent_work_concepts_models_and_indicators.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

GUIMARÃES, José Ribeiro Soares. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as Unidades da Federação durante a segunda metade da década de 2000*. Brasília: OIT, 2012. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_234424.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

HILLESHEIM, Jaime. Aprendendo com a história: táticas sindicais que contribuíram para a contrarreforma trabalhista. *Textos e Contextos*, Porto Alegre, [s.l.], v. 16, n. 2, p.297-312, 29 dez. 2017. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/28375>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Decent work indicators: guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators*. ILO manual: second version. Geneva: International Labour Office, 2013.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Guide to the new Millennium Development Goals Employment Indicators: including the full set of Decent Work Indicators*. Geneva: ILO, 2009.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Tripartite Meeting of Experts on the Measurement of Decent Work*: Chairperson's report. Genebra: OIT, 2008b, p. 25-27.

ISHIKAWA, Junko. *Key features of national social dialogue: a social dialogue resource book*. Geneva: International Labour Office, 2003. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.455.5615&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

LAHOVARY, Claire. A Challenging Ménage à Trois? Tripartism in the International Labour Organization. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], p.204-236, 2015. Elsevier BV. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2684455>. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2684455>. Acesso em: 11 ago. 2018.

LIMA, Patrícia Lacerda Trindade de; Organização Internacional do Trabalho; OIT Escritório no Brasil. *Narrativa da Agenda Bahia do Trabalho Decente*. Brasília: OIT, 2016. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilgia/documents/publication/wcms_624005.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

MATO GROSSO. Secretaria de estado e assistência social. *Agenda pelo Trabalho Decente de Mato Grosso*. Cuiabá, 2011. Disponível em: <<http://otdugt.com.br/arquivos/agendamatosgrossopdf>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

MOCELIN, Daniel Gustavo. Do Trabalho Precário ao Trabalho Decente? A qualidade do emprego como perspectiva analítica. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 42, n. 2, p.47- 62, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/432/414>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

MOORE, Phoebe. Legitimacy, Tribidity, and Decent Work Deficits. *Globalizations*, [s.l.], v. 11, n. 3, p.315-330, maio. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1080/14747731.2014.895250>. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14747731.2014.895250>>. Acesso em: 20 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração sobre a justiça social para uma globalização equitativa*. Genebra, 2008a. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilgia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Monitorando e Avaliando o Progresso no Trabalho Decente (MAP)*. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcms_175762.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Oficina de consulta tripartite sobre indicadores de trabalho decente para o Brasil*: Brasília/DF, 11 e 12 de agosto de 2009. Genebra: OIT, 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcm_041775.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sistema de indicadores municipais de Trabalho Decente*. Disponível em: <<http://www.bsb.ilo.org/simtd/>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sistema de indicadores municipais de Trabalho Decente*. Disponível em: <<http://www.bsb.ilo.org/simtd/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015*. Brasília, 2006. 86p. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilgia/documents/publication/wcms_226226.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma década de Trabalho Decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/--ilo-brasilia/documents/publication/wcms_467352.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

PAULINO, Ana Yara; VILMAR, Maria Lúcia; BALTAR, Ronaldo. *Índice de trabalho decente nas empresas: proposições para uma metodologia*. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/2003658/%C3%8Dndice_de_Trabalho_Decente_nas_Empresas_proposi%C3%A7%C3%B5es_para_uma_metodologia>. Acesso em: 06 jan. 2019.

PICANÇO, Felícia Silva. Juventude e trabalho decente no Brasil: uma proposta de mensuração. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. 75, 569-590, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v28n75/0103-4979-ccrh-28-75-0569.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

RODGERS, Gerry. El trabajo decente como una meta para la economía global. *Boletín Cinterfor*, n. 153, p. 9-28. Montevideo, Uruguai, 2002. Disponível em: <https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/roder.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2019.

SÃO PAULO. Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo. *Agenda Municipal do Trabalho Decente de São Paulo*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Agenda%20Trabalho%20Decente.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

SEHNBRUCH, Kirsten. et al. Human Development and Decent Work: Why some Concepts Succeed and Others Fail to Make an Impact. *Development And Change*, [s.l.], v. 46, n. 2, p.197-224, mar. 2015. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/dech.12149>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

TAXA de sindicalização cai para 12,5% em 2018 e atinge menor nível em sete anos. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Agência IBGE Notícias*, Brasília, 18 dez. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26423-taxa-de-sindicalizacao-cai-para-12-5-em-2018-e-atinge-menor-nivel-em-sete-anos>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

URIARTE, Oscar Ermida. Trabajo decente y formación profesional. *Boletín Cinterfor*, n. 151, p. 9-26. Montevideo, Uruguai, 2001. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public//spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/151/index.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2019.

VAN DAELE, J. The International Labour Organization (ILO) in Past and Present Research. *International Review of Social History*, 53(3), 485-511, 2008. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/FADBC7A7DC66CB9225745DE537D176B8/S0020859008003568a.pdf/international_labour_organization_ilo_in_past_and_present_research.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

FINIS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AINDA FAZ SENTIDO DEFENDER O CARÁTER PREVENTIVO DA PENA E A NECESSIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO?

THE PURPOSE OF THE PENALTY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: STILL MAKES SENSE TO DEFEND THE PREVENTIVE CHARACTER OF THE PENALTY AND THE NEED FOR THE RELEASE OF THE CONVICTED?

*Pedro Henrique Demercian**
*Tiago Caruso Torres***

RESUMO

A função e a finalidade da pena nunca foram bem explicadas pelo Direito Penal, ora porque as discussões dogmáticas não são sequer verificadas na prática, ora porque a prática reconduz questionamentos que colocam em xeque o próprio sentido teórico-científico da imposição de pena ao condenado. Como este assunto nunca descansou no remansoso campo das questões penais pacificadas, o presente artigo visa contribuir de maneira positiva para o debate trazendo para o leitor o necessário confronto entre a teoria e a prática, buscando, ao fim, extrair de ambas o que ainda resta como verdadeira essência da pena estatal.

Palavras-chave: Teorias da pena. Finalidades da pena. Prevenção. Ressocialização.

ABSTRACT

The function and the purpose of the sentence has never been well explained by criminal law, either because dogmatic discussions are not even verified in practice, or because the practice brings back questions about

* Professor Assistente-Doutor nos cursos de Graduação e de Pós-graduação da PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Procurador de Justiça Criminal. E-mail: pedrodemercian@gmail.com.

** Doutorando e Mestre em Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em *Compliance* pela GVLaw/FGV. Advogado criminalista. E-mail: carusotorres@gmail.com.

the reason of imposing sentence on the condemned person. As this subject has never rested in the reminiscent field of pacified criminal matters, this article aims to contribute positively to the debate bringing the necessary discussion between theory and practice, seeking, in the end, to extract from both what remains as the true essence of the state's punishment.

Keywords: Theories of the penalty. Purposes of the penalty. Prevention. Resocialization.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo investigar se os almejados fins preventivos e ressocializadores da pena ainda encontram respaldo para serem defendidos no atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não é novidade que a realidade coloca em xeque a verificação dos fins preventivos e ressocializadores da pena. A estrutura prisional brasileira aliada ao encarceramento em massa e aos altos índices de reincidência parecem afastar a pena destas metas. Contudo, não é somente a prática que refuta a teoria. Existem diversas críticas dogmáticas que se impõem sobre a legitimidade destas duas bandeiras enquanto fundamento a legitimar a imposição da pena pelo Estado.

Este estudo pretende, portanto, verificar estes dois entraves a estas duas missões da pena. *A proposta é não só apresentar teorias ao leitor, mas propor um debate crítico da dogmática, de modo a se verificar a pertinência destas teorias.*

Para não se repetir o equívoco de distanciar a teoria da dura realidade que cotidianamente bate à porta do jurista, serão apontados os atuais entraves da nossa sociedade para que a pena cumpra com o seu objetivo de ressocializar o condenado. Ao final, será verificado se é possível extrair algum substrato que ainda confira um mínimo de coerência a legitimar esse tipo de sanção penal.

Assim, ante as dificuldades da teoria dos fins da pena (por exemplo, sobre sua indemonstrabilidade, duvidosa eficácia e antigas contradições), inaugura-se o presente artigo com a seguinte pergunta: seria mais factível em termos reais, e cientificamente preferível, construir ou fundamentar um sistema penal unicamente a partir dessa teoria¹?

FINS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fins da pena a partir de Marquês de Beccaria (século XVIII)

Um dos mais marcantes gritos humanistas foi, sem dúvidas, o bradado por Cesare Bonesana nas linhas que compõem a sua mais famosa obra, *Dei Delitti e dele Pene*, escrita em 1764.

¹ A pergunta é formulada por Luis Regis Prado em Teoria dos fins da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, v. 0, 2004, p. 143.

Já no século XVII, Marquês de Beccaria afirmou que “o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido [...]. O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”².

A aplicação da filosofia francesa à legislação penal da época, não só levou Beccaria a se opor aos julgamentos secretos, à desigualdade diante da sanção e à atrocidade do suplício, como também o fez repudiar o pseudodireito de vingança, considerar sem sentido a pena de morte e a pena infamante e estabelecer limites entre o pecado e o crime.

Diante disso, com desassombro, Beccaria extrai, pela primeira vez, o que ele denomina de um *teorema geral muito útil*:

para que toda a pena não seja violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, devendo, porém, ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis³.

Logo, sua conclusão não é nada menos do que os pilares até hoje debatidos sobre os fins da pena, com a ressalva de que no século XVIII, Beccaria já havia salientado que o grau das penas deve ser relativa ao estado da própria nação de modo tal que, quanto mais a nação fosse insegura, mais fortes deveriam ser as penas nesta sociedade⁴.

Teorias da pena

A partir destes postulados propostos por Beccaria, é possível entender o que a ciência do direito passou a denominar de *teorias da pena*: foram atribuídos critérios para se classificar as características da pena, o que levou à tripartição clássica consistente na divisão entre teorias absolutas, teorias relativas e teorias unificadoras da pena.

Teorias absolutas: a pena como retribuição

Para essa teoria, a pena tem função meramente retributiva, como um castigo merecido ao agente infrator pelo mal causado por sua conduta. A ideia da pena é muito a uma forma de vingança e ao desejo de se realizar justiça, tornando essa sanção um fim em si mesma e uma mera consequência do delito praticado⁵.

² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2010, p. 52.

³ *Idem*, p. 147.

⁴ *Ibidem*.

⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993, p. 102. Há uma proximidade entre Direito e Religião que também aproxima o conceito de crime à ideia de pecado, que então justificaria uma punição pelo mal causado.

Nesse sentido, revela Claus Roxin que:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal que merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato por ele cometido. Se fala aqui em uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculando’ de seu efeito social⁶.

Desta forma, não se defende, por essa via, razões utilitárias. Ao Estado cabe apenas impor a pena como resposta ao mal praticado pelo agente transgressor, sendo a imposição da pena decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação)⁷.

Contudo, o conceito clássico de retribuição é indemonstrável e possui base praticamente despida de racionalidade.

Teorias relativas: a pena como prevenção

Já as teorias relativas, têm por objetivo prevenir a ocorrência de novas infrações penais, não tendo relevância alguma a punição do agente (retribuição). A pena seria o instrumento de garantia social para se antever que o infrator volte a delinquir e, desta forma, as razões desta teoria são pautadas pela utilidade social.

O fundamento ontológico das teorias relativas pode também ser encontrado em Beccaria quando ele defende que “é melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida”⁸.

As teorias relativas se subdividem em *prevenção geral* e *prevenção especial*, sendo cada uma destas duas categorias ainda classificadas em *positiva* e *negativa*.

Enquanto a *prevenção geral* visa controlar a violência na sociedade, buscando diminuí-la ou evitá-la, a *prevenção especial* destina-se diretamente ao condenado com o fim de evitar a sua reincidência⁹.

Nesse contexto, o primeiro alerta a ser feito é que objetivo de se prevenir, de forma geral, a prática de crimes na sociedade por meio da aplicação da

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Canllado e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2008. t. I, p. 81-82. Nossa tradução livre para o português.

⁷ PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 144.

⁸ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p. 27.

⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 111.

pena tem por base uma ideia da pena como instrumento de intimidação¹⁰. Esta intimidação atua como um freio à conduta do indivíduo. Assim, a ameaça de pena infundiria um temor na consciência de pessoas possivelmente voltadas para o crime, de tal forma que esta intimidação resultante da ameaça de pena concorreria para a prevenção geral, compelindo o agente a obedecer a norma.

Winfried Hassemer é bastante preciso ao esclarecer o fundamento da prevenção geral:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através de resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito, esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade¹¹.

Contudo, não só o caráter intimidador da pena incompatibiliza essa almejada prevenção geral com um modelo de Estado Democrático de Direito, como também vilipendia o princípio da dignidade da pessoa humana ao usar um indivíduo como instrumento (objeto) de punição para que outros não delinquam. Enquanto isso, na prática, só o fato de serem observados altos índices de reincidência já é prova suficiente de que a prevenção geral é ineficaz¹².

Pretender reduzir a violência e a prática de novos crimes pela mera ameaça da pena é conceder ao Estado um poder sem limite para se buscar estes resultados que, ao fim e ao cabo, equivalem a autorizar o castigo como forma de se cumprir tal intimidação.

Portanto, o que sobra para a prevenção geral positiva da pena é uma teoria dogmaticamente *ilegítima e inconstitucional* e pragmaticamente *incoerente e ineficaz*. Ela não traz nenhum acréscimo para os fins da pena posto que não deixa de ser, repetidamente, apenas outra forma de se fundamentar a pena como mera retribuição à conduta do condenado¹³.

Já a prevenção especial se concentra na pessoa do criminoso. Ao contrário da prevenção geral que se dirige para a sociedade, intimidando a coletividade, a prevenção especial visa evitar que o agente infrator volte a delinquir futuramente¹⁴.

¹⁰ Paul J. A. R. Feuerbach a denominou de *teoria da coação psicológica*, cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 112.

¹¹ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34.

¹² Nesse sentido, ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986, p. 22-23.

¹³ PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 146-147.

¹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 81.

A prevenção especial seria, então, revestida de um caráter ressocializador, com o objetivo de corrigir o indivíduo e recapacitá-lo para a vida em sociedade. Contudo, logo de saída, é preciso observar que, como o direito penal tem a função de proteger determinados bens jurídicos, fundamentar a pena apenas na necessidade de evitar que certos agentes perigosos venha a lesá-los futuramente é caminhar em direção a um direito penal do autor¹⁵.

Ademais, quando for impossível demonstrar, no caso concreto, que aquele sujeito infrator necessita de determinada correção – ou seja, quando o indivíduo já estiver devidamente socializado quando da prática do crime –, não haverá fundamento algum para a imposição da pena com fundamento na prevenção especial e, nessa hipótese, o Estado deve, necessariamente, deixar de aplicar a pena para esse condenado¹⁶.

Logo, além de a prevenção especial ter nítido viés absolutista e arbitrário ao querer impor uma verdade única e afastar o direito de ser diferente, tão caro às democracias¹⁷, essa teoria não parecer ser minimamente idônea para fundamentar a aplicação da pena porque ela não consegue delimitar os seus pressupostos e consequências e também porque ela não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição, nos quais o indivíduo não precisa ser ressocializado.

Teoria mista ou unificadora: a tríplice finalidade da pena

Para além dessa dicotomia, as teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um único conceito os fins da pena, colhendo os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Deste modo, a pena é aqui vista como um fenômeno complexo e único que visa, ao mesmo tempo, a retribuição, a prevenção e a ressocialização do indivíduo¹⁸.

A teoria unificadora, portanto, sugere que a pena deve ter um caráter triplo, servindo para desmotivar as pessoas ao cometimento de crimes, intimidando o criminoso a não mais delinquir, e se figurando como instrumento de punição pelo mal já praticado¹⁹.

Entre nós, essa teoria tem sido bastante aceita principalmente porque centraliza a finalidade do Direito Penal na ideia de prevenção, mas com bases retributivas na

¹⁵ PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 148.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Problemas ...*, p. 21.

¹⁷ SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995, p. 100.

¹⁸ PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 150.

¹⁹ Nas palavras de Claus Roxin, “resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida de culpa”. ROXIN, Claus. *Problemas ...*, p. 40.

culpabilidade, de tal modo que, com critérios calcados na proporcionalidade, as teorias unificadoras acabam desempenhando papel limitador da imposição da pena pelo Estado²⁰. Além disso, ao se ler o artigo 59, *caput*, do Código Penal²¹, a teoria unificadora parece bem se ajustar aos rumos pretendidos pela nossa lei penal.

Todavia, em que pesem os esforços empreendidos pelas teorias unificadoras, é evidente sua aproximação com os critérios de prevenção da pena. Embora o crime seja o fundamento legitimador da imposição de pena, ela pode deixar de ser imposta ou ser aplicada abaixo da medida do injusto culpável, quando considerações de caráter preventivo assim o recomendem.

Neste sentido esclarece Luís Régis Prado que:

a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa²².

Deste modo, como prevalece o caráter preventivo da pena, as teorias mistas não conseguiram o *status* de uma verdadeira terceira via e se encontram, hoje, relativizadas pelos fins preventivos da pena, sofrendo as mesmas críticas já despendidas para as teorias relativas, o que, da mesma forma, inviabiliza que se afirme, de maneira segura e cientificamente adequada, que as teorias unificadoras possuem coerência para fundamentar a imposição de pena ao condenado.

A PENA ESTATAL

Diante de tudo o quanto se expôs até aqui, as teorias relativas e ecléticas são as que mais estão sujeitas a críticas pela dogmática penal. Não se nega que a pena sempre visou, no limite, dar uma resposta ao agente infrator pelo mal que ele causou com sua conduta. O que se tentou, desde essa concepção, foi apresentar alternativas para se escapar da afirmação de que a pena, em sua essência, não é nada além de uma retribuição muito próxima de uma vingança que busca castigar o sujeito transgressor.

Todavia, como se viu, as demais teorias ainda não conseguiram, de maneira satisfatória, sustentar seus fundamentos, seja por inconsistências lógicas nas premissas de seus argumentos, seja por inconsistências práticas na sua aplicação aos casos concretos.

²⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 97.

²¹ “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

²² PRADO, Luís Régis. *Op. cit.*, p. 151.

Percebendo essa neblina sobre qual seria o verdadeiro fundamento da pena, Günther Jakobs e Heiko H. Lesch resgataram os debates entre as teorias absolutas e as teorias relativas na segunda metade do século XX e concluíram que a pena nada mais é do que uma resposta estatal negativa dada ao transgressor da norma e positiva dada à coletividade.

Significado e finalidade da pena para Günther Jakobs

A base da teoria dos sistemas comunicativos de Niklas Luhmann

Tanto a teoria de Jakobs, quanto a defendida por Lesch partem da teoria social e comunicativa desenvolvida por Niklas Luhmann.

Segundo esse sociólogo, a sociedade é composta por diversos sistemas sociais que naturalmente evoluem e se aperfeiçoam de modo *autopoietico*. Como a comunicação é a gênese das relações sociais, é essa a força-motriz para a evolução e o aperfeiçoamento destes diversos sistemas²³.

Neste contexto, o Direito seria, portanto, um dos sistemas sociais *autopoieticos* e, dessa forma, sua função seria exigir a realização de graduações que possibilitem a manutenção expectativas comportamentais recíprocas, orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas²⁴.

Ou seja, na teoria luhmanniana, o direito tem por objetivo garantir a estabilização das relações sociais por meio da produção de expectativas, criando uma organização própria. Assim, o direito atua entre a complexidade e a contingência de experiências, produzindo expectativas sociais pois, para cada experiência humana, há uma infinidade de possibilidades (complexidade) e, dentre estas possibilidades, existem aquelas que não são esperadas (contingência)²⁵.

Neste contexto, Günther Jakobs e Heiko Lesch utilizam como ponto de partida para o desenvolvimento das suas teorias sobre a pena a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e a concepção do direito como um sistema *autopoietico*. É a partir dessa premissa que ambos constroem suas reflexões sobre os fundamentos da pena.

Para estes autores, portanto, a função do direito penal seria a de proteção das suas próprias normas, visando manter, por meio delas, as referidas expectativas

²³ A teoria de Niklas Luhmann não é objeto do presente estudo. Por este motivo, a exposição fica limitada ao registro bastante sintético da teoria profundamente desenvolvida por este sociólogo. Para mais, v. LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997, *passim*.

²⁴ PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v. III, n. 2, 2013, p. 7.

²⁵ *Idem*, p. 8.

sociais²⁶. Por consequência, a pena seria, então, a confirmação da vigência da norma violada ao promover, no plano comunicativo, o restabelecimento da vigência desta²⁷.

Delito como violação de expectativas normativas

Para Jakobs, qualquer que seja o modelo de Estado, a pena será sempre uma reação à infração de uma norma, de modo que essa reação demonstra não só que a norma violada está vigente como também que ela deve ser preservada²⁸.

Como o comportamento do agente infrator rompe expectativas normativas, a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da violação da norma, pode seguir confiando na vigência destas²⁹.

É interessante a síntese da teoria de Jakobs feita por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez:

A imposição da pena é – sempre segundo o atual ponto de vista do autor deste livro [Günther Jakobs] – a forma que o sistema social tem para processar as defraudações às custas do infrator. Junto a esta função de estabilização, o mal que se impõe com a pena deriva do seu fim preventivo-geral: assegurar a probabilidade de seguimento da norma. Este fim tem como limite tratar o delinquente como pessoa e não como objeto, já que a pena, precisamente, só reage frente ao sujeito responsável, à pessoa. Sem embargo, esta garantia só é possível na medida em que o delinquente possa garantir sua fidelidade no futuro; do contrário, já não pode ser tratado como pessoa, devendo ser tratado como inimigo³⁰.

Resta claro, portanto, que Jakobs apresenta novos fundamentos para a teoria da prevenção geral positiva. Contudo, diversamente das teorias preventivas até então existentes, Jakobs baseia a sua teoria na ideia de sistemas de Luhmann e na dialética utilizada por Hegel para fundamentar a pena.

Dessa forma, segundo explica esse autor, como a prática de um delito desorienta não só quem o praticou, mas toda a sociedade, essa desorientação tem uma dupla dimensão: ataca o caráter vinculante da norma, na medida em que o autor o considera irrelevante, e perturba a sedimentação cognitiva acerca da vigência

²⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: RT, 2000, *passim*; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javien Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, *passim*.

²⁷ PORTUGAL, Daniela. *Op. cit.*, p. 16.

²⁸ BRITO, Alexis Couto de. *O conceito de pena em Jakobs*. Disponível em: http://esdp.net.br/o-conceito-de-pena-em-jakobs/#_ednref7. Acessado em: 11 jun. 2017.

²⁹ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006, p. 29-30.

³⁰ *Idem*, p. 19. Nossa tradução livre para o português.

desta norma vinculante, porque a ocorrência desse delito mostra que ainda existe a preocupação com as violações desta norma³¹.

Assim, o que a pena é capaz de prevenir são os *efeitos sociais negativos* que podem derivar do delito, e não as lesões ou as ameaças de lesão a bens jurídicos por parte de condutas individuais³². Daí a crítica de Jakobs quanto aos objetivos de prevenção geral negativa e prevenção especial negativa da pena: ambas tem pretensões inalcançáveis³³.

Portanto, em síntese, Jakobs entende a pena como uma *resposta positiva* que tem por escopo demonstrar, às custas de um infrator responsável, a vigência da norma. A norma jurídica quando violada recebe uma sanção que visa restaurar sua vigência. O fundamento da pena residiria, então, na indevida quebra da expectativa normativa pelo agente que a defraudou e na necessidade de se impor uma sanção para demonstrar que a norma, apesar de violada, permanece vigente.

A função da pena para Heiko H. Lesch

A pena como um mal querido

Lesch inaugura seus estudos lembrando que a ideia mais primária da pena, ao contrário da indenização compensatória civil, é a ordenação querida de um mal³⁴. Nas palavras desse autor:

a pena é um mal que se causa a uma pessoa em um procedimento público-geral, levado a cabo pelo Estado, formal e querido, enquanto se há produzido uma lesão a uma regra jurídica, se esta lesão tem de ser imputada a esta pessoa como forma de reproche³⁵.

A pena estatal é, portanto, um *mal querido*³⁶. Assim, a pena não compensa a vítima, mas é, *prima facie*, a produção de um novo mal.

O fundamento para se causar esse novo mal a alguém é a necessária reação ante a lesão de uma regra jurídica por essa mesma pessoa. A pena seria, então, um mal a ser suportado pelo infrator porque ele criou outro mal (delito).

Logo de saída, percebe-se, portanto, que o fundamento da pena para Lesch não é reparar, compensar, ressocializar ou retribuir, mas apenas garantir a manutenção da força coercitiva da norma: uma vez desrespeitada, um mal é causado ao indivíduo.

³¹ *Ibidem*, p. 24-25.

³² *Ibidem*, p. 87.

³³ BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.*

³⁴ LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999, p. 2.

³⁵ *Idem*, p. 4. Nossa tradução livre para o português.

³⁶ Como bem aponta Lesch, isto também aparece no pensamento de Hobbes, Feurbach e Radbuch.

Para tanto, Lesch elenca, a partir de Hobbes, critérios para imposição desta pena, quais sejam: (i) a transgressão da norma penal pelo agente, (ii) a imposição desta pena pelo Estado, não sendo esta uma pena natural, mas pública e estatal, e (iii) a aplicação desta pena segundo um procedimento formalmente determinado e com garantias de neutralidade, pois, do contrário, seria um ato de hostilidade³⁷.

Todavia, em que pese ter sido inicialmente reconhecido à pena a meta de “*eliminação preventiva de determinada fonte de perigo*”³⁸, Lesch resgata uma importante crítica de Karl Binding acerca das teorias relativas.

Já no século XIX, Binding notou que as teorias relativas viam a ação culpável do delinquente como o pressuposto da pena, mas não precisamente como o fundamento dela. Ocorre que o delito constitui apenas um dos sintomas para a existência do fundamento da pena, o que faz surgir um contrassenso nas teorias relativas. Isso porque, enquanto elas pregam uma prevenção delitiva, ao mesmo tempo se fundam no crime já praticado, no passado, por determinado sujeito. Desse modo, é difícil sustentar que a punição deste fato ocorrido no passado e praticado isoladamente por um sujeito possa prevenir toda a sociedade de um perigo futuro³⁹.

Ou seja, os prevenicionistas tentam fazer com que a imposição da pena evite a futura prática de crimes por outros criminosos, tentando proteger (*ex ante*) a futura segurança da sociedade (*ex post*).

Contudo, o fundamento utilizado é sempre um ato transgressor isoladamente praticado por determinado sujeito no passado, o que, por falta de coerência lógica, impede o adequado uso das teorias relativas para explicar a imposição da pena. Tanto assim, que Karl Binding bem assinalou que a ideia da pena como forma de se trazer segurança social somente é possível em uma sociedade ainda intacta, com uma ordem relativamente estável⁴⁰.

Por conta disso, Lesch busca construir uma nova teoria por ele denominada de *teoria funcional da retribuição*, entendendo que essa seria a função primordial da pena estatal, a única que viabilizaria a compensação do comportamento daquele que tentou tirar a vigência da norma.

Nas palavras de Lesch:

a pena serve para a estabilização de expectativas, expectativas que podem ser abrigadas na vida em sociedade; estas, em caso de defraudação, não devem decair, podendo manter-se contra-faticamente⁴¹.

³⁷ *Ibidem*, p. 4, com expressa referência a *O Leviatã*, de Thomas Hobbes, p. 238.

³⁸ *Ibidem*, p. 1. Nossa tradução livre para o português.

³⁹ *Ibidem*, p. 43-44, com expressa referência à obra de Karl Binding, *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* IV, 1877, p. 420 e ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁴¹ *Ibidem*, p. 49-50. Nossa tradução livre para o português.

A Teoria Funcional da Retribuição da Pena

Ao contrário de Jakobs que entende que a pena possui caráter preventivo (sua teoria está incluída dentro da ideia de prevenção geral positiva da pena), Lesch se socorre de elementos emprestados das teorias psicanalíticas e desenha o que ele denomina de *teoria funcional da retribuição*⁴².

Lesch, logo de saída, se preocupa em retirar da sua teoria qualquer fim preventivo, tanto que alerta que o termo “prevenção geral positiva” não seria adequado, pois poderia ensejar possíveis confusões com as teorias por ele mesmo aduzidas como sendo preventivo-gerais positivas, e consigna que a sua teoria:

se trata [...] de uma teoria funcional retributiva e compensadora da culpabilidade, que supera a oposição entre a fundamentação absoluta e relativa, e onde o fundamento e o fim da pena se unificam e adquirem não só uma dimensão dialético-hegeliana, como também prático-utilitarista [...]. É absoluta, porque se pena *quia peccatum est* e não *ne peccatur*. É relativa, porque esta punição não é *absoluta ab effectu*, não é um fim em si mesma, mas tem uma função, a saber, a manutenção das condições fundamentais da coexistência social, da identidade normativa da sociedade⁴³.

Portanto, para Lesch a pena se fundamenta na necessidade de se atender às defraudações de expectativas, evitando que a sociedades siga a vida sempre esperando conta-faticamente. Para ele, é preciso que a resposta seja não só para aquele que frustrou a expectativa, mas para toda a sociedade.

Desta forma, a pena seria, então, uma reação ao conflito de determinado sujeito com as expectativas de uma vida tranquila em sociedade. Tanto o delito quanto a norma estariam no mesmo nível de significado e a relação entre o delito e a pena seria simbólica, como discurso e réplica.

Assim, para Lesch, a pena adquire a função de esclarecer que o comportamento do infrator que se colocou contrário à norma não marca a pauta e que a norma mantém sim a sua vigência. Ou seja, a pena serve para mostrar ao agente infrator que ele não organizou o mundo da forma correta⁴⁴.

O CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA

A Escola Sociológica a partir de Von Liszt

A interpretação patológica da conduta do agente e a pena como fenômeno retrospectivo

Desde a Idade Média, a pena foi enfrentada como algo reprovável, inclusive do ponto de vista ético (o delinquente era um *perversus homo*)⁴⁵. Foi somente no

⁴² *Ibidem*, p. 45 e ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 50. Nossa tradução livre para o português.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 45.

final do século XIX que Franz von Liszt inaugurou o que veio a se chamar de Escola Sociológica do Direito Penal⁴⁶.

A partir desse autor, sobreveio a ideia de que o delinquente seria um *enfermo* com necessidade de ressocialização. Passou-se, então a uma interpretação patológica do comportamento desviado e se converteu o infrator num objeto necessitado de educação e ressocialização⁴⁷.

O prisma de análise do Direito Penal deixou de ser somente a ação e passou a ser o próprio agente infrator. Desde então, o que se percebe, como bem alerta Lesch, é que as fundamentações da prevenção geral positiva têm instrumentalizado o infrator em favor da função de polícia do Estado, de tal forma que se abusa deste agente no interesse da defesa de futuros perigos visando disciplinar outros destinatários da norma⁴⁸.

Por outro lado, como já se assinalou acima, a pena é sempre uma resposta a um fato ocorrido no passado. Sua origem é, inegavelmente, um delito anterior praticado por determinado sujeito. Logo, a pena é sempre um fenômeno retrospectivo, não prospectivo, o que acaba colocando as teorias relativas em xeque.

Além disso, o Estado não parece estar legitimado a alterar a personalidade do indivíduo, a impor uma educação, uma cultura, uma forma de agir. A própria ideia de que a pena visa a ressocialização também encontra, neste aspecto, dificuldades primárias enquanto proposta legitimada pelo e para o Estado.

Diante disso, Sérgio Schecaira elucida que é preciso encarar a ressocialização de forma diferente daquela originalmente proposta pela Escola Sociológica:

A ressocialização, porém, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinquente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. Sem tais condições, o resultado da aplicação da pena tem sido, invariavelmente, previsível, qual seja, o retorno à criminalidade (reincidência)⁴⁹.

Então, para que a pena cumpra sua função social, ela deve criar possibilidades de participação do agente nos sistemas sociais. Esse seria o significado sociológico da função ressocializadora atribuída à pena: a reinserção social do agente infrator.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. I, p. 153.

⁴⁷ LESCH, Heiko H. *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁸ *Idem*, p. 47.

⁴⁹ SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002, p. 146.

Por outro lado, a proposta de reintegração social não pode buscar uma imposição forçada de comportamentos ou valores. Ela deve se contentar, no limite do que lhe é possível, justificável, aferível e legitimado, viabilizar a participação do infrator nos sistemas sociais depois de cumprida a pena. Neste sentido, enfatiza René Ariel Dotti que “o fim da reinserção social deve ser entendido como possibilidade de participação nos sistemas sociais e não como reforma ou metamorfose da personalidade”⁵⁰.

As dificuldades para que a pena cumpra a missão ressocializadora no Brasil

A par disso, percebe-se que a realidade tem apresentado sérios obstáculos para a efetivação da pretendida ressocialização do indivíduo. As condições precárias e desumanas dos modelos prisionais brasileiros, o convívio com outros criminosos, a escassez de vagas que leva à superlotação das penitenciárias, a ociosidade da maioria dos presos, o despreparo dos agentes carcerários e as condições insalubres das celas têm, dentre muitos outros fatores, contribuído de forma significativa para o afastamento de qualquer reeducação do condenado, afastando o ideal da função ressocializadora da pena⁵¹.

A vagueza utópica desse ideal ressocializador acarreta em duras críticas dogmáticas quanto à pertinência de sua manutenção como um dos fins visados na imposição da pena.

Soma-se a isso, o fato de que o Brasil é um país periférico, extremamente desigual em diversos aspectos, e com taxas altíssimas de criminalidade. Aqui não há moradia para todos, a maioria da população não goza de boa saúde e a educação é privilégio de poucos. Contudo, é essa maioria, que não desfruta de um mínimo de estrutura social, que compõe o quadro carcerário brasileiro⁵².

O paradoxo está, justamente, em esperar desse sujeito, que pouco ou nada experimentou de expectativa social, que, depois de preso nas condições em que é, se transmute em um cidadão de bem, disposto a integrar uma sociedade da qual ele jamais efetivamente participou.

Júlio Fabbrini Mirabete bem revela esse entrave em que, o que marca a pauta, é a apenas a busca pela manutenção da desigualdade:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a

⁵⁰ DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. In: MARCELO JUNIOR, João. *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 93.

⁵¹ AMARAL, Cláudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. *Boletim ICCrim*, n. 287, out. 2016.

⁵² IBCCrim. *16 medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>. Acessado em: 11 jun. 2017.

converter-se num microssomo no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior [...]. A pena privativa de liberdade não ressocializa o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de denominação.⁵³

Diante de tudo isso, parece ser mais honesto e mais legítimo, que o Estado pare de repetir o inalcançável *mantra* da missão ressocializadora e assuma que o objetivo primordial da pena é, como sempre foi, apenas a compensação da culpabilidade, a resposta jurídica dada para uma infração penal cometida, e nada mais.

Contudo, essa retribuição, para ser legítima, somente poderá ser dada àqueles sujeitos que efetivamente comungam das mesmas expectativas sociais que vieram a posteriormente romper. Quem está fora do alcance das estruturas sociais que permitem um mínimo de vida digna não pode receber o mesmo reproche daquele que veio a defraudar uma norma a partir de outras premissas de comportamento. Em relação a estes sujeitos que estão *fora*, é necessário que o Estado primeiramente os permita experimentar as mesmas expectativas sociais para que, então, eles possam vir a *pagar a conta* da punição. Do contrário, é fazer com que sujeitos que sempre foram periféricos ao Estado passem a integrá-lo apenas e tão somente quando quebrem expectativas normativas alheias, das quais eles nunca participaram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, por um lado, não há dúvidas de que o fim da pena é a busca de uma sociedade tranquila, sem os assombros da criminalidade, por outro, ainda não se tem como certo qual seria o verdadeiro fundamento da pena.

Mas, do que se expôs ao leitor até aqui, ficou evidente que o que sobra como função minimamente coerente da pena estatal é seu papel exclusivamente retributivo.

Como a pena se constitui, sempre, em um fenômeno retrospectivo, as teorias relativas perdem sua coerência lógica. Além disso, em razão dos altos índices de reincidência, tais teorias perdem sua eficiência prática. Soma-se a isso o fato de as teorias relativas não conseguirem explicar a pertinência da aplicação da pena quando o condenado já está devidamente socializado e falta, nestas teorias, explicação que legitime a punição de determinado sujeito, igualmente dotado de dignidade, como forma de se evitar que outros também violem a norma, sem que o primeiro sirva como mero instrumento-objeto à serviço do Estado.

⁵³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24.

Como se não bastasse, as apertadas e insalubres celas do nosso sistema penitenciário escancaram a antinomia entre o belo desejo do legislador e a dura realidade. Os rebuscados fundamentos filosóficos que determinaram a imposição da pena como forma de ressocializar o sujeito e evitar novas práticas de crime não alcançaram a finalidade pretendida, o que inviabiliza que se defenda, com um mínimo de honestidade científica, que a pena se funda na prevenção e na ressocialização do condenado.

Todavia, ainda que se assuma de uma vez por todas que a pena nada mais é do que uma forma de retribuição fundada na quebra de expectativas sociais, a sua legitimidade ficará condicionada, sempre, à sua aplicação exclusiva para aqueles sujeitos que compartilhem das mesmas expectativas sociais. Um indivíduo que sempre esteve à margem do sistema estatal, não soboreando os benefícios da vida em sociedade, não poderá receber a mesma retribuição daquele que defraudou uma norma enquanto participante efetivo desse sistema.

Quando essa premissa não for verificada, o Estado não está legitimado a punir. A punição é legítima se, e somente se, o apenado é, antes de tudo, um verdadeiro sujeito de direitos e se ele violou uma norma penal vigente em uma sociedade que ele efetivamente integra. Punir o traficante de entorpecentes que nunca conseguiu ser sequer assistido pelo Estado para tratar da sua saúde por um crime que lesa a saúde pública (da coletividade que ele não integra) é ilegítimo e representa um verdadeiro contrassenso, pois traz esse sujeito para dentro do sistema (penal) somente quando ele rompe com expectativas normativas alheias e existentes em uma sociedade da qual ele nunca fez efetivamente parte.

Não é a pena que irá educar o sujeito. Não é a pena que irá dissuadi-lo de praticar um crime. Não é a pena que irá evitar que a sociedade sofra com a criminalidade. Por isso, não resta outro fundamento coerente para a pena que não seja o seu caráter meramente retributivo, o qual somente será legítimo quando aplicado para aqueles que comunguem das mesmas expectativas sociais.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. *BOLETIM IBCCRIM*, n. 287, out. 2016.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRITO, Alexis Couto de. *O conceito de pena em Jakobs*. Disponível em: http://esdp.net.br/o-conceito-de-pena-em-jakobs/#_ednref7. Acessado em: 11 jun. 2017.

- DOTTI, René Ariel. Execução penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais. In: MARCELO JUNIOR, João. *Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- IBCCRIM. *16 medidas contra o encarceramento em massa*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>. Acessado em: 11 abr. 2019.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2006.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madrid: Dykinson, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Trad. Clarissa Eckert Baeta Neves. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.
- LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PORTUGAL, Daniela. A autopoiese no direito e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs na aplicação da lei penal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/ UFRGS*, v. III, n. 2, 2013.
- PRADO, Luís Régis. Teoria dos fins da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, v. 0, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Canlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2008. t. I.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- SANTOS JR., João Bosco Leite dos. *Critérios jurídico-normativos na determinação da pena – análise dos discursos em torno da finalidade da punição*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.
- SCHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.

Data de recebimento: 13/07/2019

Data de aprovação: 05/09/2019

IMPLEMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE NO BRASIL E NO MUNDO: DESAFIOS

IMPLEMENTATION OF THE NEW YORK CONVENTION IN BRAZIL AND THE WORLD: CHALLENGES

*Alexandre Coutinho Pagliarini***
*Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira***

RESUMO

Este artigo tem por objetivo geral analisar a implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito Internacional e no Direito Brasileiro. A Constituição Federal de 1988 assumiu perante a Comunidade Internacional o compromisso de proteção aos direitos humanos e a incorporação destes à categoria de fontes normativas. Muito embora a comunidade jurídica discuta acerca da hierarquia constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, a supracitada Convenção foi a primeira a ser incorporada ao ordenamento pátrio seguindo o quórum qualificado do art. 5º, § 3º da Carta, com *status* de emenda constitucional e, ao mesmo tempo, inovadora ao adotar um conceito político de deficiência. Conclui-se que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo apresentam a necessidade de um esforço global para a sua efetivação. Trata-se o estudo de análise empírico-teórica, com a utilização de metodologia qualitativa.

Palavras-chave: Direito internacional público. Direito constitucional. Direitos humanos. Convenção de Nova Iorque.

* Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor Titular dos cursos de Mestrado e Graduação em Direito da UNINTER (Curitiba-PR). Professor convidado do Catedrático Jorge Miranda nos cursos de Licenciatura, Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Advogado. *E-mail:* alexandrepagliarini@terra.com.br. *CurriculumLattes:* <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080> *ORCID:* <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>.

** Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD). Pós-Graduada em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada. *E-mail:* mfschumacker@gmail.com. *CurriculumLattes:* <http://lattes.cnpq.br/3410375654168739> *ORCID:* <https://orcid.org/0000-0001-9882-6203>.

ABSTRACT

This article has the general objective of analyzing the implementation of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in International Law and Brazilian Law. The Federal Constitution of 1988 made a commitment to the international community to protect human rights and to include them in the category of normative sources. Even though the legal community argues about the constitutional hierarchy of international treaties dealing with human rights, the aforementioned Convention was the first to be incorporated into the national order following the qualified quorum of art. 5, § 3 of the Charter, with the status a constitutional amendment and, at the same time, innovative in adopting a political concept of disability. It is concluded that the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol present the need for a global effort for its effectiveness. This is the study of empirical-theoretical analysis, with the use of qualitative methodology.

Keywords: Public international law. Constitutional right. Human rights. New York Convention.

INTRODUÇÃO

Com o avanço do Direito Internacional e a prevalência dos direitos humanos no Pós-Guerra, a teoria do direito e a tradicional concepção de soberania têm sofrido modificações e ajustes em vista desta nova realidade. Neste cenário, emaranham-se questões de Estado, de constitucionalidade, de Comunidade Internacional e de efetiva promoção dos direitos do homem.

Destacar-se-á, no caso brasileiro, as diferentes concepções doutrinárias e jurisprudenciais no que tange aos tratados internacionais de direitos humanos, seu processo de internalização e sua posição hierárquica, com especial destaque para o caráter “supralegal” dos tratados de direitos humanos – segundo a Suprema Corte brasileira¹ – e para a Emenda 45/2003.

Em seguida, falaremos brevemente sobre o único tratado de direitos humanos incorporado ao direito pátrio seguindo rito previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição da República, bem como sobre o Protocolo Adicional ao referido tratado, que constitui um exemplo paradigmático de transnacionalização da jurisdição.

¹ A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é um retrocesso para a doutrina mais progressista que considera que tais pactos têm hierarquia sempre e inexoravelmente constitucional. Sobre o assunto, vide PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-48.

TRATADOS, CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS

O contemporâneo sistema internacional tem como um de seus marcos significativos a paz de Versalhes e a consequente instauração da Sociedade das Nações, precursora da Organização das Nações Unidas (ONU). Há alguns séculos no Ocidente, a Sociedade Internacional se compreendia como sociedade de direito, tradição que remonta ao *ius gentium* romano e que conheceu consideráveis avanços com a escolástica ibérica e com a reforma protestante (o *ius gentium* como “língua comum” do conflito político-religioso)². Foi neste contexto que se destacou Hugo Grotius³.

A nova regulação internacional do começo do século passado já apresentava alguns dos traços marcantes da contemporânea Sociedade Internacional. Baseada não simplesmente no consenso entre as grandes potências, no interesse dinástico⁴ e no forte caráter monárquico-conservador, a Sociedade das Nações se baseava, sobretudo, na partilha de valores e princípios⁵. Tal cenário não tardaria a acirrar o conflito europeu, sendo prova disso o início da Primeira Guerra Mundial após o assassinato do herdeiro do Império Austro-Húngaro, Francisco Ferdinando, em Sarajevo, em atentado que teria sido planejado – ou ao menos tolerado – pelos próprios aliados do Império – leia-se: Alemanha!

O Tratado de Versalhes, que continha o Pacto Sociedade das Nações, esboça assim um sistema de segurança coletiva baseado na institucionalização das relações internacionais como meio de evitar a guerra; uma concepção da Sociedade Internacional que se nutria do legado jurídico ocidental, remontando à concepção da *civitas maxima* de Wolff⁶, bem como ao cosmopolitismo kantiano⁷:

Kant's cosmopolitanism was a league of states and definitely not a world republic of the people. A combination of reason and self-interest, Kant believed, would make states keep to their agreements. The collective power of the league would guarantee the independent existence and security of states and individuals but also ensure that states exist in a power equilibrium. A state would have no legal obligation to remain in the league, if it acted against its interests. Its duty to remain within the federation would be self-imposed and moral⁸.

² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 299.

³ GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 550 p.

⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 88.

⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁶ *Ibid.*, p. 86 e ss.

⁷ KANT, Immanuel. *De la paix perpétuelle*. 2. ed. Paris: Étalo, 2020, 43 p.

⁸ DOUZINAS, Costas. *Human rights and empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. Routledge-Cavendish, 2007, p. 160.

Se esta ordem internacional vigente nos “Vinte Anos de Crise” não pôde evitar a eclosão da Segunda Guerra Mundial⁹, ela ainda assim estabeleceu os fundamentos do que viria a ser a Nova Ordem Internacional implantada no pós-guerra¹⁰.

Herdeira da Liga das Nações, a Organização das Nações Unidas¹¹ fundamenta-se, sobretudo, nesse projeto comum, fundado em valores como a autodeterminação dos povos, a não-agressão, a solução pacífica das controvérsias, o respeito à soberania dos Estados nacionais e a dignidade da pessoa humana, projeto este que, assim, devia congrega uma multilateralidade de países para alcançar legitimidade e efetividade, realizando uma convergência axiológica e fática, também, se não sobretudo, jurídico-política.

É para um problema clássico do conflito entre direito internacional e direito pátrio que este artigo se voltará a seguir, tendo em vista os desenvolvimentos históricos brevemente aludidos acima, tendo-se consciência de que, apesar dos progressos, permanece o caráter descentralizado da Sociedade Internacional¹².

Monismo, dualismo e a primazia da norma mais favorável

A dicotomia existente entre direito internacional e direito pátrio, embora antiga, ainda é objeto de divergência por parte da doutrina, haja vista a ausência de consenso quanto à eficácia e aplicabilidade do direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados. Tal divergência culminou no surgimento de algumas teorias, dentre as quais destacam-se as que examinam a existência de duas ordens jurídicas distintas e independentes, a exemplo da Teoria Dualista, ou se referidas ordens derivam uma da outra, a exemplo da Teoria Monista¹³.

Para os adeptos da Teoria Dualista, o direito interno de cada Estado é distinto e independente do direito internacional, não havendo interferência normativa por parte deste, exceto nos casos em que o direito nacional promove a introdução das normas internacionais em seu ordenamento. Em contrapartida, os adeptos da Teoria Monista¹⁴ se dividem em duas correntes: a primeira “sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. A outra apregoa o primado do direito nacional

⁹ *Ibid.*, p. 160.

¹⁰ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 39-40.

¹¹ Para uma clássica análise comparativa entre a Liga e a Organização das Nações Unidas, ver: GOODRICH, Leland M. From League of Nations to United Nations. *International Organization*, v. 1, n. 1, 1947, p. 3-21.

¹² REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25 e ss.

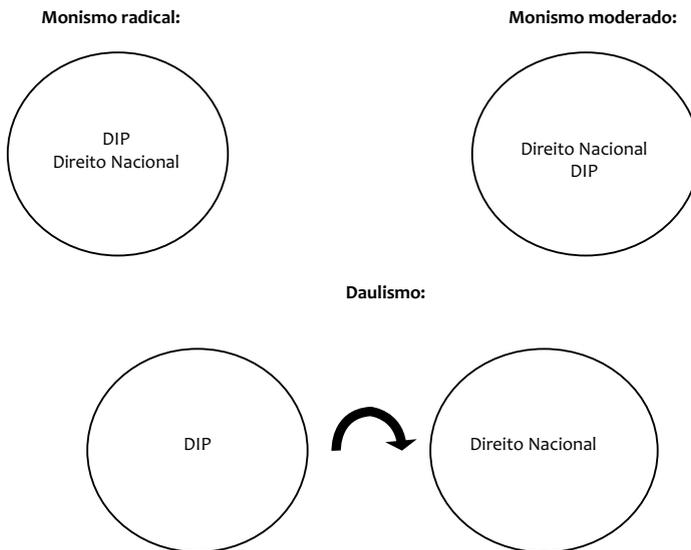
¹³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 142-143.

¹⁴ Hans Kelsen foi um dos maiores adeptos do primado do direito internacional. Neste sentido, ver: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade¹⁵.

Igualmente, no tocante aos direitos humanos, os adeptos da Teoria Monista internacionalista também reforçam a existência de um “*monismo internacionalista dialógico*”, haja vista a possibilidade de haver coexistência e diálogo entre as normas de direito internacional e direito interno. Neste sentido, ao se tratar de direitos humanos e havendo conflito normativo entre normas de direito interno e direito internacional, deverá prevalecer a norma mais favorável ao ser humano¹⁶, haja vista que “os direitos previstos nos tratados internacionais somente podem ter o condão de aprimorar a proteção dos direitos humanos e jamais provocar retrocessos¹⁷”. Todavia, há posição mais progressista¹⁸ que simplesmente diz o seguinte: os direitos humanos internacionais são sempre superiores hierarquicamente aos nacionais por conta do fato de o Direito Internacional Público (DIP) ser, em geral, sempre e toda vez superior a qualquer direito nacional, respaldando-se tal doutrina nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

Voltando aos assuntos do dualismo, do monismo radical e do monismo moderado, vejamos os gráficos abaixo:



¹⁵ REZEK, Francisco, *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33-34.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 499.

¹⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A construção do direito constitucional internacional pelos direitos humanos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ano 3, n. 1, 2014, p. 401-424. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf. Acesso em: 11/03/2020.

Supraconstitucionalidade, “bloco de constitucionalidade” e supralegalidade

O *status* normativo dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos na ordem jurídica brasileira sofreu algumas modificações ao longo dos anos. O Supremo Tribunal Federal (STF) manteve, por um longo período, o entendimento de que os tratados internacionais, independentemente da matéria, possuíam *status* normativo equivalente ao direito ordinário, ou seja: à lei ordinária federal (RE 80.004/SE¹⁹).

Entretanto, o STF, ao julgar do RE 466.343/SP²⁰, no qual se discutia a legitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* normativo supralegal. Tal atribuição decorreu de posicionamento majoritário, liderado pelo Ministro Gilmar Mendes, ao passo que a posição encabeçada pelo Ministro Celso de Mello conferiu estatura constitucional. Ainda, houve quem sustentasse o *status* supraconstitucional desses tratados internacionais²¹.

Não obstante, argumentou-se, quando do julgamento do referido RE 466.343/SP, que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, independentemente de terem sido aprovados antes da EC 45/2004. Conclui o Min. Celso de Mello, neste julgamento, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC 45/2004, como ocorre com o Pacto de San José da Costa Rica, se revestem de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade²².

A tese da constitucionalidade, baseada no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, fundamenta que os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao ordenamento pátrio na mesma condição hierárquica das normas constitucionais

¹⁹ “Convenção de Genebra. Lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias. Aval aposte a nota promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei n. 427, de 22/01/1969” (RE 80.004/SE, Pleno, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 29.12.1977).

²⁰ “Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5, LXVII e §§ 1, 2 e 3, da CF, à luz do art. 7, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HC 87.585 e HC 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466.343/SP, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1415.

²² *Ibid.*, p. 1418.

e não com outro *status* normativo, haja vista que o referido parágrafo constitui uma cláusula aberta²³. Em contrapartida, a tese da suprallegalidade fundamenta que os tratados internacionais, qualificados como direito suprallegal, possuem *status* hierárquico superior à legislação infraconstitucional e inferior à Constituição²⁴.

O “bloco de constitucionalidade” é composto, em âmbito federal, pela Constituição vigente e os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento interno mediante o procedimento do art. 5º, § 3º da Constituição Federal²⁵, e representa um alargamento no parâmetro formal e material do controle de constitucionalidade, cujo caráter é cogente²⁶ e observância por parte dos Estados-partes é obrigatória²⁷.

O Brasil e a hierarquia dos tratados

O procedimento constitucional de incorporação dos tratados ou convenções internacionais está contido na Constituição Federal, que trata do assunto sob duas óticas: a formal – formação regular do pacto; a material – conteúdo do tratado internacional²⁸.

Em decorrência do processo de globalização e abertura da Constituição à normativa internacional, o art. 5º, § 2º, da Carta inovou ao incluir no ordenamento pátrio os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil é parte e atribuiu a tais direitos uma hierarquia especial e diferenciada, equivalente às normas constitucionais²⁹.

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, b, do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos

²³ SARLET, Ingo Wolfwang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 1418.

²⁴ *Ibid.*, p. 1420.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 446.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2016, p. 173.

²⁸ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Op. cit.*, p. 161.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2016, p. 72-73.

entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. [...]¹.

O direito brasileiro optou por um sistema misto, com regimes jurídicos diferenciados aplicáveis aos tratados tradicionais e aos tratados de direitos humanos. “[...] Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. [...]”².

Pagliarini³ tem uma posição doutrinária radical e leciona que a divisão hierárquica é a seguinte: 1) Regra geral: a da paridade hierárquica, pois ambos, tratados e leis ordinárias federais, estão submetidos ao controle de constitucionalidade, e diz isso em conformidade com o art. 102, III, b da CF/88. 2) Casos de supralegalidade, aqueles em que os tratados são superiores à lei federal e inferiores à CF/88: a) tratados de direito tributário (art. 98 do CTN); b) tratados sobre transportes internacionais (art. 178 da CF/88); c) tratados de extradição (regra *lex specialis derogat generali*); d) tratados para a integração da América Latina (Súcnico do art. 4º da CF/88). 3) Caso de hierarquia constitucional: porque os tratados de direitos fundamentais versam sobre este assunto (os direitos fundamentais), eles dispõem sobre temática tipicamente constitucional. Aliás, as Constituições modernas nasceram a partir do final do século XVIII justamente para cumprir duas funções: (i) a de definir e garantir direitos fundamentais; (ii) a de estruturar o Estado. E é óbvio que no mundo globalizado da atualidade a Sociedade Internacional também dispõe sobre o assunto direitos humanos mediante aquilo que se pode chamar de hierarquia das hierarquias, e isso é garantido – novamente – pelos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Domesticamente falando, da própria CF/88 se pode inferir que os tratados de direitos humanos são detentores de hierarquia constitucional, isso graças à interpretação conjunta que se dá ao § 2º do art. 5º e ao inciso II do art. 4º da Carta em vigor, e isso tudo independentemente do § 3º inserido ao art. 5º pela EC/45, parágrafo este de redação desastrosa que pode induzir o exegeta a pensar que os antigos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil não podem ser considerados como de força constitucional porque não foram votados no Congresso Constitucional de acordo com o rito da emenda constitucional. Ora, quem assim pensa não conhece ato jurídico perfeito! Sim, os tratados de direitos humanos votados segundo o antigo trâmite são atos jurídicos perfeitos porque o trâmite que lhes era imposto era o da votação de projeto

¹ *Ibid.*, p. 73.

² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2016, p. 74.

³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-48.

de lei ordinária; mas o assunto sempre foi direitos humanos! No que tange ao assunto, o STF foi insensível ao sistema jurídico internacional, ao nacional, e, o que é pior, não funcionou como agente de transformação social⁴.

Atualmente, de acordo com a jurisprudência do STF, repise-se que são reconhecidos três níveis hierárquicos distintos aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: (i) os que versam sobre direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CR/88); (ii) os que versam sobre direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário, por maioria simples (art. 47, CR/88), com status supralegal – situados entre a CR/88 e os atos normativos primários; (iii) e os demais tratados e convenções internacionais que não versam sobre direitos humanos, os quais ingresam no ordenamento pátrio com força de lei ordinária.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 e o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, houve a inserção do § 3º no art. 5º, da Constituição Federal, o qual passou a prever que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais. Os demais tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes do advento Emenda Constitucional n. 45/2004 possuem *status* supralegal, haja vista que incorporados ao ordenamento pátrio em apenas um turno de votação em cada Casa do Congresso Nacional, ao passo que os tratados internacionais que versam sobre outras matérias são dotados de *status* normativo legal.

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quórum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º⁵.

⁴ KALLÁS FILHO, Elias; LONGO, Ana Carolina Figueiró. Poder judiciário como agente de transformação social, transformado pela atuação social. *Revista Ius Gentium*, Curitiba: Uninter, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016, p. 34-48.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161.

A descrição contida no parágrafo anterior deste artigo, em termos de hierarquia, é fortemente combatida por doutrinadores como Pagliarini – conforme já referenciado – porquanto a tese é dificilmente comprovável cientificamente, podendo-se dizer que o STF, no solução que deu ao RE 466.343/SP, não julgou em conformidade com pressupostos jurídicos mas sim de acordo com conveniências políticas, tanto que, logo depois, o mesmo STF editou a Súmula Vinculante que proíbe a prisão do depositário infiel (SV 25); ou seja: a não aceitação, pelo STF, da hierarquia constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil desde 5 de outubro de 1988 é bem um retrato da composição da Corte nos últimos 17 anos.

Atualmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraqueche são os três únicos pactos internacionais de direitos humanos subscritos e incorporados ao ordenamento pátrio com *status* de emenda constitucional, em conformidade com o § 3º do art. 5º, da Constituição Federal.

SOBRE O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência, ao longo da história, passou por algumas modificações e, atualmente, a terminologia adotada mundialmente é “pessoa com deficiência”, conforme definição da ONU. Embora sempre tenham existido pessoas com as mais diversas limitações, a proteção internacional para com as pessoas portadoras de deficiência revela um histórico recente de reconhecimento de direitos, haja vista que apenas a partir do início do século XX é que a população passou a conceber políticas públicas voltadas para a inclusão social dos portadores de deficiência⁶.

Num passado mais recente ainda se registram as expressões “pessoas com necessidades especiais”, “portadores de necessidades especiais”, “pessoas especiais”, “portadores de direitos especiais”. Ocorre que o adjetivo “especial”, além de não projetar em si qualquer diferenciação, não se constitui numa característica exclusiva das pessoas com deficiência. Ser considerado “especial”, ou uma “pessoa especial”, vale para todos, possuam ou não alguma deficiência. O mesmo se diga do termo “direitos especiais”, que se relaciona, em geral, com as minorias subjugadas, sem mencionar o fato de que as pessoas com deficiência buscam equalizações, equiparações, e não propriamente “direitos especiais”, como irá se demonstrar⁷.

⁶ LEITE, Flávia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual a busca por um modelo social. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, 2012, p. 31.

⁷ MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

Atualmente, o conceito científico de deficiência consta na própria Convenção da Organização das Nações Unidas, sendo considerada como pessoa com deficiência as que possuem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial⁸.

A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico pátrio

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo objetivam a promoção, proteção e garantia do desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas portadoras de deficiência, com o devido respeito à dignidade. Tal documento foi assinado pelo Brasil, em 30 de março de 2007 e, posteriormente, ratificado pelo Congresso Nacional e promulgado através do Decreto n. 6.949/2009.

Conforme explanado no tópico anterior, esta Convenção, por versar sobre matéria afeta aos direitos humanos, foi a primeira a ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Emenda Constitucional, haja vista ter seguido o quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, trazido por força da Emenda n. 45/2004. Com a ratificação da supracitada Convenção, a mesma passou a ser utilizada como referência para a construção das futuras políticas públicas, especialmente no tocante à identificação dos sujeitos portadores de deficiência, bem como dos direitos a serem devidamente garantidos.

Com a incorporação da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, o Brasil precisou superar o conceito de pessoa com deficiência anteriormente adotado no ordenamento interno, haja vista que este pautava-se exclusivamente em critérios médicos, ao passo que o novo conceito adotado pelo tratado internacional e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro instituiu um conceito político de deficiência, ampliando o alcance de proteção constitucional às pessoas que anteriormente não eram consideradas pessoas com deficiência.

Uma retrospectiva histórica da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência

A proteção das pessoas portadoras de deficiência, com o decorrer dos anos, se tornou objeto de discussão por parte de organismos internacionais, Estados, organizações não governamentais e acadêmicos. Entre os principais motivos, está a preocupação com a efetivação da inclusão social, haja vista o crescente aumento populacional de pessoas portadoras de deficiência, constituída por, aproximadamente, 10% (dez por cento) da população mundial, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS).

⁸ Neste sentido, ver: CONVENÇÃO Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

O tratamento social dado às pessoas com deficiência, ao longo da história, sofreu diversas alterações, especialmente após a universalização do princípio da igualdade, através da Declaração do Homem e do Cidadão (1791) e, posteriormente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesta mesma seara, destacam-se algumas convenções internacionais que influenciaram a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a legislação brasileira: *a)* A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975), a qual inovou ao trazer o conceito de “pessoa deficiente” e influenciou na concepção do termo “pessoa portadora de deficiência” utilizada pela Constituição Federal de 1988; *b)* Convenção de Guatemala, assinada pelo Brasil no ano de 1999, promulgada através do Decreto n. 3.956/2001 e incorporada ao ordenamento interno com status de lei ordinária; e, *c)* Convenção sobre o Direito das Pessoas com deficiência e o seu Protocolo Facultativo (2006), ratificado pelo Brasil com equivalência de Emenda Constitucional, através do Decreto n. 6.949/2009.

DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Jurisdição transnacional e a nova concepção de soberania

O Direito Internacional, inicialmente desenvolvido para regular os Estados, com o passar dos anos incorporou novos sujeitos, “[...]abarcando contemporaneamente uma amplitude de temas e preocupações que exigem a multiplicação de mecanismos de acesso à justiça e de efetivação de regras pactuadas no plano internacional [...]”⁹.

Neste contexto, o acesso à justiça evoluiu de forma gradativa e, a partir de 1945, as relações internacionais passaram a apresentar uma nova dinâmica em decorrência do processo de globalização. Igualmente, a sistematização das normas surgiu em detrimento dos costumes, acordos internacionais e princípios¹⁰, que por sua vez, originaram os Tribunais Internacionais¹¹.

Garantir o acesso à justiça no plano internacional por meio de Tribunais Internacionais e de Acordos e, a partir deles, com o princípio do primado das decisões internacionais dos tribunais, é uma exigência natural da organização da vida social. Se aceitarmos a existência de uma sociedade ou Comunidade Internacional, automaticamente, nessas relações, os Estados têm o dever de disponibilizar mecanismos que possibilitem o acesso a esses canais para que a sociedade seja regulada por normas previsíveis entre os Estados em suas relações¹².

⁹ MENEZES, Wagner. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰ MENEZES, Wagner. *Op. cit.*, p. 36.

¹¹ *Ibid.*, p. 37.

¹² *Ibid.*, p. 37.

A globalização desencadeou um avanço nas relações internacionais, com a amplificação dos meios de intercomunicação entre Estados e, neste contexto, houve o desenvolvimento de correntes transculturais com a utilização de uma linguagem universal e a evolução para uma mentalidade global, em prol da Sociedade Internacional¹³.

Neste cenário, se confirma a existência de uma ordem econômica internacionalizada, alicerçada sobre o liberalismo econômico, pensada em Bretton Woods e redimensionada ao longo do tempo, afetando a moeda, as finanças, o comércio, e que agora, mais do que nunca, se desenvolve como uma ideologia transnacional, que atravessa fronteiras e envolve a vida do cidadão comum, tendo no petróleo e nas demais políticas energéticas a base das ações internacionais e políticas¹⁴.

Neste contexto, a globalização originou um processo de internacionalização do *status quo* na Sociedade Internacional contemporânea, com a transnacionalização de regras e paradigmas. O desencadeamento do processo de globalização e o aumento das preocupações jurídico-normativas culminou, também, na criação de novas Cortes Internacionais, abarcadas por novas e exclusivas competências¹⁵.

Ampliam-se os horizontes da Sociedade Internacional global em um cenário pós-moderno, que requer respostas globais para seus problemas e dilemas. Neste esteio, o Direito Internacional amplia seu campo de atuação e se legitima como instrumento jurídico capaz de regular a sociedade que se desenha, se assemelhando a um ordenamento jurídico interno, mais normatizado e jurisdicionalizado, com influência e repercussões nos mais variados ramos do direito¹⁶.

O conceito de jurisdição, inicialmente tido como um sistema “entre Estados”, também sofreu com os efeitos da globalização, especialmente após o fortalecimento da jurisdição em matéria de direitos humanos, com a crescente adesão por parte dos Estados aos principais tratados de proteção dos direitos humanos.

Os Estados, ao aprovarem estes tratados, “[...] se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição”¹⁷. Referida aprovação reflete na submissão dos Estados à autoridade das instituições internacionais, flexibilizando a noção tradicional de soberania nacional¹⁸.

¹³ *Ibid.*, p. 86.

¹⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶ MENEZES, Wagner. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2018, p. 143.

¹⁸ *Ibid.*, p. 87.

O Comitê sobre os Direitos das pessoas com deficiência e o protocolo facultativo

Neste cenário conturbado de crescente questionamento do conceito de soberania nacional, a criação de um sistema de monitoramento foi questão conturbada quando da negociação do tratado ora em análise. Houve resistência à criação de um Comitê específico, com países como Egito e China preferindo que o monitoramento ficasse a cargo do recém-criado Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, enquanto outro bloco (composto pela União Europeia, Brasil, México, entre outros) defendia “mecanismos mais progressivos”, chegando-se mesmo a um impasse nas negociações¹⁹. O compromisso viria na forma do Protocolo Adicional.

A Convenção estabelece não só mecanismos de monitoramento nacionais (nestes incluídos não só mecanismos estatais mas também “mecanismos independentes”, conduzidos pela sociedade civil organizada²⁰) e a criação de um Comitê internacional (que tem por função primordial acompanhar a *compliance* dos Estados-parte e mensurar os resultados obtidos)²¹, como também faculta aos Estados-parte a assinatura do Protocolo Adicional, prevendo a possibilidade do Comitê receber comunicações e denúncias “submetidas por pessoas ou grupos de pessoas” (Art. 1, parágrafo 1º, do Protocolo Adicional).

Como lembra Piovesan, as comunicações individuais são expressão do processo de ampliação dos atores individuais, e sua implementação sistemática pode representar um considerável avanço e democratização dos instrumentos internacionais²². Como é comum, a admissibilidade da comunicação individual depende de uma série de requisitos, podendo destacar-se a proibição da anonimidade, o esgotamento dos recursos internos disponíveis, e a posterioridade dos fatos que motivaram a comunicação à entrada em vigor do Protocolo (art. 2 do Protocolo Adicional).

¹⁹ LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo: 2009, p. 85.

²⁰ O art. 33 da Convenção prevê que haja em todos os níveis de governo nos Estados-parte órgãos especialmente encarregados da implementação e promoção de políticas públicas voltadas para pessoas com deficiência, visando uma atuação *coesa*. Determina também, ainda em âmbito nacional, a criação de mecanismos independentes conduzidos por pessoas individuais como por organizações para promover, proteger e monitorar a aplicação da Convenção (“A sociedade civil e, particularmente, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas serão envolvidas e participarão plenamente no processo de monitoramento”) – RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 107-108.

²¹ Os Estados-parte se comprometem com Relatórios periódicos, nos quais informarão que medidas têm sido tomadas para a promoção e proteção dos direitos das pessoas com deficiência, sobretudo quanto a garantia e efetivação dos direitos previstos no tratado, podendo fazer sugestões e recomendações na condução das políticas públicas ou solicitar mais informações.

²² PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2018, p. 150.

O Comitê conduz as investigações de forma confidencial, comunicando o Estado-parte, que terá um prazo de seis meses para submeter explicações ou declarações por escrito (art. 3). Poderá ainda, a qualquer momento após o recebimento de comunicação, determinar medidas de caráter cautelar. Emitido o relatório com os resultados da investigação, o Estado terá prazo de seis meses para submeter suas considerações (art. 6, parágrafo 4), podendo o tema ser incluído de maneira explícita no Relatório periódico (art. 7), podendo a investigação acarretar uma visita in loco, com a devida anuência do Estado-parte (Art. 6, parágrafo 2).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pudemos analisar, o Direito Internacional sofreu considerável desenvolvimento no decorrer dos anos, inclusive com a incorporação de novos sujeitos. A dicotomia existente entre Direito Internacional e Direito Pátrio deu espaço aos desenvolvimentos históricos e progressos das sociedades que hoje conhecemos.

Com a evolução do acesso à justiça e a nova dinâmica da globalização, as relações internacionais passaram a ser normatizadas, inclusive com o surgimento de Tribunais Internacionais. Muito se discutia acerca do status constitucional dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento pátrio, especialmente os afetos aos direitos humanos.

Referido *status*, no ordenamento jurídico brasileiro, sofreu algumas modificações ao longo dos anos. Como visto, até o julgamento do RE 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento era de que os tratados internacionais, independentemente da matéria possuíam *status* normativo equivalente ao direito ordinário. Após o referido julgado, a decisão que prevaleceu era a de que os tratados internacionais afetos aos direitos humanos possuíam *status* normativo supralegal.

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a obter status de emenda constitucional, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Atualmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo são os únicos tratados internacionais de direitos humanos subscritos e incorporados ao ordenamento pátrio com status de emenda constitucional, em conformidade com o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal.

Ao final do presente artigo, foi possível concluir que a supramencionada Convenção atingiu um alcance global, devendo ser utilizada como base jurídica para a construção das futuras políticas públicas por parte de seus signatários. Neste mesmo sentido, foi possível concluir que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo apresentam a necessidade de um esforço global para a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto: Brasília, 1988.
- BRASIL. Decreto n. 6.949/2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, 2009.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). *Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos de diversos artigos da Constituição Federal e acrescenta os art. 103B, dentre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 15 set. 2019.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE n. 466.343/SP*, julgado em 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15/09/2019.
- CENTRO REGIONAL DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNRIC). *Alguns factos e números sobre as pessoas com deficiência*. Disponível em: <https://www.unric.org/pt/pessoas-com-deficiencia/5459>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: the political philosophy of cosmopolitanism*. Routledge-Cavendish, 2007.
- GOODRICH, Leland M. From League of Nations to United Nations. *International Organization*, v. 1, n. 1, 1947, p. 3-21.
- GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 550 p.
- KALLÁS FILHO, Elias; LONGO, Ana Carolina Figueiró. Poder judiciário como agente de transformação social, transformado pela atuação social. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016, p. 34-48.
- KANT, Immanuel. *De la paix perpétuelle*. 2. ed. Paris: Étalo, 2020, 43 p.
- LEITE, Flávia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual a busca por um modelo social. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, 2012.
- LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo: 2009.
- MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes*. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. 9 dez. 1975. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 24 ago. 2019.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. A construção do direito constitucional internacional pelos direitos humanos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 1, 2014, p. 401-424. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00401_00424.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Pobreza como violação de direitos humanos. In: WERCHEI, Jorge; NORLETO, Marlova Jovchelovith. *Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social*. Brasília: Unesco, 2003. p. 134-162.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Corde, 2008. p. 107-108.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CRÍTICAS ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA

JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: ADMINISTRATIVE AND FINANCIAL CRITICISM

*Eliana Maria de Souza Franco Teixeira**

RESUMO

A dificuldade da administração pública em realizar as ações preventivas e curativas no âmbito da saúde tem levado à judicialização de tais direitos. A pesquisa tem por objetivo examinar as críticas administrativa e financeira acerca da judicialização do direito à saúde, de acordo com Souza Neto (2010), a fim de verificar se o voto do Ministro Barroso, em sede do Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais, supera tais críticas e quais os efeitos do precedente vinculante. A hipótese é de que o voto tenha considerado as mencionadas críticas e tenha minimizado os efeitos de desorganização administrativa e de inviabilidade financeira do sistema de saúde. A pesquisa abordará o direito à saúde como direito social fundamental na Constituição Republicana de 1988, o Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais, especialmente a tese do ministro Luís R. Barroso, e verificará se houve a superação às críticas administrativa e financeira.

Palavras-chaves: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Críticas administrativas. Críticas financeiras. Medicamentos.

ABSTRACT

The difficulty of the public administration in carrying out preventive and curative actions in health has led to the judicialization of such rights. The research aims to examine the administrative and financial criticism about the judicialization of the right to health, according to Souza Neto (2010), in order to verify whether Minister Barroso's vote, in Extraordinary Appeal n. 657,718, Minas Gerais, overcomes such criticisms and what the

* Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora permanente do Programa de Mestrado em Gestão Pública do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos – NAEA – UFPA. Este artigo é fruto de pesquisa realizada no âmbito do grupo de pesquisa intitulado “A igualdade na Filosofia Política – o Liberalismo Igualitário”, vinculado ao CNPq. E-mail: eliana.ft@hotmail.com.

effects of the binding precedent. The hypothesis is that the vote considered these criticisms and minimized the effects of administrative disorganization and financial unfeasibility of the health system. The research will approach the right to health as a fundamental social right in the Republican Constitution of 1988, Extraordinary Appeal n. 657,718, Minas Gerais, especially the thesis of Minister Luis R. Barroso, and will verify if there was an overcoming of administrative and financial criticism.

Keywords: Right to health. Judicialization of health. Administrative criticism. Financial criticism. Medicament.

INTRODUÇÃO

De acordo com Souza Neto¹, as decisões judiciais sobre questões relativas ao direito à saúde vêm sendo emitidas desde a década de 90, com o intuito de proteger o direito fundamental à saúde das pessoas. Desde então, ocorreram diversos questionamentos acerca da legitimidade de o Poder Judiciário poder decidir sobre a concessão de direito à saúde, pois as atividades da administração pública seriam atinentes ao Poder Executivo. Longa construção jurisprudencial vem ocorrendo desde aquele momento, bem como estudos e pesquisas que abrangem o direito à saúde.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Recurso Extraordinário n. 657.718, Minas Gerais², que medicamentos podem ser concedidos em pedidos individuais, desde que determinados critérios constantes daquela decisão sejam obedecidos. Assim, a fim de verificar as críticas filosóficas políticas sobre o assunto, esta pesquisa busca cotejar o texto escrito por Cláudio Pereira de Souza Neto, intitulado “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros”³, e a tese do Ministro Luís Roberto Barroso naquele RE, assim como outras referências bibliográficas de apoio que consolidem a percepção do direito à saúde e da responsabilidade prestacional positiva por parte do Estado no tocante à garantia de referido direito. Desse modo, o problema da pesquisa trata de verificar se a tese do Min. Barroso, no RE n. 657.718, Minas Gerais, supera as críticas administrativa e financeira que são projetadas contra as decisões judiciais no âmbito do direito à saúde, tal como os efeitos deste precedente vinculante.

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 505-541.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. 657.718/Minas Gerais*. Data de publicação DJE 25/10/2019 – Ata n. 162/2019. DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jul. 2019.

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *op. cit.*, p. 505-541.

De acordo com Lakatos e Marconi⁴, o método será o estudo de caso e a metodologia, descritiva e bibliográfica, considerando a comparação argumentativa, para que se possa compreender e colaborar para a reflexão dos atores jurídicos e sociais envolvidos em dilemas que decorrem de pedidos judiciais na área da saúde.

O artigo está dividido em cinco seções: a primeira, trata do direito à saúde na Constituição Republicana de 1988; a segunda, abrange as críticas à Judicialização de direitos sociais; a terceira, aborda a tese do min. Luís Roberto Barroso em sede de RE n. 657.718/ Minas Gerais e os efeitos do precedente vinculante; a quarta, verifica se houve a superação das críticas financeira e administrativa observadas no voto do min. Luís R. Barroso; e a quinta, por fim, indica os parâmetros para efetividade do direito à saúde.

DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

O direito à saúde encontra-se de maneira transversal e expressa na Constituição Republicana de 1988. De maneira transversal, pode ser verificada na composição dos fundamentos da República Federativa do Brasil quando se manifesta como condição para efetividade da cidadania e da dignidade da pessoa humana, sendo este segundo na perspectiva material externa à condição humana. Também de modo transversal, o direito à saúde está intrinsecamente conectado aos objetivos da República Federativa do Brasil de 1988 quando se pretende manter uma sociedade livre, no sentido amatyano⁵, quer dizer no sentido de que as pessoas possam escolher o modo como devem levar a vida e ter liberdade de realização para tanto. Também se configura nos objetivos da República a promoção do bem-estar, sendo a saúde situação *sine qua non* para o seu usufruto.

Verificada a existência de direito à saúde de modo transversal, há certa facilidade em perceber o direito à saúde de maneira expressa, posto que constará de modo evidente tal direito no texto constitucional. Assim, é no artigo 6º da CRFB/1988 que se verifica o direito à saúde de modo expresso, textual, consolidando o direito social com *status* constitucional na Constituição Republicana de 1988. Além deste artigo, a Constituição de 1988 reserva título próprio, que foi pensado ao longo do processo de ajustamento do texto constitucional, para inclusão de um sistema que seria mais completo de atenção à população, que é o da Seguridade Social, envolvendo o direito à saúde, conjuntamente com a Assistência e a Previdência Sociais. Embora este sistema não tenha sido originário dos primeiros pensamentos dos constituintes, foi concebido durante a construção

⁴ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-ii/historia-ii/china-e-india. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁵ SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

do texto, tendo sido o Estado brasileiro o primeiro a ter esta organização sistêmica relacional de direitos, reconhecidos como direitos de seguridade social⁶.

Assim, a saúde como parte de um sistema está inserida no Título VIII denominado DA ORDEM SOCIAL, da Constituição Republicana de 1988, fazendo parte do Capítulo II, Da Seguridade Social, Seção II, artigos 196 a 200.

O direito à saúde é uma condição/direito para efetividade do direito à vida, daí a sua importância fundamental inquestionável. Em que pese a responsabilidade sobre o direito à saúde ser compartilhada pelas pessoas e pelo Estado, o artigo 196 atribui ao Estado a responsabilidade de garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas. Todavia, caberá também à pessoa a responsabilidade de manter a sua saúde a partir da sua ação em buscar ser atendido por tais políticas.

Caberá à administração pública organizar as políticas preventivas, promocionais e curativas⁷ que serão disponibilizadas à população. Lembrando que, nesse caso, a administração pública funciona como instituição ativa do Poder Executivo.

Em se tratando de tal direito, verifica-se a satisfatória atuação do Poder Legislativo na promoção de leis no âmbito federal. Restam, porém, obrigações não cumpridas pelo Poder Executivo e, no que concerne ao Poder Judiciário, observa-se grande ativismo judicial contra a administração pública para a efetividade do direito à saúde. Como pode-se verificar desde 2005, para Souza Neto, há uma inquietude de políticos quanto à intervenção judicial na administração pública, conforme constata-se por meio de relato do Secretário de Saúde de São Paulo em entrevista:

Fazemos mensalmente uma reunião com secretários municipais de Saúde e, às vezes, há algum que não pode comparecer porque está com mandato de prisão porque não entregou a insulina glargina. Essa insulina parece que é a maior invenção da Humanidade agora, porque todo mundo precisa tomá-la e ela custa muito mais caro que a comum. E a justiça, cada dia mais, dá ganho de causa aos pais que querem que os filhos tomem essa insulina. E, assim, muitos colegas secretários estaduais ou municipais têm que fugir do oficial de justiça porque, senão, vão para a cadeia. Vejam a que ponto chegamos! Vamos gerenciar o sistema de saúde ou fugir da polícia⁸?

⁶ DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. *Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania*. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps_n17_vol01_seguridade_social.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariane Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção da saúde aos 20 anos de Constituições*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 518.

Por isso, a crítica administrativa contra o ativismo judicial tomou maior proporção. Em meio aos problemas de gestão, dificuldade em organizar o orçamento e substituições políticas de governos em governos, o Poder Judiciário exige que a Administração Pública cumpra o seu papel de gestor, mas não somente isto: demanda que seja uma gestão eficiente e com qualidade na entrega das prestações positivas do Estado.

DAS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

O texto “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros” aborda críticas à Judicialização dos direitos sociais por meio de comentários principiológicos e institucionais, bem como aponta recomendações para atuação de magistrados e, de modo reflexo, da forma como atores que atuam na justiça devem argumentar seus pleitos e posicionamentos no que se refere à exigência de prestação de direitos sociais.

Dentre as críticas principiológicas, tem-se as liberais e as democráticas. As primeiras referem-se à separação de poderes ao estilo mais hermético de interpretação no tocante ao “Espírito das Leis” de Montesquieu⁹. Não caberia ao Poder Judiciário produzir decisões que interferissem na atividade típica, fim do Poder Executivo, ou seja, não pode o magistrado interferir na Administração Pública para tentar gerenciar minimamente as atividades do Poder Executivo. Do ponto de vista teórico, tal crítica é superada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois não é admitida divisão completa entre os Poderes internos do Estado, mas, sim, admite-se o controle de um Poder sobre o outro com o conhecido sistema *Cheks and Balances*¹⁰.

A segunda crítica toma por base que as decisões judiciais não seriam legítimas, posto que os juízes não são eleitos. Ora, esta crítica também não se sustenta, uma vez que é previsto na Constituição Republicana de 1988 que o Poder Judiciário não pode se privar de analisar demanda que chegue até este. Além disso, o próprio constituinte determinou a forma de acesso ao Poder Judiciário; logo, não há que se fortalecer tal crítica dita democrática.

⁹ Souza Neto trata da tripartição dos Poderes no contexto das críticas administrativas, assim sugere-se ver Op. cit. p. 509, e também a leitura de PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delauti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três Poderes da República. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, nov./dez. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 2-3.

¹⁰ Sobre o sistema *Cheks and Balances*, sugere-se ler os apontamentos de Waldron in WALDRON, Jeremy. Separation of Powers or Division of Power?. New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper n. 12-20. May, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045638. Acesso em: 12 nov. 2019.

Das críticas institucionais que fazem parte da pesquisa, destacam-se: a financeira, a administrativa, a técnica, a econômica e a desigualdade de acesso à justiça. Com relação à primeira, trata-se do reconhecimento de que, apesar de a Constituição Republicana de 1988 expressamente manifestar que o direito à saúde é direito de todos, não haveria recursos suficientes para fazer frente a todas as demandas, caso toda a população apresente solicitações simultâneas. Este reconhecimento é preocupante, pois, no Brasil, o direito à saúde enquanto direito social tem *status* constitucional, ou seja, é direito fundamental e pode ser exigido judicialmente. Para fazer frente à crítica financeira, tem-se que ao Estado não cabe eximir-se de sua responsabilidade para com o direito à saúde sob o argumento da falta de recurso, tendo o Estado a difícil arte de saber gerir os recursos públicos, bem como fazer as escolhas acertadas para a devida aplicação de tais recursos. Destaca-se que o que for obrigatório reconhecido, inclusive por lei infraconstitucional, não pode ser negado pelo Estado sob nenhum tipo de argumentação, como é o caso da entrega de medicamentos registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Apesar de o destaque à ANVISA ser concedido no processo de Judicialização relativa a medicamentos, também é necessário esclarecer o papel da Agência, da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) e da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Para Santana, Rafael e Nair, o papel da ANVISA é abrangente porque trata do registro e autorização de medicamento em todo o mercado nacional e não somente no SUS. Quanto ao processo de avaliação de tecnologias em saúde, a CONITEC é responsável pela incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde utilizadas pelo SUS; constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas; e atualização da relação de medicamentos. A polêmica em torno da RENAME decorre da falta de certeza da harmonia entre as listas de recomendação e de financiamento de medicamentos a partir da promulgação da Lei n. 12.401/2011 e do Decreto n. 7.646/2011¹¹.

Quanto à segunda crítica institucional (administrativa), esta está vinculada ao fato de que as decisões judiciais sobre a saúde interrompem o fluxo de procedimentos da administração pública, podendo levar a verdadeiros descabimentos, como é o caso de se retirar um paciente do tratamento de Unidade Intensiva para alocar outro paciente cuja internação adveio de decisão judicial. De fato, as decisões judiciais no campo da saúde impactam a gestão da Administração Pública, sendo necessário que o magistrado tenha cautela com as sentenças neste aspecto.

¹¹ SANTANA, Rafael Santos; LUPATINI, Evandro de Oliveira; LEITE, Silvana Nair. Registro e incorporação de tecnologias no SUS: barreiras de acesso a medicamentos para doenças da pobreza?. *Ciênc. Saúde Colet.* 22 (5) Maio 2017. Disponível em: https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n5/1417-1428/pt/?abstract_lang=pt . Acesso em: 10 nov. 2019.

A respeito das críticas técnicas, para Souza Neto¹², estão relacionadas à falta de preparação técnico-científica por parte dos magistrados para emitirem decisões na área da saúde contra a administração pública, obrigando-a a realizar alguma ação supostamente em favor do direito à saúde do postulante. Para responder a tais críticas, a atuação do *amicus curiae*, a utilização de perícias técnicas e produção de laudos possibilitam a realização da atividade jurisdicional com mais qualidade, podendo cobrir as exigências técnicas que faltarem aos magistrados.

Sobre as críticas econômicas, Souza Neto¹³ indica que estas trazem o modelo estadunidense consequencialista contra as decisões judiciais em favor dos direitos sociais, pois enquanto se aplica recursos para determinados tratamentos mais onerosos, os defensores¹⁴ daquela crítica entendem que tais recursos poderiam ser utilizados para salvar mais pessoas em detrimento das que precisam de tratamento mais custoso.

Por sua vez, a crítica da desigualdade, quanto ao acesso à justiça, trata da possibilidade de todas as pessoas terem tal acesso na busca por seus direitos. Ocorre que, de acordo com Souza Neto¹⁵, é a classe média que consegue acionar mais a justiça em oposição à população mais pobre. Isso significa que é preciso investir na Defensoria Pública, por exemplo, para proporcionar melhor acesso à justiça à população mais vulnerável economicamente.

DA TESE DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, EM SEDE DE RE N. 657.718/MINAS GERAIS¹⁶

O caso decorrente do RE n. 657.718/Minas Gerais discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer gratuitamente medicamento não registrado pela ANVISA. Observa-se que foi reconhecida a repercussão geral deste recurso.

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 519-522.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 522-523.

¹⁴ Souza Neto indica como um dos defensores das críticas econômicas Varun Gauri. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 522.

Com relação às críticas econômicas, Souza Neto também menciona o texto de Posner in POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law?. 63 *Southern California Law Review*, 1990. p. 1653-1670. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles. Acesso em: 12 nov. 2019. Indica-se também Posner (1990) para melhor compreensão das críticas econômicas, a leitura de outro texto de Posner (1998) in POSNER, Richard A. Values and consequences: as an introduction to economic analysis of law. *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53*. (2 D series) Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 1-13. Disponível em: https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 523-524.

¹⁶ O Recurso Extraordinário n. RE 657.718/Minas Gerais apresenta a seguinte decisão: “o Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário,

O caso concreto refere-se à ação de obrigação de fazer contra o Estado de Minas Gerais, no sentido de este ser compelido a fornecer medicamento ainda não registrado pela ANVISA, sendo que na questão se tratava de entrega de medicamento denominado Mimpara 30 mg (Cloridrato de Cinacalcete). O medicamento já tinha registro em agências internacionais na *Food and Drug Administration* – FDA (EUA) e na *European Medicine Agency* – EMEA (União Europeia), mas ainda não tinha registro naquela Agência.

Em primeiro grau, o requerente foi vitorioso, tendo o Estado de Minas Gerais recorrido, utilizando-se dos seguintes argumentos: a) o medicamento não possuía registro na ANVISA; b) seria inviável conceder a entrega de todo tipo de medicamento escolhido pelo paciente; e c) não havia provas nos autos da necessidade do medicamento por parte do paciente. O Estado ainda argumentou, na circunstância de manutenção da decisão, que fossem estabelecidos limites temporais de concessão do medicamento e a necessidade de entrega de receita médica, bem como a possibilidade de realização de perícia médica no paciente.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu pela procedência à apelação, reconhecendo que o Poder Judiciário não pode obrigar o Estado a custear tratamento médico sem registro na ANVISA. Este acórdão foi objeto do Recurso Extraordinário, tomando por base a violação ao direito à saúde (CRFB/88, arts. 1º, III; 6º; 23, II; 196, II e § 2º; e 204).

Durante o processo judicial ocorreu o registro do medicamento pleiteado pela ANVISA, o que teve como consequência a posição do Procurador-Geral da República no sentido de não conhecimento do recurso, pela perda do objeto.

O Min. Relator, Marco Aurélio, proferiu voto no sentido do desprovemento do recurso extraordinário, firmando tese de que

[não] podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes

nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: '1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n. 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União"', vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>.

particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico, revelado mediante o registro do produto – exigido em preceito legal – no órgão público competente.¹⁷

Com isso, o min. Luís R. Barroso pediu vistas do referido RE e realizou em seu voto um estudo que, embora não se refira diretamente ao texto que serve de base de análise para o enfrentamento às críticas quanto à judicialização de direitos sociais apresentados nesta pesquisa, pode ser relacionado a este, visto que os argumentos utilizados pelo voto do referido ministro superam as críticas principiológicas e institucionais, exceto o acesso à justiça que não se aplica diretamente ao voto. A superação das críticas será demonstrada na seção 5.

A tese do Min. Luís R. Barroso fixou:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na ANVISA, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.¹⁸

A tese busca atender ao direito à saúde prometido pela Constituição Republicana de 1988, da mesma forma que funciona como resposta à determinação constitucional de que caberá ao Poder Judiciário sempre responder às demandas a este apresentadas (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988). De acordo com Lemos¹⁹, a intenção do legislador, ao conjugar os artigos 1.030 e 1.042, permitiu a necessidade de que os precedentes criados a partir de julgamentos de RE's, dotados de repercussão geral, sejam considerados precedentes legalmente vinculantes.

¹⁷ Marco Aurélio *in* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*. Data de publicação DJE 25/10/2019 – Ata n. 162/2019. DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. p. 5-6. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jul. 2019.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*, cit. p. 23-24.

¹⁹ LEMOS, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em Repercussão Geral do STF. *Revista Eletrônica de Direito*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1. jan./abr. 2017. p. 412. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/27946/20285>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Ressalta-se que todo ativismo judicial em prol da saúde inicia com a interpretação e atuação do Poder Judiciário em virtude deste dispositivo constitucional. A mora da Administração Pública e a do Poder Legislativo em rever suas legislações também corroboram para o ativismo judicial.

A passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social na década de 40 obrigou a Administração Pública a revolucionar-se no sentido de ser menos burocrática e mais eficiente, seguindo a trilha do modelo gerencial de administração²⁰. Tal Estado de bem-estar social demanda por parte do Brasil uma atuação prestacional positiva. Esta exigência ganha mais força com a Constituição Republicana de 1988, pressionando que o Estado seja eficiente na prestação de direitos sociais.

DA SUPERAÇÃO ÀS CRÍTICAS À CONCESSÃO DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE EM SEDE DO RE N. 657.718/MINAS GERAIS

No voto do min. Luís Roberto Barroso, as críticas administrativa e financeira foram superadas, pois este considerou a primeira de forma direta e contemplou a segunda pela exigência de cumprimento de critérios determinados para que possa ser exigido do Estado o fornecimento de medicamentos.

Para Souza Neto²¹, as críticas administrativas, que determinam que cabe ao Poder Executivo, pela Administração Pública, gerenciar as políticas públicas e todas as atividades voltadas às obrigações prestacionais positivas por parte do Estado, pontuam que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas atividades da gestão pública. Todavia, por questões que não serão objeto desta pesquisa, o Poder Judiciário vem agindo ativamente, ao obrigar o Estado a efetivar o direito à saúde.

No caso do RE n. 657.718/Minas Gerais, o Min. Barroso enfrentou as críticas técnicas, também objeto de Souza Neto²², a partir do reconhecimento de que um novo medicamento deve passar por registro, cumprindo um complexo procedimento, de modo a garantir que o fármaco utilizado pelo paciente seja seguro²³. Ainda para a superação das críticas técnica e administrativa, o Poder Judiciário não pode simplesmente afrontar a ANVISA, órgão destinado a registrar medicamentos,

²⁰ PEREIRA-BRESSER, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano*. Rio de Janeiro: VFG, 2009, p. 205-209 e 261-264.

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 518-519.

²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 519-521.

²³ Nas palavras do ministro Barroso: “Em regra, juízes e tribunais devem ser autoconfiantes e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas ou científicas complexas ou que envolvam a formulação e a implementação de políticas públicas. Nessas situações, muitas vezes faltam ao Poder Judiciário a capacidade institucional e a expertise para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões. Esse é justamente o caso do registro de medicamentos” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*. p. 12. Percebe-se aí o reconhecimento de que os magistrados não são farmacêuticos, médicos e que não têm condições de afiançar a indicação direta de medicamentos para tratamentos médicos.

para que faça os registros de medicamentos, bem como não pode, sem que seja constatada contundente violação do direito à saúde, decidir pela concessão de medicamento não registrado em órgão sanitário ou em fase experimental.

Apesar disso, para o ministro, se o medicamento tiver registro internacional em órgão com alta credibilidade, além de outras condicionantes, o medicamento deve ser fornecido pela administração pública. A limitação de critérios de entrega de medicamentos supera as críticas técnica e administrativa, pois a decisão judicial deve obedecer ao critério temporal mínimo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias de análise não finalizada pela ANVISA. Ressalte-se que tal lapso temporal, conforme destaca o ministro, foi copiado do Projeto de Lei do Senado n. 5.462/2016, ou seja, o voto não determinou o lapso temporal para análise do registro de medicamento de forma aleatória, mas observando a vontade inerente ao Poder Legislativo brasileiro e, portanto, reconhecendo a tripartição de Poderes.

Com relação à crítica financeira apontada por Souza Neto²⁴, a escassez de recursos é a bandeira de tal crítica, porém não pode a administração pública negar o atendimento à saúde com base na falta de recursos e na utilização da malfadada Teoria da Reserva do Possível. Esta teoria foi criada em decisão da Corte Constitucional Alemã, não mais sob a égide da Constituição de Weimar, a qual reconhecia os direitos sociais como constitucionais, mas sob a vigência da Constituição Alemã de 1949 que relegou a plano infraconstitucional à questão dos direitos sociais²⁵. Além disso, a posição do direito à saúde é um argumento geográfico e de *status* legal, e a realidade brasileira não guarda semelhança com a alemã²⁶.

O Estado alemão comprovou que já cumpria com seus deveres sociais prestacionais, quando sua Corte instituiu tal teoria, em sede de caso que tratava de vagas universitárias, pois aquele Estado já havia disponibilizado 3.000 (três mil vagas para o curso de medicina – objeto do pleito –, sendo que a Teoria da Reserva do Possível fixou a tese de que não seria razoável exigir o acréscimo de vagas por parte do Estado²⁷.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 515-517.

²⁵ KRELL, Andreas Joachin. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma versão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36. n. 14, out./dez. 1999. p. 230 a 260. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁶ CRITSINELIS, Marco Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e a sua transposição para o Direito Público Brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, p. 122-136, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.11.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.

²⁷ São conclusões a partir da leitura de Critsinelis in CRITSINELIS, Marco Falcão. *A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e a sua transposição para o direito público brasileiro*, op. cit., p. 122-136.

Quer dizer, a tese foi criada para responder a não disponibilidade de acesso ao ensino superior que, por sua vez, não é obrigatório nem direito fundamental na Alemanha e no Brasil. A teoria foi transportada para o Brasil a fim de fazer frente a argumentos financeiros em defesa do Estado nas suas três esferas de Poder, com o intuito de protegê-las em relação à sua incapacidade administrativa. Ora, pode-se com isso concluir que não cabe teoricamente a utilização da Teoria da Reserva do Possível para negar o direito social à saúde, nem mesmo como argumento a ser utilizado pelo Poder Judiciário.

No enfrentamento às críticas financeiras, ainda que não fosse baseada na Teoria da Reserva do Possível, é necessário tratar da questão que também é ligada à crítica administrativa, no sentido de gerar alteração na programação de recursos e de procedimentos criados no âmbito do atendimento à saúde, sobretudo para as administrações de Estados e Municípios, ainda que o caso em tela reconheça e escolha a União como o ente que deve responder em casos de demandas de fornecimento de medicamentos por falta de registro na ANVISA. Assim, o debate às críticas financeiras se dá com a demonstração dos custos atribuídos à satisfação do direito à saúde, sendo, neste sentido, que se destaca o voto do Min. Barroso.

...Para que se tenha uma ideia, de 2011 a 2013, a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo gastou cerca de R\$ 88,5 milhões apenas para atender menos de 700 demandas judiciais por medicamentos não registrados na agência reguladora. O custo médio despendido pelo Estado foi, assim, de quase R\$ 127 mil por cada pessoa – e isso, muitas vezes, sem que houvesse comprovação científica de que tais compostos eram seguros e eficazes para combater as doenças desses pacientes. Já em 2014, o Estado de São Paulo destinou R\$ 56,2 milhões para cumprir determinações judiciais de fornecimento de medicamentos importados, sem registro no país. No mesmo ano, o Ministério da Saúde despendeu aproximadamente R\$ 258 milhões para a compra de apenas 11 tipos de remédios não registrados na Anvisa²⁸.

O voto destaca os custos com a judicialização relativa ao fornecimento de medicamentos no estado-membro de São Paulo. Todavia, pode-se observar que o custo em termos nacionais é também bem elevado, conforme informa Vieira, em publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

O gasto do SUS com medicamentos passou de R\$ 14,3 bilhões em 2010 para quase R\$ 20 bilhões em 2015 (crescimento de 40%), caindo para R\$ 18,6 bilhões em 2016 (-7% nos últimos dois anos), em termos reais, como provável consequência da crise econômica sobre a capacidade de gasto dos entes subnacionais e do maior protagonismo do Ministério da Saúde na

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. em sede de RE 657.718/Minas Gerais*, cit. p. 6-7.

aquisição de medicamentos e no financiamento da oferta de produtos farmacêuticos por meio do programa Farmácia Popular do Brasil. Entre 2010 e 2016, essas despesas do SUS registaram crescimento de 30%. O importante aumento do gasto com medicamentos nos últimos setes anos ocorreu devido ao esforço especial do Ministério da Saúde²⁹.

Os requisitos exigidos para que a concessão de medicamentos, por parte do Estado, ocorra a partir do voto reduzirá o volume de decisões, porque haverá exigência de reconhecimento de que o medicamento esteja em processo de registro junto à ANVISA. Não será entregue medicamento em fase experimental, bem como não será fornecido medicamento sem registro em agência sanitária reconhecida internacionalmente e se não tiver tratamento terapêutico menos custoso que possa ser utilizado em lugar do fornecimento de medicamento mais oneroso e sem registro. Todos estes critérios, se seguidos pelos magistrados de forma exata, trarão segurança jurídica nas decisões e terão menor impacto financeiro em termos de custo e menor impacto na gestão da administração pública.

As decisões judiciais ao longo de quase 30 (trinta) anos³⁰ passaram por diversas etapas, possibilitando a vasaõ às críticas ferozes e verdadeiras, tais como a intervenção no plano administrativo, o aumento de gastos não previstos no orçamento e até mesmo a irresponsabilidade em determinar a entrega de medicamento experimental sem comprovação de eficiência científica. Tudo isso fez com que as decisões judiciais amadurecessem, produzindo teses mais ajustadas, sem perder de vista a efetividade do direito à saúde enquanto direito fundamental e a responsabilidade prestativa positiva estatal.

DOS PARÂMETROS PARA CONCESSÃO DE DIREITO À SAÚDE

Os direitos sociais como direitos prestacionais positivos demandam atuação direta do Estado, mas tal atuação não pode e não deve ser irrestrita e não planejada. De igual maneira, não deveriam também ter ocorrido decisões judiciais nestes mesmos termos, quer dizer, sem firme fundamento e considerando a mínima intervenção nas atividades da Administração Pública.

²⁹ VIEIRA, Fabiola Sulpiano. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117_td_2356.pdf. Acesso em: 09 ago. 2019. p. 6.

³⁰ Para Paixão, “nos últimos 30 anos, observou-se, com amparo no regramento constitucional, uma crescente judicialização do direito à saúde... Entre 2016 e 2017, observa-se que o número de processos tratando do direito à saúde aumentou em quase 50%. Detalhe: os dados do CNJ retratam apenas as demandas que foram efetivamente apresentadas ao Poder Judiciário” PAIXÃO, André Luís Soares da. *Reflexões sobre a Judicialização do direito à saúde e implicações no SUS*. *Ciência. Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jun. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000602167. Acesso em: 12 nov. 2019. As críticas financeiras e administrativas ainda pairam sobre as decisões judiciais no âmbito do direito à saúde.

A questão da saúde no Brasil poderia ser qualificada quase que como um “estado de coisas inconstitucionais”, aos moldes da Corte Constitucional Colombiana³¹, pois com tanta Judicialização desde a década de 90, ainda que reconhecendo certo ativismo judicial, fica demonstrado que a Administração Pública tem sérias dificuldades em realizar a sua tarefa de gestão. Utilizar argumentos financeiros para justificar tais problemas é inadequado, pelo menos até que as necessidades na área da saúde ultrapassem os orçamentos, o que não se comprova ao verificar os valores orçados no âmbito da União, na área da saúde, nos anos de 2016, 2017 e 2018³². Inclusive, o espanto com a definição do “teto de gastos públicos” impacta atualmente não pela falta de recursos ainda – admitindo-se que isso será um problema nos próximos anos (provavelmente em menos de três, conforme números da Transparência Brasil) –, mas porque os orçamentos não foram totalmente executados, restando valores remanescentes naquele período. Embora a pesquisa não tenha investigado esta constatação, o fato é que ou faltam

³¹ A Corte Constitucional Colombiana julgou mais de cem processos com a tese do “estado de coisas inconstitucionais”, sendo o primeiro deles o desconto de contribuição social de professores municipais não repassado ao sistema previdenciário colombiano. COLÔMBIA. *Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 559/97*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 05 set. 2016. Os requisitos que caracterizaram o “estado de coisas inconstitucionais” nas sentenças da Corte Colombiana determinaram que estava nesta situação violação ou o não cumprimento de a vulnerabilidade da coletividade atingida pela falta de garantia de efetividade de direitos fundamentais, a omissão das autoridades em garantir direitos, a falta de cumprimento de normas, a falta de normas e a grande demanda da tutela jurisdicional. O “estado de coisas inconstitucional” representa o descumprimento de direitos constitucionais. Sobre estudos de decisões da Corte Colombiana, sugere-se a leitura do artigo “Teste da democracia na América Latina”, de Teixeira e Cichovski in TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. *Teste da democracia na América Latina*. In: IV Encontro Internacional do CONPEDI – COSTA RICA. Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Florianópolis. Anais [...] Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 86-109. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/c7yrg601/9rnpqlye/OYW75LN2wH9cFyGJ.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019. VIEIRA, Fabiola Sulpiano. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117_td_2356.pdf. Acesso em: 09 ago. 2019.

³² O orçamento da União para a saúde dos anos de 2016, 2017 e 2018 não foi utilizado de forma plena, quer dizer, os recursos foram orçados em um determinado montante, mas não foram executados no todo. Veja-se: em 2016, o orçamento da saúde foi de R\$ 104 bilhões, sendo o valor executado de R\$ 84 bilhões; em 2017, o orçamento de R\$ 120,46 bilhões, sendo executados R\$ 102,71 bilhões; e em 2018, foi orçado R\$121,86 bilhões e executados R\$108,18 bilhões. BRASIL. *Portal da Transparência*. Controladoria Geral da União. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2019>. Acesso em: 19 ago. 2019. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Orçamento Cidadão*. Projeto de Lei Orçamentária 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2016/ploa/orcamento-cidadao-2016.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019. A não execução dos valores orçados pode ter diversas justificativas, como a falta de eficiência na gestão pública. Todavia, este ponto não foi objeto desta pesquisa.

ações voltadas para a saúde por parte do Estado, desembocando em má administração pública, ou as necessidades na área da saúde ainda não consumiram os recursos disponíveis naqueles orçamentos.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde os resultados da Audiência Pública n.4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em maio e abril de 2009, criou um grupo de trabalho, tendo sido produto dos grupos a aprovação da Recomendação n. 31/2010, pelo Plenário do CNJ, o qual traçou diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvam a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitorar demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde³³.

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e integrado por Comitês Estaduais. O objetivo é acompanhar as demandas na área da saúde de perto, sendo objeto de acompanhamento também a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo.

Em sua I Jornada de Direito da Saúde, o CNJ determinou, no Enunciado n. 8, que nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competências entre gestores. Este enunciado enfrenta as críticas administrativas e determina um parâmetro de decisão aos magistrados.

Outra crítica à Judicialização de direitos sociais que é combatida pelo CNJ é a de falta de condições técnicas para decidir. Por isso, a Resolução CNJ n. 238/2016³⁴ concedeu atribuição aos Comitês Estaduais de Saúde para criarem núcleos técnicos do Judiciário, com profissionais de saúde para auxiliarem os magistrados.

³³ Observando o elevado número e a diversidade de demandas judiciais referentes ao direito à saúde, bem como o impacto dos custos decorrentes sobre os orçamentos públicos, o CNJ instituiu, pela Resolução n. 107/2010, o Fórum Nacional para monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde, para propor estudos e medidas concretas à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

³⁴ A Resolução n. 238/2016 do CNJ, considerando as diretrizes formuladas pela Resolução CNJ n. 107/2010, que estabeleceu a necessidade de instituição de Comitês de Saúde Estaduais como melhor forma de prestação jurisdicional, instituiu os Comitês de Saúde Estaduais com atribuição de auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, com profissionais da área da saúde para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências. Os Comitês de Saúde Estaduais devem considerar, no processo de auxílio às questões de saúde, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCTs) adotados pelo SUS, como expressão da Metodologia Baseada em Evidências (MBE), sendo tais protocolos documentos elaborados após anos de pesquisa, fruto de consenso científico, nos quais estão expostas as alternativas disponíveis no SUS, para tratamento da enfermidade apresentada. Sobre os PDCTs, sugere-se a leitura de SANTOS, Juliana dos Reis. A necessidade de valorização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas como efetivação do princípio do contraditório em demandas de saúde. *RPGE*, Porto Alegre, v. 37 n. 78, p. 189-230, 2016. p. 192-193. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154247-revista-pge-78-6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Os parâmetros para concessão de direitos à saúde por parte de magistrados devem considerar tal Resolução, estudos e encaminhamentos do CNJ, além de poderem ser formatadas teses mais explícitas em casos específicos que discutam direito à saúde³⁵.

Souza Neto³⁶ elenca sete parâmetros materiais e quatro parâmetros processuais como orientações a serem observados pelos magistrados. O autor considerou parâmetros materiais: 1) legitimidade de atuação judicial, circunscrita à esfera da fundamentalidade; 2) legitimidade da atuação judiciária, em regra restrita aos hipossuficientes; 3) possibilidades de universalidade da medida; 4) dever de considerar o Sistema de Direitos Sociais em sua unidade; 5) prioridade por opção técnica da Administração; 6) prioridade para a solução mais econômica; e 7) variação da intensidade do controle jurisdicional, de acordo com os níveis de investimentos em políticas sociais.

Com relação aos parâmetros processuais, o autor assim os estipula: 1) prioridade para as ações coletivas; 2) legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de (a) dano irreversível e de (b) Inobservância de Direitos Conferidos pelo Legislador e pelo Administrador, Lei ou Programa já instituído; e 3) atribuição do ônus da prova de quem não tem recursos à Administração Pública.

Em termos de garantia de direito à saúde e proteção contra sua violação, o magistrado deve considerar uma constelação de parâmetros, quer dizer, os critérios estabelecidos pelo CNJ e as teses do Supremo Tribunal Federal. A liberdade de agir da magistratura se limita à Constituição Republicana de 1988, às leis infraconstitucionais e a todos os parâmetros materiais e processuais elencados. É importante destacar que, em fase de litígio processual, caberá ao Poder Judiciário o dever de garantir os direitos fundamentais, sobretudo os relativos ao direito à saúde, considerando a hipossuficiência da pessoa pleiteante e as leis e programas de saúde existentes, especialmente quando estes não forem cumpridos.

³⁵ Catanheide, Lisboa e Souza realizaram uma pesquisa sistematizada acerca do fenômeno da Judicialização a partir da verificação de 53 (cinquenta e três) estudos publicados no período de 1988 a 2014, em que se pode verificar de tal fenômeno que “Primeiro: a prescrição médica é a prova necessária e suficiente para embasar a sentença judicial no deferimento de liminares. Segundo: predomina a prescrição pelo nome comercial, em detrimento da denominação genérica. Terceira: a maioria das ações teria sido evitada, caso fossem observadas as alternativas terapêuticas presentes nas litas do SUS. Quarto: os medicamentos sem registro na agência reguladora são exceção como objetos de ações” CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela. Características da Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 26 [4]:1335-1356, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2016.v26n4/1335-1356>. Acesso em :12 nov. 2019.

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 525-532.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é reconhecido pela Constituição Republicana de 1988 como direito fundamental constitucional, portanto exigível a sua efetividade por parte do Estado brasileiro. Desde a década de 90, conforme Souza Neto³⁷, vem se debatendo sobre os limites de concessão do direito à saúde no âmbito judicial, o que demonstra incapacidade administrativa de solucionar a questão nos moldes administrativos atuais. Esta situação demanda uma nova atitude gerencial da Administração Pública, pois as ações atuais têm levado não somente à insatisfação no atendimento, mas às vezes até a morte do paciente.

As críticas principiológicas e institucionais dirigidas ao Poder Judiciário foram consequência do ativismo judicial no campo da saúde desde a década de 90, voltando à tona o debate dos limites de atuação do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que se constatou o fracasso da Administração Pública em processo de questionamento de sua mudança do modelo de gestão de burocrático para o modelo gerencial. Há que se reconhecer os excessos que foram praticados em decisões judiciais relativas aos direitos sociais, porque, se assim não fossem, não haveriam tantas críticas à atuação judicial. Em contrapartida, também há que se admitir a falha da Administração Pública e sua ineficiente gestão.

O Poder Judiciário vem amadurecendo sua atuação decisional e deve continuar com o seu compromisso em defender o direito à saúde, sobretudo das pessoas hipossuficientes.

Os custos da saúde advindos de decisões judiciais, de alguma forma, atacam o planejamento da administração pública, o que deve ser considerado nas demandas judiciais, sobretudo, não permitindo que, além de poder afetar a saúde do postulante, a decisão crie um ambiente de desordem administrativa. E mais, deve-se reconhecer a existência da igualdade e harmonia entre os Poderes do Estado, a fim de evitar constrangimentos que tragam maiores problemas a quem precisa de satisfação do direito à saúde.

A Emenda Constitucional n. 95/2016, desde 2018, congelou o orçamento da saúde, considerando apenas o ajuste inflacionário, o que vai estabilizar os custos da saúde. Contudo, em curto prazo, poderá gerar mais violações de direitos sociais a esta área.

A Administração Pública precisa se adequar às necessidades sociais de proteção à saúde. É necessária, pois, uma gestão talentosa, sem corrupção, fincada na cooperação entre os entes da federação e com olhos voltados a quem interessa: as pessoas.

³⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, p. 505.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de RE n. 657.718/Minas Gerais*. Data de publicação DJE 25/10/2019 – Ata n. 162/2019. DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Fórum da Saúde. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. *Resolução n. 107 de 06/04/2010*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- BRASIL. *Resolução n. 238 de 06/09/2016*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2339>. Acesso em: 11 nov. 2019.
- BRASIL. *Portal da Transparência*. Controladoria Geral da União. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2019>. Acesso em: 19 ago. 2019.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Orçamento Cidadão*. Projeto de Lei Orçamentária 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2016/ploa/orcamento-cidadao-2016.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 26[4]: 1335-1356, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/physis/2016.v26n4/1335-1356>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- COLÔMBIA. *Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU 559/97*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.
- CRITSINELIS, Marco Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e a sua transposição para o direito público brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 71, jan./abr. 2017. p. 122-136. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.11.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.
- DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. *Seguridade social: redefinindo o alcance da cidadania*. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps_n17_vol01_seguridade_social.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

KRELL, Andreas Joachin. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma versão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 14, out./dez. 1999. p. 230 a 260. Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

LEMOS, Vinícius Silva. A repercussão geral no novo CPC: a construção da vinculação da decisão de mérito proferida em Repercussão Geral do STF. *Revista Eletrônica de Direito*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 403- 427. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/27946/20285> . Acesso em: 10 nov. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india . Acesso em: 05 nov. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachoo. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf . Acesso em: 11 nov. 2019.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e implicações no SUS. *Ciência. Saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, jun. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019000602167. Acesso em: 12 nov. 2019.

PEREIRA-BRESSER, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins; MOTTA, Paulo Cesar Delauti. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três Poderes da República. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 6, nov./dez. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600006. Acesso em: 11 nov. 2019.

POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law?. 63 *Southern California Law Review*, 1990. p. 1653-1670. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2823&context=journal_articles. Acesso em: 12 nov. 2019.

POSNER, Richard A. Values and consequences: as an introduction to economic analysis of law. *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53*. (2 D series) Chicago: University of Chicago Law School, 1998. p. 1-13. Disponível em: https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

SANTANA, Rafael Santos; LUPATINI, Evandro de Oliveira; LEITE, Silvana Nair. Registro e incorporação de tecnologias no SUS: barreiras de acesso a medicamentos para doenças da pobreza?. *Ciênc. Saúde Colet.* 22 (5) Maio 2017. Disponível em: https://scielosp.org/article/csc/2017.v22n5/1417-1428/pt/?abstract_lang=pt . Acesso em: 10 nov. 2019.

SANTOS, Juliana dos Reis. A necessidade de valorização dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas como efetivação do princípio do contraditório em demandas de saúde. *RPGE*, Porto Alegre, v. 37, n.78, 2016. p. 189-230. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154247-revista-pge-78-6.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariane Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à promoção da saúde aos 20 anos de Constituições*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 505-541.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patrícia Kristiana Blagitz. *Teste da democracia na América Latina*. In: IV Encontro Internacional do CONPEDI – COSTA RICA. Constitucionalismo democrático e o Novo Constitucionalismo Latino Americano, Florianópolis. Anais [...] Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 86-109. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c7yrg601/9rnpqlye/OYW75LN2wH9cFyGJ.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpiano. *Evolução do gasto com medicamentos do Sistema Único de Saúde no período de 2010 a 2016*. IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180117_td_2356.pdf

Acesso em: 09 ago. 2019.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers or Division of Power? *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, n. 12-20. May, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2045638. Acesso em: 12 nov. 2019.

Data de recebimento: 27/08/2019

Data de aprovação: 24/10/2019

O DIREITO ADQUIRIDO (PELA METADE?) À APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/19

THE RIGHT ACQUIRED (BY HALF?) TO RETIREMENT IN CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/19

Vinícius Pacheco Fluminhan*

RESUMO

O artigo trata de um dos aspectos da reforma previdenciária promovida pela Emenda Constitucional 103: o direito adquirido à aposentadoria por tempo de contribuição. O art. 3º da norma não esclarece se é possível a aplicação superveniente da denominada Fórmula 85/95 no cálculo do benefício, para aqueles que tiveram o direito adquirido reconhecido na alteração legislativa. Em consequência, como ela permitia a integralidade no valor dos proventos, resta uma dúvida relevante para os segurados que estavam prorrogando ou que pretendiam prorrogar o início da aposentadoria buscando a integralidade. Afinal, o segurado que deseja prorrogar o pedido da aposentadoria tem direito adquirido aos *critérios* de concessão da aposentadoria, como é o caso da opção pela não incidência do Fator Previdenciário (art. 29-C da Lei 8.213/91) no cálculo, ou o direito adquirido previsto no art. 3º da EC 103 abrangeria somente os *requisitos* para a concessão da aposentadoria? São essas as questões debatidas no trabalho, que foi desenvolvido com revisão bibliográfica e metodologia lógico-dedutiva. Como conclusão, demonstra-se que de acordo com a própria EC 103/19 os segurados possuem não só direito adquirido à aposentadoria, como também direito adquirido à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para afastar a incidência do Fator Previdenciário.

Palavras-chave: Reforma da previdência. Aposentadoria por tempo de contribuição. Direito adquirido.

ABSTRACT

The article deals with one aspect of the social security reform promoted by Constitutional Amendment 103: the acquired right to retirement. Art. 3 of

* Advogado, Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com sanduíche (CAPES) na Université Paris-Nanterre, Professor do Curso de Graduação em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (campus de Campinas).

the standard does not clarify whether it is possible to supervise the so-called Formula 85/95 in the calculation of the benefit, for those who have the acquired right recognized in the legislative amendment. As a consequence, as it allowed the integrality in the value of the earnings, there remains a relevant doubt for the insured persons who were extending or who intended to extend the beginning of retirement seeking integrality. After all, the insured person who wishes to extend the retirement claim has the acquired right to the criteria for granting the retirement, as is the case of the option for the non-incidence of the Social Security Factor (art. 29-C of Law 8.213/91) in the calculation, or the acquired right provided for in art. 3 of EC 103 would only cover the requirements for granting retirement benefits? These are the issues discussed in the work, which was developed with a bibliographic review. As a conclusion, it is shown that, according to EC 103/19 itself, policyholders have not only acquired the right to retirement, but also the right to the application *a posteriori* of art. 29-C of Law 8,213 / 91 to remove the incidence of the Social Security Factor.

Keywords: Social security reform. Retirement. Acquired right.

INTRODUÇÃO

Por mais bem formatadas que sejam, as mudanças constitucionais envolvendo as aposentadorias causam um certo abalo na situação jurídica daqueles que, justamente no momento da alteração legislativa, estão próximos da concessão do benefício. A surpresa com o novo regime jurídico, todavia, geralmente é acompanhada de uma suavização decorrente da garantia do direito adquirido.

Com efeito, no Direito Previdenciário o direito adquirido possui uma nuance. Por ser um ramo onde as relações jurídicas são de longo prazo, o legislador sabe que não pode tratar a situação de pré-aposentados como mera expectativa de direito. Daí a nossa tradição de fazer reformas preservando expressamente o patrimônio jurídico dos beneficiários.

Mas mesmo as regras que resguardam o direito adquirido podem suscitar dúvidas. É o que ocorre com o art. 3º da Emenda Constitucional 103. O dispositivo garante a aposentadoria por tempo de contribuição no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), segundo as regras até então vigentes, mas não aborda com clareza o modo como ela deve ser calculada.

Trata-se de uma dúvida relevante, pois envolve a exclusão (ou não) do Fator Previdenciário no cálculo. Daí o surgimento de duas grandes questões. Quem preencheu os requisitos para a aposentadoria na véspera da EC 103, tem direito à aplicação superveniente da Fórmula 85/95 se requerer o benefício *a posteriori*? Ou o direito adquirido abrangeria tão somente a aposentadoria, deixando de lado a forma de cálculo que a acompanhava até então?

Aparentemente, o entendimento do Instituto Nacional do Seguro Social acerca do tema é restritivo. De acordo com os dados e informações fornecidos em seu sítio eletrônico, especialmente o simulador de aposentadoria, percebe-se que na visão da autarquia o direito adquirido abrange apenas os requisitos para a aposentadoria na véspera da EC 103, mas não a forma de cálculo que até então vigorava. Essa interpretação oficial pode acarretar danos para milhares de segurados do Regime Geral de Previdência Social. Por isso, exige um debate mais aprofundado.

O presente artigo pretende debater as questões acima. A pesquisa está baseada em revisão bibliográfica e retoma lições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o conceito de direito adquirido em matéria previdenciária. Em seguida, com apoio no método lógico-dedutivo, procura explicar qual das duas opções acima amolda-se melhor à garantia constitucional do direito adquirido. Nas considerações finais, esboça-se uma tese à luz de argumentos colhidos da própria Emenda Constitucional 103.

FATOR PREVIDENCIÁRIO E APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO ANTES DA EC 103

Como se sabe, a criação do Fator Previdenciário é fruto da não aprovação da idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição na Emenda Constitucional 20/98. Segundo relato do Ministro da Previdência Social na época, por apenas um voto não se obteve o quórum de três quintos para a mudança constitucional nesta matéria (STEPHANES, 1998, p. 10).

Sem a criação de uma idade mínima, não restou outro caminho para se evitar as aposentadorias ditas “precoces” no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), senão estipulando uma nova forma de cálculo para desestimular a aposentadoria dos segurados mais “jovens”. Esta é a motivação financeira e atuarial da Lei 9.876/99, que criou o Fator Previdenciário.

Consequentemente, as aposentadorias por tempo de contribuição concedidas aos mais “jovens” (embora já elegíveis), deixaram de ter um salário-de-benefício refletindo fielmente a média contributiva. Ao contrário, começou-se a observar para as faixas etárias próximas dos 50 anos de idade salário-de-benefício muito abaixo da média contributiva.

Sendo claramente um mecanismo instituído para compensar o revés do Governo na votação da EC 20/98 (como se fosse uma exigência de “idade mínima” por via imprópria), o Fator Previdenciário foi impugnado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.111, que até a presente data não foi julgada em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal¹.

¹ A ação foi proposta no final de 1999 e o que há de concreto, até a presente data, é a apreciação cautelar favorável à constitucionalidade do art. 2º da Lei 9.876/99, que veiculou o Fator Previdenciário.

A nova metodologia de cálculo prejudicou boa parte dos trabalhadores, especialmente os que começaram a trabalhar mais cedo e atingiram o direito à aposentadoria ainda “jovens”, sem muita perspectiva dentro do mercado de trabalho. Geralmente de baixa escolaridade e vinculados a atividades braçais, muitos foram obrigados a aceitar a aposentadoria com valor reduzido por se tornarem mais vulneráveis no mercado de trabalho depois de certa idade.

Apesar da discriminação etária com os mais velhos nas relações de trabalho ser uma tese rechaçada por alguns pesquisadores (CONSTANZI, 2017, p. 85), existem fortes indícios de que ela (associada à baixa qualificação e ao avanço das tecnologias) só aumentou nas últimas três décadas (CAMARANO, 2018, p. 53). Por isso, a aposentadoria com valor reduzido (causado pelo Fator Previdenciário) tornou-se a única opção de sobrevivência para muitos segurados.

A Fórmula 85/95 surgiu na doutrina previdenciarista justamente para minimizar esse efeito social negativo do Fator Previdenciário, visando assim favorecer os segurados com histórico de “precocidade laboral” sem desprezar “preceitos atuariais” (MARTINEZ, 2008, p. 69). Trata-se de regra pensada com o intuito de compatibilizar o equilíbrio de dois interesses: de um lado, as finanças do RGPS; de outro, a garantia de um salário-de-benefício fiel à média contributiva.

Por isso, a sua adoção pela Medida Provisória 676/15, depois convertida na Lei 13.183/15, ocorreu de forma condicionada ao aumento progressivo no sistema de pontos (idade + tempo de contribuição) até 2026, respeitando-se assim as tendências demográficas do país e a necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial no sistema previdenciário (art. 201, *caput*, CF), conforme restou positivado no art. 29-C da Lei 8.213/91.

A proposta acomodou os interesses em jogo. Como afirma Tais Rodrigues dos Santos, pelo viés do segurado, embora a fórmula “traga uma necessidade de se trabalhar mais para alcançar uma aposentadoria mais benéfica, ela surgiu como grande aliada para afastar a incidência do fator previdenciário e possibilitar uma aposentadoria mais digna” (2018, p. 53). Já para o RGPS, segundo Fábio Zambitte Ibrahim, “o modelo, no curto prazo, foi inteligente” (2015, p. 54), pois o governo ganhou com o retardamento das aposentadorias de quem almeja valores mais altos de renda, sem abrir mão da sistemática do Fator Previdenciário.

Como se vê, por materializar a possibilidade de uma prestação com valor integral, porém condicionada à prorrogação do início do benefício, a decisão de retardar ou não o pedido da aposentadoria sempre esteve vinculada a vantagens para as duas partes da relação jurídica: o segurado e o RGPS. Os dois ganham, embora de formas diferentes.

Assim, estando em total consonância com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial – que motivou as recentes mudanças constitucionais em matéria previdenciária –, a opção de prorrogar o benefício para a aplicação da Fórmula

85/95 passou a ser um direito do segurado indissociável do seu direito à aposentadoria por tempo de contribuição.

DIREITO ADQUIRIDO À APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NA EC 103

Um dos mais importantes princípios dos ordenamentos jurídicos liberais é a irretroatividade das leis. Conforme aponta Luis Roberto Barroso, trata-se de uma regra geral que convive com exceções de retroatividades consideradas toleráveis. No entanto, o constitucionalista enfatiza que a irretroatividade

condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição. São elas: a) a proteção da segurança jurídica no domínio das relações sociais, veiculada no art. 5º, XXXVI; b) a proteção da liberdade do indivíduo contra a aplicação retroativa da lei penal, contida no art. 5º, XL; c) a proteção do contribuinte contra a voracidade retroativa do Fisco, constante do art. 150, III, “a” (BARROSO, 2010, p. 57-58).

A segurança das relações sociais, por óbvio, pressupõe a estabilidade nas relações jurídicas. Esta é ideia essencial do disposto no art. 5º, XXXVI, CF, que não tolera a retroatividade quando presente o denominado *direito adquirido*.

Para a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), são qualificados como *adquiridos* os direitos “cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6º, §2º, Decreto-lei 4.657/42).

De acordo com Maria Helena Diniz, “sob a égide de lei nova, cairiam os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, *com exceção do direito adquirido* [...], pois a nova norma, salvo situações anormais de prepotência e ditadura, não pode e não deve retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império da antiga lei” (1987, p. 42).

Ao comentar o art. 6º, § 2º da LINDB com apoio nas lições do italiano Francesco Gabba, Maria Helena Diniz afirma que (*loc. cit*):

direito adquirido seria todo direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que ele possa a vir a atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada em vigor de uma nova norma relativa ao mesmo assunto [...]

Em matéria previdenciária, essas orientações de ordem legislativa e doutrinária convergem com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que na sua manifestação mais eloquente sobre o assunto assevera o seguinte: os proventos

de aposentadoria devem ser regulados segundo a lei vigente na época em que os requisitos para ela foram reunidos (Súmula 359)².

Especificamente quanto às mudanças constitucionais nas regras de aposentação, a doutrina reconhece a dificuldade na abordagem do direito adquirido, mas ao mesmo tempo não hesita em afirmar que possui direito adquirido aquele que preenche os requisitos legais para a concessão do benefício, antes da alteração legislativa, mesmo que não tenha exercido o direito até a véspera da mudança (MARTINEZ, 2001, p. 261).

Portanto, para o reconhecimento do direito adquirido não importa se o benefício foi requerido e concedido antes da lei nova entrar em vigor. Basta que os requisitos para a sua concessão tenham sido devidamente preenchidos *in abstracto* pelo titular do direito até a véspera da alteração legislativa.

Em suma, trata-se do acolhimento do princípio *tempus regit actum*, ou seja, da “observação das regras vigentes ao tempo dos fatos definidores do direito” (MARTINEZ, 2011, p. 195), confirmando o entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal na matéria.

Resulta dessa tradição que as principais alterações constitucionais envolvendo o sistema previdenciário (RGPS e RPPS), a partir de 1988, sempre resguardaram o direito à aposentadoria para aqueles que, segundo a legislação até então vigente, haviam preenchido os requisitos para o benefício³. É o que se infere mais recentemente do art. 3º, *caput*, da EC 103, *verbis*:

Art. 3º A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, *desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional*, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

Como se vê, o dispositivo resguarda expressamente o direito adquirido às aposentadorias do RGPS. Além disso, protege até mesmo aqueles que vierem a requerer os benefícios apenas *a posteriori*.

No entanto, para a aposentadoria por tempo de contribuição resta uma dúvida: como ficam os segurados que almejam se beneficiar da Fórmula 85/95? Eles têm direito à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para

² Súmula 359: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

³ Conforme se observa no art. 3º da EC 20/98 e no art. 3º da EC 41/03.

cálculo do salário-de-benefício na data do requerimento? Ou o direito adquirido é limitado somente ao valor do salário-de-benefício calculado na véspera da vigência da EC 103/19?

HÁ DIREITO ADQUIRIDO TAMBÉM À APLICAÇÃO DA FÓRMULA 85/95?

A forma de cálculo das aposentadorias com direito adquirido está prevista no § 2º do art. 3º da EC 103, que trata de todas as espécies indistintamente. Daí a dificuldade hermenêutica para extrair o melhor sentido do texto, afinal, no caso da aposentadoria por tempo de contribuição não se pode esquecer do disposto no art. 29-C da Lei 8.213/91:

Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I – igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II – igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, serão somadas as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade.

§ 2º As somas de idade e de tempo de contribuição previstas no caput serão majoradas em um ponto em:

I – 31 de dezembro de 2018;

II – 31 de dezembro de 2020;

III – 31 de dezembro de 2022;

IV – 31 de dezembro de 2024; e

V – 31 de dezembro de 2026.

Ora, a extinta aposentadoria por tempo de contribuição guardava como particularidade a aplicação da Fórmula 85/95. A possibilidade de prorrogação do benefício para melhoria do seu valor, por ato volitivo unilateral do segurado, era uma nuance desta espécie.

Com efeito, o art. 29-C da Lei 8.213/91 é *sui generis* no cálculo de benefícios por ter uma dinâmica temporal própria. Desde que o segurado opte por prorrogar o início da aposentadoria (abrindo mão de prestações às quais já fazia jus), ele tem direito à integralidade do salário-de-benefício. É uma opção que acompanha o direito ao benefício.

Literalmente, tendo em vista a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição e as regras de transição que foram criadas, o art. 3º da EC 103 não deixa muito claro se é possível a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91.

Por um lado, o *caput* resguarda a aplicação da legislação vigente até a véspera da mudança constitucional. De outro, o § 2º dá a entender que se deve aplicar a legislação “em vigor à época em que foram atendidos os requisitos” necessários para a concessão da aposentadoria, *verbis*:

Art. 3º [...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria devidos ao segurado a que se refere o *caput* e as pensões por morte devidas aos seus dependentes *serão apurados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos* nela estabelecidos para a concessão desses benefícios.

A ressalva do § 2º poderia ser entendida como uma limitação do direito adquirido. Nesta linha de raciocínio, o direito adquirido englobaria, para todas as prestações, o salário-de-benefício apurado na véspera da vigência da EC 103/19, ou seja, não seria possível uma mudança no salário-de-benefício com a aplicação *a posteriori* do art. 29-C da Lei 8.213/91.

Reforça essa tese o fato de a própria EC 103 ter estabelecido três regras de transição que permitem a integralidade no salário-de-benefício, embora com novas exigências em todas elas. Assim, considerando a ruptura com o regime jurídico anterior, os caminhos da integralidade teriam que ser as regras de transição previstas para a espécie⁴.

No entanto, existem fortes razões que levam à conclusão de que a tese acima é equivocada. Na verdade, o direito adquirido à aposentadoria por tempo de contribuição, previsto no art. 3º da EC 103, implica também o direito adquirido à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91, caso o segurado opte por prorrogar o início do benefício.

A diferença entre *requisito* e *critério*

A redação do *caput* do art. 3º da EC 103 (*in fine*) apresenta uma distinção essencial para a compreensão do alcance do direito adquirido ali previsto. O dispositivo assegura a concessão de aposentadoria no RGPS, a qualquer tempo, para quem cumprir os *requisitos* até a data de entrada em vigor da emenda, observados os *critérios* da legislação então vigente.

De acordo com a EC 103, são dois os tipos de regras protegidas pelo direito adquirido: os *requisitos* para a concessão de benefícios e os *critérios* para a concessão. Não se trata de sinônimos, mas de dois aspectos verdadeiramente diferentes no regime jurídico de cada benefício, pois todos eles apresentam *requisitos* e *critérios* de concessão.

⁴ De acordo com o sítio eletrônico do INSS, que permite simulações de aposentadoria, este parece ser o entendimento oficial da autarquia.

Exemplificativamente, o Auxílio-Reclusão exige a conjugação de três *requisitos*: qualidade de segurado, cumprimento de carência e comprovação de baixa renda. Este último requisito, porém, só pode ser compreendido de acordo com *critérios* estabelecidos pelo legislador (ou seja, o modo como se apura a “baixa renda”, o valor considerado de “baixa renda” etc.).

Da mesma maneira, a Pensão por Morte pressupõe o preenchimento de três *requisitos*: qualidade de segurado, morte do segurado e a existência de dependentes. Quanto a este último, porém, a lei estipula *critérios* para a identificação das pessoas (ordem de preferência, presunções legais, tempo mínimo de casamento ou união estável etc.).

Para a Aposentadoria Especial, por sua vez, a legislação estabelece três *requisitos*: cumprimento de carência, idade mínima e o exercício de atividade especial por 15, 20 ou 25 anos. O caráter especial da atividade, entretanto, depende de *critérios* estabelecidos pela lei (formulário-padrão, modo de preenchimento, tipo de exposição, lista de agentes nocivos, limites de tolerância etc.).

Portanto, não se deve confundir *requisito* com *critério*. Aliás, a própria EC 103 trouxe tal distinção de nomenclatura para o corpo das regras permanentes da Constituição Federal, tanto no RPPS (art. 40, § 12)⁵ quanto no RGPS (art. 201, § 1º)⁶. Não se trata, pois, de uma distinção aleatória.

No caso da Aposentadoria por Tempo de Contribuição, dada a complexidade resultante das Leis 9.876/99 e 13.183/15, os *critérios* de cálculo (divisor mínimo, Fator Previdenciário, Fórmula 85/95 etc) não podem ser confundidos com os *requisitos* para a sua concessão, que consistem basicamente na exigência de 35 anos de contribuição, no caso de homens, e 30 anos para mulheres (com redução de 05 anos para professores da educação básica).

Em que pese o § 2º não reproduzir essa distinção, é lição da hermenêutica que os desdobramentos de um artigo de lei (parágrafos, incisos e alíneas) devem ser lidos à luz do *caput*, até porque, como visto, *requisitos* e *critérios* traduzem realidades distintas confirmadas pela própria EC 103.

Assim, pode-se afirmar que o direito adquirido previsto no art. 3º da EC 103 engloba não apenas os *requisitos* para a concessão da aposentadoria, quando preenchidos antes da alteração constitucional, como também os *critérios* de concessão. Por isso, no caso específico da aposentadoria por tempo de contribuição está assegurada a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91.

⁵ Art. 40, § 12. Além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os *requisitos* e *critérios* fixados para o Regime Geral de Previdência Social.

⁶ Art. 201, § 1º É vedada a adoção de *requisitos* ou *critérios* diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (...)

O caráter acessório do *critério* frente ao *requisito*

Como se não bastasse a distinção acima, a própria natureza dos critérios e dos requisitos conduz à mesma conclusão. Com efeito, é lição conhecida no meio jurídico que a sorte do acessório segue a sorte do principal. Além de ser um princípio doutrinário clássico, encontra-se positivado no Código Civil Brasileiro, que em seu art. 92 prevê: “Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”.

Embora a formulação do Código Civil tenha aplicação mais frequente entre os civilistas, especialmente por conta do Direito das Coisas, a própria civilista Maria Helena Diniz alerta para o fato de que “não só os bens corpóreos comportam tal distinção; os incorpóreos também” (2010, p. 138). Assim, a mesma lógica pode ser vislumbrada na relação jurídica previdenciária.

Ora, os critérios de concessão de um benefício (sobretudo quando há variação de hipóteses) se subordinam aos requisitos de concessão. Não há como falar nos *critérios* de cálculo de uma aposentadoria se os *requisitos* para ela não estão preenchidos. É possível falar nos requisitos sem adentrar as discussões sobre critérios de concessão, mas não o contrário. Em suma, os critérios de concessão se subordinam aos requisitos porque deles dependem para ter aplicação prática.

Uma aposentadoria por tempo de contribuição pode ser concedida por diferentes critérios de cálculo (percentuais diferentes, descontos pelo Fator Previdenciário ou exclusão dele etc.), mas não cabe falar em tais critérios se os requisitos de concessão não estiverem presentes. Portanto, os critérios de concessão constituem uma realidade acessória frente aos requisitos, que constituem o aspecto principal da relação jurídica previdenciária em matéria de benefícios.

Segundo a lição de Maria Helena Diniz, é “importantíssima a distinção entre a coisa principal e acessória, pois a coisa acessória segue lógica e obviamente a principal [...] a coisa acessória pertence ao titular da principal” (2010, p. 138). Assim, se o art. 3º, *caput*, da EC 103 resguardou o direito adquirido aos *requisitos* para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, que é o *principal*, por óbvio promoveu a mesma proteção aos *critérios* de cálculo vigentes antes da alteração constitucional, que é o acessório.

Não se trata aqui da situação discutida pelo STF no RE 575.089 (Tema 70). Na ocasião, ficou decidido que não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema previdenciário com aquelas aplicáveis ao anterior, porquanto inexistente direito adquirido a determinado regime jurídico⁷.

⁷ O que originou o precedente do STF foi o caso de um aposentado com fundamento no art. 3º da EC 20/98, que alegava ter direito a computar o tempo de contribuição posterior à alteração constitucional, e ao mesmo tempo, direito ao cálculo da aposentadoria conforme as regras

Na presente discussão não se postula direito anterior com base na norma anterior, mas sim direito anterior com base na norma vigente. É o próprio art. 3º da EC 103 que resguarda o direito adquirido quanto aos requisitos de concessão, sendo a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 uma mera consequência do direito adquirido, dada a sua natureza acessória.

O sentido peculiar da expressão *a qualquer tempo*

Atentas ao entendimento do STF na Súmula 359, as principais reformas constitucionais envolvendo a Previdência Social se valeram da expressão *a qualquer tempo* para materializar o direito adquirido (art. 3º, *caput*, da EC 20/98⁸ e art. 3º, *caput*, da EC 41/03⁹), indicando assim que o acesso à aposentadoria é uma garantia exercitável pelo beneficiário segundo a sua conveniência.

Nessas ocasiões, a expressão *a qualquer tempo* teve o condão de permitir ao titular do direito exercê-lo no futuro sem determinação de prazo, encontrando seu limite apenas eventual mudança legislativa subsequente. Em suma, o objetivo sempre foi reforçar a garantia do direito e dar ao seu titular a liberdade para o requerimento em momento posterior.

O art. 3º da EC 103/19, entretanto, possui uma nuance. É a primeira vez que o cálculo das aposentadorias já incorporadas ao patrimônio jurídico dos segurados está atrelado a critérios que, por previsão da própria legislação até então vigente, podem ter projeção no futuro (Fórmula 85/95) por decisão unilateral do segurado.

Por isso, o disposto no art. 29-C da Lei 8.213/91 obriga a uma leitura lógica da expressão *a qualquer tempo* contida no art. 3º da EC 103/19, de modo que o cálculo do salário-de-benefício deve seguir a pontuação (idade + tempo de contribuição) da data do requerimento e não da data da conquista da aposentadoria. Do contrário, perde sentido a expressão *a qualquer tempo*.

A tese de que a integralidade é juridicamente possível apenas pelas regras de transição é falha, pois ela equipara indevidamente os segurados que possuem *direito adquirido* com aqueles que não o possuem e precisam se submeter às *regras*

vigentes anteriormente à alteração constitucional, visando assim escapar dos efeitos da Lei 9.876/99, que foi editada posteriormente para instituir o Fator Previdenciário.

⁸ Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, *a qualquer tempo*, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

⁹ Art. 3º É assegurada a concessão, *a qualquer tempo*, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

de transição, ou seja, iguala os que já conquistaram o direito com aqueles que ainda estavam a caminho dele, contrariando a lógica da própria EC 103.

Data venia, a supressão do direito à aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 para os *titulares do direito adquirido* implicaria igualá-los, ou até prejudicá-los, quando comparados aos *titulares de regras de transição*. Evidentemente, a situação jurídica daqueles não pode ser pior do que a situação jurídica destes, sob pena de se subverter toda a *ratio* do art. 3º da EC 103.

É importante ressaltar que não se trata de projeção de legislação pretérita para benefícios conquistados sob a égide de lei nova, tese também já rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 597.389 (Tema 165)¹⁰, mas de incidência da legislação pretérita para a concessão e cálculo de benefício segundo os requisitos e critérios conquistados também com base nela.

Portanto, em que pese o art. 29-C da Lei 8.213/91 estar revogado tacitamente pela EC 103/19, ele permanece intacto para aqueles que até a véspera da alteração constitucional já possuíam o tempo para se aposentar. Pensar de modo contrário, seria equiparar injustamente os *detentores* com os *não-detentores* do direito adquirido, violando-se o princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, CF.

CONCLUSÃO

Apesar de as reformas previdenciárias preservarem o direito adquirido, as regras que veiculam essa garantia podem suscitar dúvidas. É o que ocorre com o art. 3º da Emenda Constitucional 103, que garante a aposentadoria por tempo de contribuição no RGPS, segundo as regras até então vigentes, mas não aborda com clareza o modo como ela deve ser calculada.

Trata-se de uma dúvida relevante, pois envolve a exclusão (ou não) do Fator Previdenciário no cálculo. O texto do § 2º do referido dispositivo não deixa claro se o salário-de-benefício deve ser calculado apenas na data da conquista da aposentadoria (véspera da alteração constitucional), ou se a aplicação *a posteriori* do art. 29-C da Lei 8.213/91 também foi incorporada ao patrimônio jurídico dos segurados.

Por outro lado, é fato público e notório que muitos segurados já elegíveis à aposentadoria por tempo de contribuição, na data da aprovação da EC 103, planejavam o requerimento do benefício na forma integral prorrogando o seu início. No entanto, consideradas as informações e simulações de aposentadoria no sítio

¹⁰ Na ocasião, o STF reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei 9.032, de 1995, não poderia ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal.

eletrônico do INSS, com base no art. 3º da EC 103, observa-se que a integralidade está garantida apenas aos segurados que atendem às novas exigências trazidas pelas regras de transição para a espécie.

Esse quadro é preocupante. Não se pode olvidar que os segurados que aguardavam a pontuação (Fórmula 85/95) para requerer a aposentadoria na forma integral, abriram mão de prestações às quais já faziam jus e desoneraram o RGPS durante todo o período em que o benefício não foi requerido. Negar-lhes agora a aplicação superveniente do art. 29-C da Lei 8.213/91 seria um pesado ônus. Como não existe crédito previdenciário sem prévio requerimento, o prejuízo causado a tais cidadãos é irreparável e representa um odioso enriquecimento sem causa por parte do RGPS.

Por outro lado, em virtude da posição oficial do INSS, é provável que muitos segurados venham a requerer a aposentadoria desprezando a Fórmula 85/95, inadvertidamente, e fiquem impossibilitados de requerer revisão posteriormente, já que o benefício é irrenunciável depois de concedido e pago ao beneficiário. Esta hipótese também representa um pesado ônus para quem já podia até ter gerado despesas para o RGPS e optou por postergá-las.

Por isso, é importante que o posicionamento oficial do INSS seja tempestivamente revisto a fim de evitar prejuízos a pessoas que planejavam se beneficiar com o valor integral na aposentadoria. São cidadãos que abriram mão de prestações que já poderiam ter sido pagas (e preferiram aguardar), ou de cidadãos que vão se prejudicar por requerer o benefício com menor valor (inadvertidamente), antes do momento adequado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 575.089*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 24/10/2008. Disponível no sítio eletrônico www.stf.jus.br (acessado em 02/07/2020).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 597.389*. Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 21/08/2009. Disponível no sítio eletrônico www.stf.jus.br (acessado em 02/07/2020).

CAMARANO, Ana Amélia; FERNANDES, Daniele. Os homens maduros que não trabalham nem são aposentados: um estudo exploratório da PNAD contínua. In: *Mercado de Trabalho: conjuntura e análise*. Número 64 (Abril 2018). Brasília: IPEA/Ministério do Trabalho, 2018, p. 53-62.

CONSTANZI, Rogério Nagamine. Reforma da previdência e mercado de trabalho. In: *Mercado de Trabalho – conjuntura e análise*. Número 62 (Abril 2017). Brasília: IPEA/Ministério do Trabalho, 2017. p. 79-90.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. As reformas previdenciárias de 2015. O que sobrou? In: FOLMANN, Melissa; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. *Previdência em Tempo de Reformas*. Porto Alegre: LexMagister, 2015, p. 47-55.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários às súmulas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Subsídios para um modelo de previdência social para o Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SANTOS, Taís Rodrigues dos; MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Revisão dos Benefícios Previdenciários*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- STEPHANES, Reinhold. *Reforma da Previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

Data do recebimento: 03/06/2020

Data da aprovação: 02/07/2020

POLÍTICA DE ATENDIMENTO À PESSOA IDOSA: A DELIBERAÇÃO E EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À MELHOR IDADE NA ATUAL CONJUNTURA DE CRISE

POLICY OF THE OLDER PERSON: THE DELIBERATION AND EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES RETURNED TO THE BEST AGE IN THE CURRENT CONJUNCTURE OF CRISIS

Robson Leandro Soda*

Rosane Teresinha Carvalho Porto**

RESUMO

O presente artigo, através de pesquisa bibliográfica e busca de dados em sites governamentais, utilizando-se do método dedutivo, tem como objetivo identificar a política de atendimento à pessoa idosa na contemporaneidade, permeando a legislação pertinente no país, bem como as principais políticas públicas implementadas pela esfera federal para este estrato populacional. Os desafios são múltiplos, além de estruturados em diversos setores da sociedade brasileira, como saúde, educação, seguridade, trabalho e renda. Ainda que os direitos dos idosos no Brasil tenham

* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPq. Pesquisa nas áreas de direitos humanos, políticas públicas e acesso à justiça. E-mail: robsonsoda.adv@gmail.com.

** Doutora em Direito pela UNISC. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialização pela PUC/RS em Docência no Ensino Superior. Especialização pela PUC/RS em Nova Educação, Metodologias e foco no aluno. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado. Professora na graduação em direito e na Pós *Lato Sensu* na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Estuda temáticas voltadas a criança e adolescente, direitos sociais, acesso à justiça e soluções de conflitos. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). E-mail: rosaneporto@unisc.br.

avanzado ao longo dos anos, faz-se mister direcionar uma reflexão acerca de perspectivas atuais e futuras das políticas públicas, bem como reafirmar a necessidade de proteção aos nossos idosos frente a uma população que ainda se mostra insipiente a essa heterogeneidade.

Palavras-chave: Idosos. Direitos humanos. Políticas públicas. Estatuto do idoso. Políticas sociais.

ABSTRACT

The present article, through a bibliographical research and search of data on governmental sites, using the deductive method, aims to identify the policy of care for the elderly in contemporary times, permeating the pertinent legislation in the country, as well as the main public policies implemented by the federal sphere for this population stratum. The challenges are manifold, in addition to being structured in several sectors of Brazilian society, such as health, education, security, work and income. Although the rights of the elderly in Brazil have advanced over the years, it is necessary to direct a reflection about current and future perspectives of public policies, as well as reaffirm the need to protect our elderly people against a population that still is insipid to this heterogeneity.

Keywords: Seniors. Human rights. Public policy. Statute of the elderly. Social politics.

INTRODUÇÃO

O Brasil está envelhecendo. Estima-se que em 2060 um quarto da população terá mais de 65 anos, equivalente a 58,2 milhões de idosos, enquanto que em 2018 essa proporção foi de 9,2% (19,2 milhões). A projeção notória instiga investigações científicas e discussões importantes, objetivando os cuidados específicos que este novo perfil populacional necessita, principalmente num país em desenvolvimento.

Esta fração populacional, assim como em outros segmentos da sociedade, possui a vulnerabilidade como uma de suas características principais, necessitando-se, por conseguinte, de políticas públicas direcionadas a propiciar o bem-estar e uma proteção social particular, que efetive seus direitos constitucionais, visto que os desafios são múltiplos, além de estruturados em diversos setores da sociedade brasileira, como saúde, educação, previdência, trabalho e renda.

Utilizando-se da metodologia dedutiva e pesquisa doutrinária, a pesquisa tem o objetivo de elucidar a seguinte questão: qual a configuração da política de atendimento a pessoa idosa na atual conjuntura de crise e qual a importância das políticas públicas setoriais para o exercício da cidadania nesta fase da vida?

Inicialmente, teceremos reflexões gerais sobre o envelhecimento, tratando das conceituações da doutrina e dos órgãos governamentais, visto que, ainda que

tenhamos algumas definições de base legal, o envelhecer implica em ajustes contínuos a diferentes processos individuais, levando-se em conta suas particularidades.

Em sequência, traremos o avanço da legislação, demonstrando as principais garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo para que, finalmente, trazendo dados estatísticos recentes, possamos corroborar a importância das políticas públicas que tanto colaboram para o bem-estar de nossos idosos, bem como para atingir as metas governamentais nos principais setores que abarcam este estrato populacional.

REFLEXÕES GERAIS SOBRE ENVELHECIMENTO E AS GARANTIAS AMPARADAS PELO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Tornando-se um grande desafio para os setores sociais, o envelhecimento humano – caracterizado por transformações físicas e psicológicas, influenciado também por fatores sociais – tem gerado debates quanto a efetivação e deliberação de diferentes políticas públicas que ajam positivamente, durante todo o processo de envelhecimento, até a chegada da velhice.

Beauvoir (1990, p. 109) foi uma das primeiras estudiosas a incitar questionamentos sob os sentidos da velhice. “ É uma certa categoria social, mais ou menos valorizada segundo as circunstâncias. É, para cada indivíduo, um destino singular – o seu próprio.” Consoante, o primeiro ponto de vista citado faz referência aos legisladores, dos moralistas enquanto que o segundo, o dos poetas.

Aos olhos de Biasus (2016, p. 58), tratar da psicologia do idoso, é tratar da proximidade de finitude e da angústia que isso representa para seu próprio psíquico. Neste sentido, “tem-se que a superação desta angústia estará diretamente relacionada com os recursos desenvolvidos para elaboração de perdas e lutos ocorridos ao longo da vida e que aumentam com o passar do tempo de vida”.

A legislação brasileira tem avançado ao longo dos anos, buscando assegurar direitos, bem como a proteção desta parcela mais vulnerável. Contudo, apesar da clareza de muitos dispositivos, essa proteção, nem sempre é concretizada na prática.

A longevidade com saúde física e mental, presente primordialmente em países desenvolvidos, é um desafio real para nossa sociedade, um fenômeno contemporâneo, afinal, já dizia Arnaldo Antunes: “A coisa mais moderna que existe nessa vida é envelhecer”.

Conceito de idoso e nomenclatura

Sabe-se das dificuldades em se definir um conceito genérico que descreva a pessoa idosa. Para o pesquisador, o leitor e até mesmo para o próprio idoso, o termo “velho”, muitas vezes, causa certa estranheza, levando a uma conotação de preconceito, depreciação, como algo sem valor.

Neste sentido, cabe citar o trabalho de Almeida (2009, p. 5) ao destacar a velhice, não como um processo único, mas sim como uma somatória de outros, o que contribui para a dificuldade de categorização. A velhice, assim, não seria um estado “mas um constante e sempre inacabado processo de subjetivação. Portanto, pode-se dizer que na maior parte do tempo não existe um “ser velho”, mas um “ser envelhecendo”.

Pérola Braga é atenta as particularidades ao referenciar o envelhecer. Concede-se que “não há velhice e sim velhices” no decorrer de um processo individual, subjetivo e existencial. Neste sentido, cada indivíduo, possui um tempo característico para se sentir velho, levando-se em conta a unicidade de cada existência. (BRAGA, 2011, p. 3)

O fato das pessoas não envelhecerem da mesma forma, remete-nos a uma profunda reflexão conceitual, considerando-se os inúmeros fatores dentro deste cenário heterogêneo, sejam eles físicos, psíquicos ou sociais.

Para Ana Amélia Camarano, especialista do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em envelhecimento populacional, o conceito de idoso “ficou velho”. Do início da década de 90, momento em que as primeiras definições ficaram conhecidas, até os tempos hodiernos, houve um aumento na expectativa de vida, com autonomia e boas condições de saúde. A pesquisadora, inclusive, brinca que estamos rejuvenescendo ao invés de envelhecer porquanto que “ a velhice, no sentido de perda de capacidade de trabalhar, de vida cotidiana e autonomia, está começando mais tarde”. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018, §§ 8º-9º)

Com conotação negativa, a palavra “velho”, conforme Martinez (1997, p. 17) *apud* Braga (2011, p. 4) passou a ser vinculada a algo inútil. Neste sentido, vale ressaltar que os estereótipos trazem uma carga negativa na vida de muitas pessoas, principalmente daquelas em situação de vulnerabilidade, prejudicando a autoestima e até causando depressão.

Hoje, em face do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, e da Política Nacional do Idoso (PNI), Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, os cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos são legalmente considerados “idosos”. (BRASIL, Lei n. 10.741, 2003)

Já a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002) passou a definir o idoso a partir de sua idade cronológica, levando em conta o nível socioeconômico de cada nação: 60 anos aos que vivem em países em desenvolvimento e 65 em se tratando de nações mais desenvolvidas.

Assim, pode-se observar que, ainda que tenhamos algumas definições de base legal, não existe um conceito fechado para aqueles que adentram na melhor idade, visto que envelhecer implica em ajustes contínuos a diferentes processos individuais, levando-se em conta condições físicas e mentais (capacidades). Na sequência faremos um apanhado acerca das garantias amparadas aos idosos pelo direito brasileiro contemporâneo, para que em seguida possamos avançar a

pesquisa traçando a ótica das políticas públicas setoriais para os idosos no país frente a atual conjuntura socioeconômica e política.

Uma abordagem sobre as garantias amparadas pelo direito brasileiro contemporâneo

O Brasil já foi considerado um país jovem. Hoje, é cediço da existência de uma grande parcela de cidadãos com idade igual, ou superior a 60 anos. Esta fração populacional, assim como outros segmentos da sociedade, possui a vulnerabilidade como uma de suas características, necessitando-se, assim, de políticas públicas direcionadas a propiciar o bem-estar e uma proteção social específica, que efetive seus direitos constitucionais já expressos.

Como marco histórico, a Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948, iniciou as tratativas favoráveis a pessoa idosa, principalmente ao citar em dispositivo, o direito a “saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”, em caso de velhice. (ONU, 1948, art. 25)

O art. 203, inciso V da Constituição Federal elenca como um dos objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à **velhice**. (BRASIL, 1988, grifo nosso). A partir de nossa Lei Maior, obtivemos alguns avanços ao longo do tempo, conforme podemos observar na linha do tempo a seguir:

Figura 1. Linha do tempo.



Fonte: Encontro Sobre Integração entre Serviços e Benefícios Socioassistenciais

A Política Nacional do Idoso (PNI), por meio da Lei n. 8.842, foi instituída em 1994 com o objetivo de garantir os direitos sociais, “criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”. (BRASIL, 1994)

A partir do contexto jurídico e social presente, o Estatuto do Idoso, além de regulamentar o art. 230 da Constituição Federal – juntamente com a Política Nacional do Idoso – apresentou-se como uma perspectiva mais acentuada ao tratar de uma gama de direitos em nosso país.

Sob o ponto de vista jurídico, a Lei n. 10.741/2003 pode ser considerada o marco legal concernente às normas de proteção ao idoso contra a violência, prevendo “normas de natureza civil, criminal e administrativa com o intuito de prevenir e reprimir a violência perpetrada”. (MINAYO; ALMEIDA, p. 444)

Aprovado em outubro de 2003, o Estatuto entrou em vigor oficialmente a partir de 01 de janeiro de 2004, trazendo maior rigor nas punições dos crimes contra a terceira idade, além de configurar direitos e deveres.

Conforme Cruz e Leite (2005, p. 10), o Estatuto do Idoso trouxe à baila pontos relevantes, inserindo os cidadãos em programas de profissionalização, almejando com isso melhores remunerações. Ademais, “criou normas para o direito de propriedade e da habitação bem como regulamentou o direito da gratuidade em transportes coletivos”, além, é claro, de pontos relevantes como o direito à liberdade, dignidade e direito a vida.

Resumidamente, Faleiros (2007, p. 156) pontua a importância de alguns dispositivos do referido Estatuto, *in verbis*:

O Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, aprofunda a PNI, afirmando que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (artigo 2º), e que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social” (artigo 8º). Pelo artigo 9º “É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa proteção à vida e à saúde” e, junto com a família e a sociedade, garantir sua liberdade e dignidade.

Destaca-se, neste sentido, que a legislação tem avançado ao longo dos anos, voltada a assegurar direitos inerentes aos idosos, bem como buscado a proteção desta parcela mais vulnerável. Apesar da clareza de muitos dispositivos, essa proteção, nem sempre é concretizada na prática. Soma-se aqui o fato de grande parcela da população estar envelhecendo em situação de pobreza, bem como das incertezas que assombram o país em decorrência da crise econômica, política e social por ora instalada.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS SETORIAIS PARA OS IDOSOS NO BRASIL FRENTE AO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

Embora, hodiernamente, estejamos presenciando o fenômeno de uma geração de idosos com melhor qualidade de vida, a chamada gerontolescência,

construção social difundida por uma das maiores autoridades em envelhecimento do mundo, o médico brasileiro Alexandre Kalache, o país, convém destacar, passa por uma crise econômica, social e política, atingindo setores importantes como saúde, educação e seguridade social.

Nossa Constituição Cidadã trouxe a possibilidade de inúmeros avanços no plano social e organizacional do Estado. A partir dela, teve-se a possibilidade de maior participação da sociedade, através da promoção de políticas públicas, colaborando para o bem-estar de nossos idosos, bem como para atingir as metas governamentais em diferentes setores que abarcam este estrato populacional.

Desta feita, sequencialmente, trataremos das principais políticas públicas setoriais para os idosos no país, frente ao atual cenário.

Políticas de saúde

Conforme o princípio da universalidade, os serviços sociais voltados a assegurar a saúde dos cidadãos devem ser direcionados a todos, correspondendo a suas necessidades. Os países que se comprometem com este objetivo, conforme a Organização Mundial da Saúde, devem “ responder a perguntas complexas: o que são necessidades em saúde? Quem as define? Quais serviços cobrir? Quem os vai prestar e como? Como financiá-los? Quem paga e como?” (GIACOMIN; MAIO, 2016, p. 138)

Como uma das prioridades no Pacto Pela Vida¹ a saúde do idoso surge, pela primeira vez, de forma explicitada na história das políticas públicas no Brasil. Estas prioridades foram organizadas conforme metas nacionais, estaduais, regionais e municipais, dada as consequências da dinâmica demográfica do país. (MINISTÉRIO DA SAÚDE p. 10-11)

Em 1999, a Portaria Ministerial n. 1.395/99 determina a Política Nacional de Saúde do Idoso, assegurando a promoção, formação ou readequação de atividades e projetos com base nas normas e diretrizes por ela estabelecidas. (CAVALINI; FERREIRA; ASSUNÇÃO FERREIRA, 2014)

No entanto, a atual conjuntura econômica e social brasileira configura também um aumento nos níveis de desigualdade, causando impacto na qualidade de vida de todos os cidadãos. Hoje o conceito de saúde é muito amplo e a omissão na promoção de políticas públicas em diversas áreas, como emprego, educação e moradia, pode deixar o cidadão em situação de vulnerabilidade, afetando principalmente a sua saúde.

¹ O Pacto Pela Vida, de 2006, é um conjunto de compromissos sanitários, definidos pelos governos federal, estaduais e municipais., advindos da análise das condições de saúde do país. As prioridades e objetivos são definidos por meio da portaria 399/GM12, como, por exemplo, e por ser o objeto aqui estudado, a valoração e efetivação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa.

[...] neste cenário, a desigualdade da distribuição da renda, os elevados índices de desemprego e subemprego, que resultam em precárias condições de vida de expressiva parcela da população, são alguns dos problemas que determinam as condições de saúde e tornam complexo o desempenho dos serviços de saúde. Esses problemas agravam a exclusão social de certos grupos da população, como o de idosos, que aumentam devido à expectativa de vida mais prolongada e a queda das taxas de fecundidade. (GEIB, 2010, p. 127)

Vale destacar, conforme Geib (2010, p. 126) que, somada à desigualdade de renda, a desigualdade de gênero aloca em patamar ainda mais abaixo as idosas com histórico de escassa participação no mercado de trabalho. Elas se tornam categoricamente dependentes do sistema público de saúde, com benefícios mínimos de aposentadoria.

As doenças crônicas não transmissíveis, como as crônico-degenerativas, obtiveram crescimento significativo em conformidade com a maior sobrevida populacional. Mister, neste sentido, uma reavaliação das políticas públicas voltadas a pessoa idosa, bem como maior investimento financeiro neste setor. (SCHMINSKI VIEIRA; SOUZA VIEIRA, 2016)

No 1º Seminário Internacional sobre Saúde e Educação na Terceira Idade, que aconteceu no segundo semestre de 2018, a importância da promoção do envelhecimento saudável foi amplamente pautada. Ressaltou-se, contudo, que a velhice é heterogênea, tal qual os idosos. Neste sentido, a deputada Leandre (PV-PR), 2ª vice-presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, afirmou que alguns idosos são mais autônomos que outros, necessitando-se assim a garantia de políticas públicas que atentem tanto para os detentores desta autonomia, quanto para aqueles mais frágeis. (PORTAL CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018)

Recentemente, a OMS definiu suas 10 metas prioritárias de saúde para 2019, buscando uma ampliação do acesso e, igualmente, de sua cobertura. Dentre os temas, destacam-se o fortalecimento da saúde primária, redução da obesidade, maior cobertura de vacinação bem como a luta contra o HIV. (OMS, 2019)

Conforme o ex-ministro dos governos Lula e Dilma e ex-secretário de Saúde da prefeitura de São Paulo na gestão Fernando Haddad, o médico infectologista Alexandre Padilha, nosso país se encontra distante de bater estas metas que a Organização Mundial da Saúde estabelece como prioridades dado aos efeitos negativos da EC 95, limitadora de investimentos sociais no país pelos próximos 20 anos. (REDE BRASIL ATUAL, 2019)

Pesquisas recentes apontam que 75,3% dos idosos brasileiros dependem exclusivamente dos serviços prestados no Sistema Único de Saúde (SUS). Pela primeira vez o “estudo traça o perfil da saúde do idoso, o uso dos serviços de

saúde, as limitações funcionais, as causas de hospitalizações, entre outras condições sociais que vão permitir aprimorar as políticas públicas para esta população”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018)

Data vênua, no ano em que o Sistema Único de Saúde completou 3 décadas de sua implantação, torna-se notório as consequências negativas da EC 95. Em algumas cidades, como por exemplo, foram relatados casos de idoso dormindo em filas em busca de atendimento. Para Piola (2018, p. 14) o fenômeno é resultado do corte de despesas em “insumos básicos, manutenção de equipamentos, distribuição de medicamentos, programas de promoção e prevenção, o que prejudica de imediato o atendimento da população”.

Contudo, ainda que o país controle suas receitas trazendo crescimento frente ao congelamento das despesas primárias, o lucro deve ser absorvido na formação do superávit primário. (PIOLA, 2018, p. 2)

A boa notícia é de que o Ministério da Saúde, após consulta pública em 2017, finalizada em 2018, lançou um documento de orientação aos profissionais que trabalham com os idosos no SUS. Trata-se da implementação de uma linha de cuidado integral, com objetivo de trazer um novo olhar destes profissionais frente as principais necessidades deste estrato populacional, como a autonomia, estilo de vida e as vulnerabilidades sociais. Assim, quebra-se o paradigma de se observar apenas a doença, trazendo um olhar diferenciado para as necessidades da pessoa idosa. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018).

Políticas de trabalho e seguridade social

A promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, nos trouxe a possibilidade de inúmeros avanços no plano social e organizacional do Estado. A partir dela, teve-se a possibilidade de maior participação da sociedade, através dos conselhos e fóruns, colaborando para o bem-estar social, bem como para atingir as metas governamentais em diferentes áreas, como a da seguridade.

A seguridade social, consoante o art. 194 da Constituição Federal, é um conjunto integrado de ações com iniciativa da sociedade e dos poderes públicos, objetivando assegurar direitos relativos a assistência social, saúde e a previdência. (BRASIL, 1988)

Efetivamente, a seguridade configura inclusão. É uma espécie de princípio reitor da proteção social, que nos norteia em lutas sociais diárias, traspondo a burocracia pública em defesa de direitos universalizados, bem como demonstra a capacidade de resistência às adversas conjunturas. (FLEURY, 2005)

Entretanto, mesmo com a institucionalidade advinda da introdução deste conceito de seguridade, e definidora de uma linha expressa de atuação das políticas

de proteção social, a construção social ultrapassa o dispositivo, indo de encontro “à transformação das formas de sociabilidade e de construção da subjetividade. Mesmo aí o papel da política pública tem sido crucial na expansão da cidadania e na construção de uma sociedade mais inclusiva.” (FLEURY, 2005, 458)

Justifica-se, obviamente, a necessidade de uma reforma em nossa previdência dado ao intenso processo de envelhecimento. Os gastos com as aposentadorias aumentam, sopesando ainda mais as despesas com saúde, previdência e assistência social. Essa transição demográfica produzirá “amplos impactos sobre o crescimento econômico, o mercado de trabalho e a estrutura ideal do gasto público. (COSTANZI, *et al.*, 2018, p. 131-132)

Um dos pontos defendidos seria o da eliminação ou ao menos redução da diferença de idade para aposentadoria entre homens e mulheres. Contudo, é inconsistente a razão de acreditar que esta seja uma intervenção eficaz, no que tange não ser atuante nas causas do problema que supostamente justifica a medida. As disparidades da chamada jornada dupla e da desigualdade de gênero apresentam-se como desafios a serem tratados por meio de políticas públicas, dada a problemática de múltiplas faces e de complexidade. (COSTANZI, *et al.*, 2018)

O ponto é que a situação exige políticas públicas que consigam eliminar, minimizar ou equilibrar (entre os sexos) o problema de jornadas agregadas, entre outros vetores de desigualdade. Do ponto de vista de saúde no trabalho (remunerado ou não), a manutenção do atual modelo implica insistir em uma estratégia que não evita o risco e não investe na prevenção, jogando os custos posteriores da inação na contabilidade já combatida da Previdência Social. (COSTANZI, *et al.*, 2018, p. 173)

Hoje a crise econômica faz dos aposentados os novos chefes de família. Com a incumbência de assumir o sustento dos parentes, a retração da economia brasileira e o aumento do desemprego da população mais jovem obrigou parte dos idosos a abrigarem suas famílias, impondo novos desafios para a sociedade. (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2015)

Conforme pesquisa da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) e pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil, 2018), 91% (nove em cada dez idosos) contribuem financeiramente com o orçamento de suas famílias, sendo que 43% destes são responsáveis pelo sustento total.

Indo além, apenas o benefício de aposentadoria do idoso tem se tornado exíguo, inclusivamente para suas próprias demandas, o que o faz encarar o mercado de trabalho, até mesmo na informalidade (nos chamados bicos). Ao menos 21% da população idosa já aposentada continua ativa no mercado de trabalho nacional, sendo que 47% desta fração trabalha puramente por necessidade. (SPC BRASIL, 2018).

Nesta seara, Kalache (2012) aponta a contradição: se a meta governamental é de uma Previdência Social universal, e que traga as garantias mínimas aos trabalhadores, porque o benefício se torna tão insuficiente para abarcar a totalidade das despesas durante a velhice? E completa afirmando que a população brasileira é penalizada por ter uma renda baixa num local em que o custo de vida é muito alto. (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2015)

Algumas empresas já trabalham em sentido de abarcar esta faixa etária “por meio de empreendedores, autônomos ou à distância, modalidade em que os trabalhadores prestam serviços na própria casa”. (EPOCA NEGOCIOS, 2018, § 4º)

Conforme o economista Hélio Zylberstajn, defensor do projeto de lei que cria o Regime Especial de Trabalho do Aposentado (Reta), desenvolvido em conjunto ao Instituto de Longevidade Mongeral Aegon e pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), poderiam ser incorporados ao mercado de trabalho cerca de 1,8 milhão de idosos, caso as regras sobre os aposentados do INSS e do funcionalismo público fossem flexibilizadas. Assim aufeririam seu salário mensal, excluindo-se alguns direitos trabalhistas tradicionais, como o FGTS, objetivando o estímulo do empregador com estas isenções. (EPOCA NEGOCIOS, 2018)

O desemprego acentuado nas diversas faixas da população contribui também para a inadimplência dos idosos que, com a renda familiar cada vez mais comprometida, mergulham em empréstimos consignados. Conforme pesquisa realizada pelo SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), mais de um quarto dos brasileiros estão negativados, e destes, a população idosa foi a que mais cresceu nos registros de inadimplentes (12,48% de alta). (O SUL, 2018)

Políticas de esporte, turismo e lazer e educação para os idosos

O bem-estar físico, mental, psicológico e emocional, carrega uma carga valorativa na promoção da qualidade de vida de qualquer cidadão. Práticas corporais, a leitura, o cinema, uma viagem, são elementos que claramente contribuem com a saúde, principalmente em relação á pessoas idosas. É neste sentido, que vale a pena destacar a literalidade art. 20 do Estatuto do Idoso, ao afirmar que ele tem: “direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”. (BRASIL, 2003)

Na Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842), regulamentada pelo Decreto no 1.948 (3/7/1996), a educação foi abordada em três capítulos “considerando a educação formal, a não formal (universidade para a terceira idade) e as trocas intergeracionais (idoso como mestre e aluno)” (CAMARANO, 2016, p. 28)

Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) de 2017, no Brasil, 7% da população com 15 anos ou mais é considerada analfabeta. Deste montante, 19,3% representam pessoas com 60 anos ou

mais, sendo que no Nordeste, esta taxa sobe, passando a 38,6% (3 milhões de pessoas). Neste sentido, conforme o IBGE, esse número aponta para um perfil formado por idosos que na juventude não tiveram acesso à educação escolar devido sua classe econômica menos favorecida. (CALÇADE, 2018)

Uma das categorias da educação formal é o EJA (Educação de Jovens e Adultos), modalidade voltada a educação de pessoas analfabetas ou com nível de escolaridade baixo. Porém, ainda que o idoso seja citado em suas diretrizes curriculares como aluno em potencial, o programa não é voltado para sua exclusividade, deixando de suprir muitas de suas necessidades educacionais. Estas especificidades, nestas circunstâncias, corroboram a necessidade de maiores debates acadêmicos que estimulem e mobilizem a sociedade civil em aspectos educacionais de formação inicial e continuada, bem como de maiores pesquisas na área de gerontologia. (CAMARANO, 2016)

A Universidade Aberta à Terceira Idade (UATI) como proposta de efetivação do direito fundamental do idoso à educação, está enquadrada dentro dos espaços de educação não formais, onde o principal objetivo não é certificar ou profissionalizar o idoso, mas de abrir as portas do conhecimento com possibilidade de seguir um caminho de aprendizado pelo resto da vida. (CAMARANO, 2016)

Esta modalidade de Universidade voltada a terceira idade fundamenta-se na autorrealização do idoso, trazendo uma abordagem multidisciplinar que analisa os mais variados aspectos presentes em suas problemáticas. (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2010)

As disciplinas teóricas abordam as diferentes dimensões humanas e sociais, apresentadas por diferentes profissionais em suas áreas específicas, entre elas: sociologia, filosofia, psicologia, direito, previdência social, história, geografia, relações humanas, educação, esoterismo, política, economia, medicina, fisioterapia, odontologia, nutrição, jornalismo, turismo, educação física e meio ambiente. As disciplinas práticas envolvem diferentes atividades, como: dança de salão, natação, hidroginástica, biodança, relaxamento e alongamento, atividades esportivas, informática, francês, espanhol, inglês, oficina da comunicação, pintura, artesanato e seresta. (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2010, p. 3)

As atividades físicas abarcadas pela UATI trazem uma gama de benefícios aos idosos, bem como deixam os neurônios capacitados para as demais atividades do dia a dia. Por ser prazerosa, está ligada também ao Lazer, bem como interligada a educação, em sentido que “O lazer é visto como entretenimento, mas pode ser um instrumento de educação, com vantagens sobre o ensino formal ao associar educação com diversão.” (CAMARANO, 2016, p. 34).

Alguns programas governamentais voltados a pessoa idosa, em parceria com secretarias especiais já são difundidos pelo país. Destaca-se a Academia da Terceira

Idade (ATI), que no município do Rio de Janeiro, junto a Secretaria Especial de Envelhecimento Saudável e Qualidade de Vida (SESQV), propicia exercícios físicos aos idosos em academias montadas nas praças da cidade. (COSTA *et al.*, 2016, p. 306)

O programa está bem difundido pelo país. Recentemente, em 24 de março de 2019, a academia ao ar livre foi implantada no distrito de Martinópolis, em São Paulo, em busca de maior qualidade de vida para os idosos da comunidade.

Objetivando desenvolver uma proposta de política pública e social, o Ministério do Esporte reconheceu no ano de 2012 o programa Vida Saudável, oportunizando aos idosos a prática de exercícios físicos, além de atividades culturais e de lazer, estimulando assim “a convivência social, a formação de gestores e lideranças comunitárias, a pesquisa e a socialização do conhecimento”. (MINISTÉRIO DO ESPORTE, 2016, p. 4)

Assim como com o esporte, uma das formas de ocupação do tempo livre é com o lazer, e nas últimas décadas aumentaram o número de instituições que propiciam aos idosos o desenvolvimento de atividades desta natureza. Buscando, por conta própria, um estilo de vida mais participativo, estes idosos passam por um processo de ressocialização, formando novas amizades, construindo assim novas famílias de convivência. (FERRIGNO, 2016)

Hodiernamente, a sociedade passa por inúmeros problemas financeiros devido a crise socioeconômica. Como já explicitado na pesquisa, muitos idosos aposentados prosseguem no mercado de trabalho em busca de continuidade para sua própria subsistência ou, até mesmo, chefiando sua própria família no sustento. Muitos destes idosos assumiram obrigações desde muito cedo, sem oportunidade de desfrutar de uma infância, ou seja, não foram educados para o exercício do lazer. (FERRIGNO, 2016, p. 350)

Uma política cultural voltada tanto para os velhos quanto para as demais gerações deve ter como objetivo não apenas a educação pelo lazer mas também para o lazer. Em outras palavras, deve propiciar condições às pessoas para que decidam como aproveitar da melhor forma seu tempo livre. Tendo em vista a importância desse tipo de atividade para o bem-estar e a emancipação do idoso, a educação para seu exercício deve começar mais cedo na vida, e não somente na velhice (FERRIGNO, 2016, p. 350).

Ainda assim, e ao lado oposto a crise, estão os idosos que gostam de viajar. Segundo a última pesquisa Sondagem do Consumidor – Intenção de Viagem, realizada em novembro de 2017 pelo Ministério do Turismo, os idosos foram perguntados se haveria previsão de viagem nos 6 meses subsequentes, e a resposta foi positiva para 31,7 % dos entrevistados. O próprio Ministério do Turismo desenvolveu uma cartilha intitulada “Dicas para atender bem turistas idosos”, com recomendações aos profissionais no atendimento as necessidades especiais de cada viajante, tratando-as com dignidade e respeito. (REVISTA VERSAR, 2018)

CONCLUSÃO

O Brasil, que já foi considerado um país jovem, hoje possui uma grande parcela de cidadãos com idade igual, ou superior a 60 anos. Esta fração populacional, assim como outros segmentos da sociedade, possui a vulnerabilidade como uma de suas características, necessitando-se, assim, de políticas públicas direcionadas a propiciar o bem-estar e uma proteção social específica, que efetive seus direitos constitucionais já expressos, visto que nossa legislação atual, ainda que avançada, nem sempre é observada na prática.

Este trabalho buscou elucidar a configuração da política de atendimento a pessoa idosa na atual conjuntura de crise, e corroborar a importância das políticas públicas dos principais setores, como esporte, turismo, lazer, educação, trabalho, seguridade social e saúde.

Concluiu-se que a atual conjuntura econômica e social brasileira configura também um aumento nos níveis de desigualdade, causando impacto na qualidade de vida de todos os cidadãos.

A Emenda Constitucional n. 95, de 2016, que alterou a Constituição brasileira de 1988 para instituir o Teto dos Gastos Públicos, limitando os investimentos sociais pelos próximos 20 anos, aflorou uma maior necessidade de desenvolvimento de intervenções compatíveis com as características sociais e culturais dos idosos, visto que o envelhecer implica em ajustes contínuos a diferentes processos individuais, levando-se em conta suas particularidades.

Neste sentido, mister direcionar uma reflexão/criticidade acerca de perspectivas atuais e futuras das políticas públicas, bem como reafirmar a necessidade de proteção aos nossos idosos frente a uma população que ainda se mostra insipiente a essa heterogeneidade.

*O dia se renova todo dia
Eu envelheço cada dia e cada mês
O mundo passa por mim todos os dias
Enquanto eu passo pelo mundo uma vez
A natureza é perfeita
Não há quem possa duvidar
A noite é o dia que dorme
O dia é a noite ao despertar
(Alvaiade,1968)*

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. *Projeção da população 2018*: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. Editora: Estatísticas Sociais, 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

- ALMEIDA, Thiago de. *Amor e sexo após os 60 anos: utopia ou realidade?* 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/.../Amor_e_sexos_após_os_60_anos_Utopia_ou_realidade>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- BIASUS, Felipe. Reflexões sobre o envelhecimento humano: aspectos psicológicos e relacionamento familiar. *Perspectiva*, 2016. Erechim, v. 40, n.152, p. 55-63, dez. 2016.
- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996. *Regulamenta a Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências*. Brasília, 3 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1948.htm>.
- BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Estatuto do Idoso*. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série Legislação, n. 31).
- BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>.
- CALÇADE, Paula. *As taxas de analfabetismo ainda são altas no Brasil?* 2018. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/12398/as-taxas-de-analfabetismo-ainda-sao-altas-no-brasil>>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- CAMARANO, Ana Amélia. Introdução. In: ALCÂNTARA, A. *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 15-50.
- CAVALINI, Bianca dos Anjos; FERREIRA, Marielle Cristina Gonçalves; ASSUNÇÃO FERREIRA, Márcia. Política nacional do idoso e sua implementação na assistência de enfermagem. *Revista Raízes e Rumos*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.seer.unirio.br/index.php/raizerumos/article/viewFile/3828/3498>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- COSTA, Silvia et al. Habitação e urbanismo. In: ALCÂNTARA, A. *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Cap. 18. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 295-322.
- COSTANZI, R. N. et al. Reforma da previdência social. In: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (org.). *Desafios da nação: artigos de apoio*. Brasília: Ipea, 2018. v. 2, Cap. 20, p. 129-191.
- CRUZ, Ramiro L. P. da; LEITE, Gisele P. J. A terceira idade e a cidadania com dignidade: reflexões sobre o estatuto do idoso. *Revista HUPE*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2005. Disponível em: <http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=260>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- EPOCA NEGOCIOS. *Economistas defendem inserção de idosos no mercado de trabalho*. 2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/11/economistas-defendem-insercao-de-idosos-no-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FALEIROS, Vicente de Paula. *Cidadania: os idosos e a garantia de seus direitos*. In: NERI, Anita Liberalesso (org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, Edições SESC SP, 2007. p. 153-167.

FERRIGNO, José Carlos. O cidadão idoso: consumidor e produtor Cultural. In: ALCÂNTARA, A. (org.). *Política nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 343-358.

FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. 2005. *Revista de Administração Pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6776>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Conceito de idoso ficou velho, diz pesquisadora do Ipea*: Idosos hoje têm maior autonomia e vivem mais, mas não necessariamente com saúde. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/eqilibriosaude/2018/06/conceito-de-idoso-ficou-velho-diz-pesquisadora-do-ipea.shtml>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

GEIB, Lorena Teresinha Consalter. Determinantes sociais da saúde do idoso. *SciELO*, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n1/a15v17n1.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

GIACOMIN, Karla Cristina; MAIO, Ladya Gama. A PNI na área da saúde. In: ALCÂNTARA, A. (org.). *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 135-174.

JORNAL ESTADO DE MINAS. *Crise econômica faz de aposentados os novos chefes de família*. 2015. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/07/19/internas_economia,670003/crise-economica-faz-de-aposentados-os-novos-chefes-de-familia.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2019.

KALACHE, Alexandre. Entrevista com Alexandre Kalache sobre envelhecimento, 50+CBN (audiovisual), Rádio CBN, 31 mar. 2012. Duração: 51' 49". Disponível em: <<https://youtu.be/tAJGkMUbZjw>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito dos idosos*. São Paulo: LTr, 1997.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. Importância da política nacional do idoso no enfrentamento da violência. In: ALCÂNTARA, A. (org.). *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 435-456.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Atenção à saúde da pessoa idosa e envelhecimento*. Série Pactos pela Saúde, Brasília, 2006, v. 12. DF 2010. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_saude_pessoa_idosa_envelhecimento_v12.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. *Programa vida saudável: diretrizes 2016*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.esporte.gov.br/arquivos/snelis/2016/VidaSaudavel/Diretriz%20Vida%20Saudavel.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

O SUL. *A inadimplência dos idosos foi a que mais cresceu no País*. 2018. Disponível em: <<http://www.osul.com.br/a-inadimplencia-dos-idosos-foi-a-que-mais-cresceu-no-pais/>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

OLIVEIRA, Rita de Cássia; OLIVEIRA, Flávia da Silva; SCORTEGAGNA, Paola Andressa. *Pedagogia social: possibilidade de empoderamento para o idoso*. In: III congresso internacional de pedagogia social, 3., 2010, São Paulo. Proceedings online... Associação Brasileira de Educadores Sociais (ABES), disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC00000.0092010000100022&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

PIOLA, Sérgio et al. *Sistema público de saúde: aos 30 anos, o desafio de combater o desmonte do SUS*. *IHU On-Line*, São Leopoldo, n. 526, ano XVIII, 2018. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao526.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

PORTAL CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Políticas públicas para idosos devem refletir pluralidade desse público, dizem debatedores*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/saude/559963-politicas-publicas-para-idosos-devem-refletir-pluralidade-desse-publico,-dizem-debatedores.html>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

REDE BRASIL ATUAL. *Brasil está longe de cumprir metas de saúde criadas pela OMS*. 2019. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/saude/2019/01/especialistas-avaliam-que-brasil-esta-longo-cumprir-metas-de-saude-criadas-pela-oms>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

REVISTA VERSAR. *Pessoas idosas aproveitam a aposentadoria para conhecer o mundo*. 2018. Disponível em: <<https://www.revistaversar.com.br/pessoas-idosas-turismo/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SCHMINSKI VIEIRA, Roseli; SOUZA VIEIRA, Reginaldo de. Saúde do idoso e execução da política nacional da pessoa idosa nas ações realizadas na atenção básica à saúde. *Revista Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 14-37, mar./jun. 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/tuane/Downloads/117042-Texto%20do%20artigo-215335-1-10-20160630%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/tuane/Downloads/117042-Texto%20do%20artigo-215335-1-10-20160630%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SPC BRASIL. *Mesmo aposentados, 21% dos idosos continuam trabalhando, revela pesquisa CNDL/SPC Brasil*. 2018. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/5648>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Data de recebimento: 29/05/2019

Data de aprovação: 10/10/2019

POR QUE CUIDAR DA SAÚDE DA MULHER NO SISTEMA PRISIONAL?

WHY CARE FOR WOMEN'S HEALTH IN THE PRISON SYSTEM?

Camila Soares Cardoso Matos*

José Carlos Francisco**

RESUMO

Diante do problema das precárias condições do sistema carcerário brasileiro e do acesso à saúde da mulher no sistema prisional, este estudo tem como hipótese a falta de efetividade do sistema normativo para atendimento diferenciado à população feminina encarcerada, caracterizando *bis in idem* punitivo, estado de coisas inconstitucional, violação à individualização da pena como garantia de tratamento adequado para a mulher, além da seletividade do sistema de saúde. A priorização do atendimento à saúde da mulher é dever fundamental do Estado e compromisso de toda sociedade, inclusive de suas representações institucionalizadas, e não pode ser desprezado sob argumentos de dificuldades orçamentárias, crise fiscal e complexidade do sistema prisional. A pesquisa foi feita a partir da combinação de técnicas e métodos, bases bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Cárcere. Saúde prisional. Encarceramento feminino. SUS. Direitos humanos.

ABSTRACT

Given the problem of the precarious conditions of the Brazilian prison system and access to women's health in the prison system, this study has as hypothesis the lack of effectiveness of the normative system for differentiated care to the incarcerated female population, characterizing *bis in*

* Mestranda do Curso de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiterana Mackenzie; Especialista em Direito Médico pela Universidade de Coimbra; Especialista em Bioética e Biodireito pela Faculdade de Medicina da USP; Advogada e consultora em Direito Médico e Direito em Saúde. E-mail: camilamatosadvogada@gmail.com.

** Professor na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie/SP (graduação, mestrado e doutorado), Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP. E-mail: jcarlosfrancisco@hotmail.com.

idem punitive, frequent unconstitutionality, violation of the individualization of punishment as a guarantee of adequate treatment for women, in addition to the selectivity of the health system. The prioritization of women's health care is a fundamental duty of the State and commitment of all society, including its institutionalized representations, and cannot be neglected on the grounds of budgetary difficulties, fiscal crisis and the complexity of the prison system. The research was made from the combination of techniques and methods, bibliographic and documentary bases.

Keywords: Prison. Prison health. Female incarceration. SUS. Human rights.

INTRODUÇÃO

A notórias precariedade das condições do cárcere brasileiro e do acesso à saúde da mulher no sistema prisional são os problemas centrais deste estudo, que tem como hipótese a falta de efetividade do sistema normativo para atendimento diferenciado à população feminina encarcerada (notadamente a Política Nacional de Atenção Integral à Pessoa Privada de Liberdade – PNAISP, definida a partir da Constituição Federal, da Lei de Execução Penal, com o suporte dos Conselhos Nacional e Municipal de Secretários de Saúde e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP), caracterizando *bis in idem* punitivo, estado de coisas inconstitucional, transgressão à individualização da pena como garantia de tratamento adequado para a mulher, além de violação à seletividade do sistema de saúde.

Dever fundamental do Estado e compromisso de toda sociedade, a priorização do atendimento à saúde da mulher encarcerada não pode ser desprezada pelos argumentos de dificuldades orçamentárias, crise fiscal e complexidade do sistema prisional. Para a comprovação da hipótese, inicialmente apresentamos o cenário do sistema penitenciário brasileiro, com dados sobre o encarceramento feminino, seguido do desenho normativo da saúde nos presídios, para então analisar a PNAISP à luz da notória realidade no sistema prisional, e os efeitos violadores dos propósitos normativos.

Para a comprovação da hipótese deste estudo, utilizamos a combinação de técnicas e métodos, bases bibliográficas e documentais, bem como nos servimos de fatos notórios relativos à precariedade do sistema carcerário brasileiro.

CENÁRIO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Se de um lado a aplicação da lei penal é essencial à segurança das sociedades e ao Estado de Direito, de outro lado também é verdade que o cumprimento da pena deve observar esses mesmos parâmetros, diferenciando o regime democrático da barbárie. Não se trata de vitimizar ou de ser condescendente com conde-

nados, mas de compreender a necessidade de parâmetros civilizatórios mínimos para a execução da pena.

Para Foucault, a prisão é a pena das sociedades civilizadas mas desconstrói o ser humano, visto que retira suas prerrogativas de treinamento, de aptidão, de comportamento, de atitude moral e de disposições, transformando-as em tarefas ininterruptas de disciplina; o sistema punitivo privativo de liberdade não atende à prevenção e à ressocialização, mas, sem essas instituições, a sociedade não saberia o que fazer com criminosos.¹

O quadro penitenciário brasileiro é mais perverso que o imaginado por Foucault, com notícias espantosas e frequentes em noticiários (especialmente em momentos de rebelião). São notórios os problemas relacionados às condições de habitabilidade e precariedade das celas, à má qualidade de vida nos presídios, à insuficiente assistência médica e às condições de higiene, agravando afecções e o risco doenças infectocontagiosas, acometendo homens e, sobretudo, mulheres.² E o aumento significativo da população carcerária agrava esse quadro, marcado por superlotação, torturas, maus tratos, corrupção e disputas entre facções criminosas, dentre outros problemas, especialmente quando associados à falta ou insuficiência de assistência social, material, jurídica e de projetos de natureza laborais e educativas.³

Números do encarceramento

Segundo dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública, em junho de 2016, a população prisional brasileira apresentava aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 1990. Em 2016, havia 726.712 pessoas encarceradas no Brasil, distribuídas por 1.448 unidades prisionais, sendo que 94,88% encontravam-se no sistema prisional, 5,05% na Secretaria de Segurança ou carceragem de delegacias, e 0,07% no sistema penitenciário federal.⁴ O Estado de São Paulo concentrava 33,0% de toda a população prisional do país, e Roraima

¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p.85.

² Sobre o assunto, SANTOS, Ualisson Mendes; SOUZA, Sandra Ely Barbosa. *Papanicolau: diagnóstico precoce ou prevenção do câncer cervical uterino?* Revista Baiana de Saúde Pública v.37, n.4, p.941-951, 2013, e BRIGUENTI, Edileine Costa; CARLOS, Maria Carolina Carvalho de; MALAMAN, Silvana. *UMA APREENSÃO CRÍTICA DO CÁRCERE FEMININO: a intervenção do serviço social à luz da liberdade*. Seminário Integrado. Presidente Prudente, v. 03, p. 77-94, 2009.

³ OLIVEIRA, Polyana Almeida Mello Cordeiro. *Conhecimentos e práticas das mulheres acerca do exame Papanicolau e prevenção do câncer cérvico-uterino*. Rev. de Pesq.: cuidado é fundamental, 1(2):414-422, 2009.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 15 jul 2019.

apresentava a menor população prisional (com 0,3%), incluindo pessoas custodiadas em unidades do sistema prisional e em carceragens de delegacias.⁵

Em relação ao número de vagas, havia um déficit total de 358.663 mil e taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país; 41% das unidades operavam com o dobro da capacidade; 20% das unidades tinham entre 2 a 3 vezes a sua capacidade; 5% trabalhavam entre 3 a 4 vezes a sua capacidade; e 11% operavam com 400% ou mais acima da sua capacidade.⁶ Segundo o Infopen, cerca de 40% da população carcerária (290.684 pessoas) ainda não tinham sido julgadas e condenadas; dos 436.027 condenados, 38% cumpriam pena em regime fechado, 15% em regime semiaberto e outros 6% em regime aberto.⁷

Em relatório de 2018 sobre a faixa etária da população prisional (informação disponível para 514.987 pessoas, equivalentes a 75% da população prisional total), 55% era formada por jovens (até 29 anos, segundo a Lei 12.852/2013), sendo que a população entre 18 e 29 anos representava 55% do sistema prisional em junho de 2016, correspondendo a 487,7 pessoas presas para cada grupo de 100 mil pessoas acima de 18 anos.⁸

Segundo a Secretaria Nacional de Segurança Pública, tomando como referência 493.145 pessoas (72% da população prisional total) em 2016, 64% da população prisional era negra e 35% branca. Com base em informações de 70% da população carcerária (482.645 pessoas), havia um baixo grau de escolaridade (tendência já apontada em levantamentos anteriores); 4% da população era analfabeta, 6% era alfabetizada sem curso regular, 51% possuía fundamental incompleto, 14% tinha fundamental completo, 15% com ensino médio completo e 1% possuía nível superior incompleto.⁹

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

Segundo o Infopen, amparado em informações de 64% do total de pessoas privadas de liberdade (442.237 pessoas), 60% eram solteiras e 37% tinham união estável ou eram casadas. Acre, Paraíba, Pernambuco, Rondônia, Roraima e Tocantins tinham informações de menos de um terço da população prisional, dificultando a análise.¹⁰ Apenas 1% da população carcerária tinha deficiência, e a maior parte com déficits intelectuais (2.557 pessoas em todo o sistema), seguida por deficiência física (1.169 pessoas).¹¹

Encarceramento feminino

Buglione relata que as primeiras instituições destinadas à reintegração social de mulheres (denominadas casas de Controvertidas ou Arrepêndidas) surgiram a partir do século XI, para delinquências tidas como femininas (bruxaria e prostituição).¹² Por influência religiosa, algumas mulheres eram vistas como ameaça e, por isso, eram perseguidas por quaisquer atributos que desafiassem a razão e a soberania masculina. A mulher era punida na medida em que se afastava de seu papel de gênero, descumprindo o destino da maternidade, do casamento, do recato e da submissão.¹³

Embora o número de mulheres reclusas seja menor que o de homens, houve um aumento considerável na quantidade de detentas nas últimas décadas.¹⁴ Conforme os dados coletados pelo Infopen, em 2018, existiam 41.087 mulheres nas 1.418 unidades penais que compõem o sistema estadual, distribuídas entre estabelecimentos penais masculinos, femininos e mistos (correlação de 40,6

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

¹² BUGLIONE, Samara. *A fase feminina da execução penal. Direito & Justiça*. Rio Grande do Sul, v.19, ano XX, 1998. p.132.

¹³ PEREIRA, Luiza Winte; SILVA, Tayla de Souza. *POR UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA: Do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal. Dossiê: as mulheres e o sistema penal*. Curitiba: OABPR, 2015. p.47.

¹⁴ Informações disponibilizadas por Estados-Membros acerca das pessoas custodiadas em carceragens de delegacias não apresentam, em grande parte dos casos, recorte de gênero, o que dificulta aferir o número de homens e mulheres nesses espaços; assim, são subnotificados os números apresentados no relatório do Infopen (2018), inclusive ressaltado pela Secretaria Nacional de Segurança acerca desta população. Conforme BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

mulheres presas no Brasil para cada grupo de 100 mil mulheres).¹⁵ Se considerarmos a imputabilidade penal a partir dos 18 anos de idade (art. 228 da Constituição Federal), o aprisionamento de mulheres no país, com maioria penal, corresponde a 55,4 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres.¹⁶

Com a marca de mais de 41 mil mulheres, houve um aumento de 656% em relação ao total do início dos anos 2000 (quando menos de 6 mil mulheres estavam presas); no mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil em 2000, para 665 mil homens em 2016.¹⁷ O número de mulheres privadas de liberdade variava, significativamente, entre unidades da Federação: São Paulo concentrava 36% de toda a população feminina do país, com 15.104 mulheres, seguido por Minas Gerais, Paraná e Rio de Janeiro, que juntos somavam 20% da população prisional feminina.¹⁸

Havia disparidade entre as cadeias femininas e as mistas, com poucas prisões femininas, expondo mulheres ao uso de cadeias masculinas.¹⁹ Segundo o Infopen, 74% das unidades prisionais eram destinadas a homens, 7% ao público feminino e outros 17% eram mistas (com alas/celas para mulheres em estabelecimento originalmente masculino).²⁰ Sobre o número de vagas disponibilizadas para mulheres, as unidades que participaram do levantamento somavam 27.029 vagas, expondo taxa de ocupação de 156,7% e um déficit global de 15.326 vagas.²¹

Quanto à distribuição por natureza da prisão e tipo de regime, segundo o Infopen, em junho de 2016, 45% das mulheres encarceradas não haviam sido

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

¹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

julgadas definitivamente; no Paraná, o contingente de mulheres em regime aberto chegava a 46% da população (percentual significativamente superior à média nacional de 7%); no Amazonas, Bahia, Ceará, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Piauí e Sergipe, o percentual de mulheres condenadas era menor que o de mulheres sem condenação, nos quais pelo menos 6 em cada 10 presas não haviam sido julgadas (p. ex, no Amazonas, 81% das mulheres ainda não tinham sido condenadas e apenas 4% encontravam-se em regime fechado).²²

No início desta década, dados do Ministério da Justiça mostraram que o perfil das mulheres presas no Brasil era jovem, entre 18 e 34 anos; nesse universo, 58% eram analfabetas, pouco alfabetizadas, ou não possuíam ensino fundamental completo.²³ É fácil intuir que essas mulheres viveram dificuldades econômicas em sua grande maioria, além de desagregação familiar, obrigações domésticas desde muito jovens e abuso sexual por patrões ou por familiares próximos.²⁴

No que tange aos tipos penais, o tráfico de drogas correspondia a 28% das incidências em junho de 2016; roubo e furto somavam 37% e homicídio 11%. Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico de drogas representavam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atingia 62%; já em roubo e furto, 38% foram praticados por homens (condenados ou aguardando julgamento) e 20% por mulheres.²⁵

DESENHO NORMATIVO DA SAÚDE NO ENCARCERAMENTO

O ambiente prisional serve à ressocialização e não ao sofrimento, motivo pelo qual garantias mínimas à saúde devem ser prestadas a criminosos (mesmo aqueles que cometeram atos perversos e hediondos). Premissas civilizatórias do Estado de Direito e do regime democrático impõem tratamento humanitário mesmo àqueles que agem de modo desumano.

O direito positivo brasileiro reconhece o direito de acesso à saúde (no plano constitucional e também infraconstitucional), alcançando também aqueles que estão no sistema carcerário.²⁶ As proteções contidas na Declaração Universal de

²² BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.

²³ BRASIL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Brasília: DEPEN/Ministério da Justiça, 2012.

²⁴ PESSOA, Nara Cristina Moura. *Janela para o mundo: O caso da TV no cárcere feminino em Belém-PA*, 2015.

²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

²⁶ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 2. ed. [S.l.]: Saraiva, 2001. p. 90-91.

Direitos Humanos, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e em outros atos supralegais (ainda que infraconstitucionais), chegando à Lei de Execução Penal, ao Código Penal e às suas regulamentações, também incluem pessoas encarceradas.²⁷

O art. 10, II e o art. 14, ambos da Lei 7.210/1984, cuidando da execução de penas, positivaram expressamente a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico; quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento; situações complexas devem ser encaminhadas a hospitais após indicação médica e autorização do diretor do presídio (art. 120 dessa mesma lei).

O desenho da Seguridade Social positivado pelo Constituinte de 1988 recepcionou e impulsionou o art. 41, VII, da Lei 7.210/1984, que define o acesso à saúde como direito do preso, bem como o art. 88, que descreve itens mínimos de cela individual (dormitório, aparelho sanitário e lavatório, além de metragens e requisitos para a salubridade do ambiente). A Resolução 14/1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP, órgão do Ministério da Justiça) também trata desses assuntos.

O problema posto neste estudo não está colocado na perspectiva abstrata, formal ou normativa (até porque há atos normativos e boas intenções em fazer projetos de políticas públicas para o sistema carcerário), mas sim de eficácia social ou de efetividade dessas regras em relação às mulheres. Ainda assim, a seguir ilustramos o discurso governamental com o desenho de uma política muito bem feita.

Política Nacional de Atenção Integral à Pessoa Privada de Liberdade (PNAISP)

A PNAISP foi instituída pela Portaria Interministerial MS/MJ nº 01/2014, em razão de avaliação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), que, criado em 2003, mostrava-se esgotado por não contemplar a totalidade do itinerário carcerário (delegacias e distritos policiais, cadeias públicas, colônias agrícolas ou industriais e penitenciárias federais).²⁸ Segundo Lermen et. al,

²⁷ FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. [S.l]: Rg Editores, 2004. p. 140.

²⁸ Em consonância com a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal e a Lei Orgânica de Saúde, a PNAISP decorre de iniciativa conjunta dos Ministérios da Justiça e da Saúde, os quais também contaram com o suporte dos Conselhos Nacional e Municipal de Secretários de Saúde e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

a PNAISP expandiu a garantia e a universalização do acesso aos serviços de saúde, incluindo contingente de pessoas que também figuram no âmbito prisional (p., ex., agentes de segurança e familiares de reeducandos), sendo operacionalizada pela Portaria GM/MS n. 482, de 1º de abril de 2014 e Portaria GM/MS n. 305, de 10 de abril de 2014.²⁹

A PNAISP pauta-se no SUS, em ações que objetivem a integralidade dos serviços, executando atividades de saúde nos níveis da básica à alta complexidade, buscando parcerias entre diversos setores.³⁰ A unidade de saúde prisional é um ponto da Rede de Atenção à Saúde do SUS; cada unidade prisional do itinerário carcerário, seja ela delegacia de polícia, cadeia pública, penitenciária, presídio, colônias agrícola ou agroindustrial ou hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, deverá contar com uma Unidade Básica de Saúde Prisional, equipes multiprofissionais que ofertarão ações de promoção da saúde e prevenção de agravos; caso não haja ambiência na unidade prisional, a Unidade Básica de Saúde do território poderá se responsabilizar por essas ações.

A PNAISP integra-se às ações da Rede de Atenção à Saúde do território com a finalidade de operar por equipes da Estratégia de Saúde de Família ou por equipes de Atenção Básica Prisional equivalentes, devendo contar com equipes dimensionadas ao tamanho e ao perfil epidemiológico das populações que serão atendidas, equipes de Saúde Materno-Infantil nas unidades que custodiam mulheres e garantia de qualidade pela Rede Cegonha, equipes de Saúde Mental para identificar, prevenir e tratar os transtornos gerados pelo confinamento e pelo uso de drogas, além de garantir o acesso às redes de atenção especializada, hospitalar, urgência e redes temáticas, a vigilância epidemiológica efetiva e em tempo oportuno, a vigilância sanitária e as ações de saúde dirigidas ao trabalhador prisional.

Com ações da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça, a PNAISP deve ter equipes multiprofissionais (Equipes de Saúde no Sistema Prisional -ESP), constituídas por assistente social, cirurgião-dentista, enfermeiro; médico, médico psiquiatra, psicólogo, técnico de enfermagem/auxiliar de enfermagem, técnico de higiene bucal/auxiliar de saúde bucal, fisioterapeuta; nutricionista, terapeuta ocupacional e farmacêutico, distribuídos conforme a complexidade e o tamanho da população carcerária das unidades prisionais.

²⁹ LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CÚNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. Saúde no Cárcere: políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 25 [3]: 905-924, 2015. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/physis/v25n3/0103-7331-physis-25-03-00905.pdf>>. Acesso em 26 out 2018.

³⁰ Dentre outras medidas, a PNAISP busca o acesso à Rede de Atenção à Saúde, promovendo saúde (inclusive bucal) e prevenção de doenças, vigilância sanitária, alimentação em unidades prisionais, combate ao uso de álcool e drogas, além de vacinação, repasse de medicamentos da farmácia básica e acesso às redes de atenção especializada, hospitalar, urgência e redes temáticas.

Para a constituição de serviços de saúde que referenciem unidades prisionais com até 100 pessoas privadas de liberdade, a gestão e a assistência à saúde é, preferencialmente, dos Municípios. Há previsão de repasse direto de verbas a Estados-Membros e Municípios habilitados, advindas do Ministério da Saúde, para custeio dos serviços e ações das equipes de saúde; o valor do incentivo financeiro de custeio para as ações e serviços de saúde da PNAISP é calculado de acordo com a classificação e o número de equipes de cada serviço habilitado, a serem repassados de acordo com a disponibilidade orçamentária do Ministério da Saúde; ao Estado é garantida uma complementação dos valores, a título de incentivo adicional, definido de acordo com a taxa da população prisional em relação à população geral do Município e o respectivo Índice de Desempenho do SUS (IDSUS) do Município onde está localizada a equipe habilitada; ao Município que aderir à PNAISP também é garantida uma complementação como incentivo adicional.

O incentivo financeiro de custeio mensal é transferido pelo Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais, Distrital e Municipais de Saúde aderentes à PNAISP; o Ministério da Saúde suspenderá o repasse do incentivo caso constatada a ausência, por um período superior a 60 dias, de qualquer um dos profissionais que compõem o serviço habilitado, o descumprimento da carga horária mínima definida pelo gestor para os profissionais do serviço, e a ausência de alimentação de dados no sistema de informação definido pelo Ministério da Saúde por 3 meses consecutivos.

No que tange as estratégias de democratização, PNAISP prevê a instituição do Grupo Conductor, no âmbito de cada Estado-Membro e do Distrito Federal, formado pelas respectivas Secretarias de Saúde e Secretarias de Justiça ou congêneres, pela Administração Prisional ou congêneres, pelo Conselho de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS), do Estado-Membro correspondente e pelo apoio institucional do Ministério da Saúde. O fomento e o fortalecimento da participação popular na PNAISP serão feitos nos moldes da Lei 8.142/1990, que dispõe acerca da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), através das Conferências e Conselhos de Saúde, e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Ou seja, do ponto de vista abstrato, normativo ou formal, o acesso à saúde no sistema prisional está muito bem atendido. Mas há um abismo entre esses projetos e a realidade concreta.

A notória realidade no sistema prisional: bis in idem e saúde

Na longa marcha de afirmação dos direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional de 1988 consolida previsões elementares que visam dimensionar as punições à extensão da culpabilidade do condenado. Sem vitimizar

aquele que comete crime mas visando impedir que o modo de cumprimento de pena represente um plus punitivo, o art. 5º, XLIII da Constituição prevê que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, enquanto o XLVII, “c” e “e”, desse mesmo artigo estabelece que não haverá pena de trabalhos forçados, ou cruéis, e o XLIX assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

Por óbvio que a legislação infraconstitucional e as políticas públicas relativas à execução penal devem observância aos mandamentos constitucionais, predicados mínimos do Estado de Direito e de padrões civilizatórios modernos. Contudo, a realidade carcerária ainda mostra descompasso alarmante com os propósitos do discurso normativo.

Foucault salienta que os apenados estão expostos a sofrimentos que a lei não ordenou e nem a sentença fez menção, ensejando, inclusive, mudanças de personalidade. No caso brasileiro, a superlotação das unidades, com precárias instalações e insalubridade, agravada pela violência física (em confrontos individuais e entre facções criminosas), má-alimentação dos detentos, atendimento médico e acesso a medicamentos limitados, sedentarismo, uso de drogas, falta de higiene e lugubridade, torna as prisões um ambiente ainda mais propício à proliferação de epidemias e ao contágio por doenças. O problema não está apenas na oferta dos serviços de saúde, mas, também, na estrutura do sistema.

A precariedade das condições de vida nas penitenciárias brasileiras (colhidas por imagens e relatos de diversas fontes, inclusive produzidas pelos próprios detentos) provoca *bis in idem* punitivo, em ambiente dominado pela violência e conflitos entre facções criminosas, com relatos de abuso sexual e proliferação de diversas doenças infectocontagiosas. Segundo Scapini, no momento que o réu recebe a sentença que o priva da liberdade, é como se estivessem implícitas diversas outras punições.³¹

O pensamento jurídico, amparado em regimes democráticos e no Estado de Direito, não pode se escorar no discurso do ódio, querendo que os condenados sofram durante o período de cumprimento de pena, com dores que vão para além da privação de liberdade. Punições físicas como forma de aplicação da pena fazem parte da história da humanidade, mas ficaram no passado como lição para que o presente seja pautado por parâmetros que mensurem a pena pelo direito positivo e não pela barbárie do caos.

Tomamos como fato notório essa precariedade no encarceramento (mesmo feminino), de modo que o relato de casos concretos (como decapitações, chacinas

³¹ SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. *Execução Penal: controle da legalidade*. In: CARVALHO, Salo. *Crítica a execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

e execuções sumárias) poderia tornar apelativo o argumento jurídico. Por todos esses casos e focando nas condições de saúde dos encarcerados, Varella relata a experiência vivida na Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), mostrando a precariedade do atendimento à saúde às vésperas da conhecida rebelião que vitimou 111 mortos em 02/10/1992.³² Já para Assunção, os encarcerados não têm a mesma possibilidade de acesso à saúde; a Unidade Básica de Saúde tem por premissa consultas médicas periódicas, avaliações odontológicas, nutricionais, psicológicas, políticas de vacinação e farmacológicas, assim como acompanhamento dos diferentes profissionais de saúde.³³

Saúde no encarceramento feminino

Segundo Costa, o sistema prisional feminino não está preparado para assistência à saúde da mulher, tampouco com sua família, na medida em que o encarceramento promove a quebra dos elementos de identificação femininos, impondo novos arranjos, afetivos e profissionais, diante das perdas sofridas e das novas relações estabelecidas no espaço penitenciário e fora dele.³⁴ Ao ser privada de sua liberdade para cumprir a pena por seu ato infracional ou delituoso, tem efeitos em sua sexualidade, tornando-as vulneráveis às doenças sexualmente transmissíveis no encarceramento.³⁵

Segundo dados do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, no ano de 2016, havia 587.493 presos (85%) em unidades com módulo de saúde, ao passo que 102.017 (15%) estavam em unidades que não possuíam essa assistência e por isso estavam sujeitas a atendimento ambulatorial externo (na rede de atenção básica do SUS). À época, dados indicavam a realização de 572.385 consultas médicas, das quais 21,64% foram na rede externa e 78,36% das consultas médicas no próprio estabelecimento prisional.³⁶

³² VARELLA, Daniele. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

³³ ASSUNÇÃO, Cória Helena Vieira. *A saúde da mulher: a situação das encarceradas do presídio feminino de Florianópolis*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento do Curso de Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis-SC, 2010.

³⁴ COSTA, Elaine Cristina Pimentel. *Enfim, a liberdade: as mulheres e a vivência pós-cárcere*. Tese de doutorado, UFPE, 2011, disponível em https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9186/1/arquivo2615_1.pdf, acesso em 14/10/2019. A autora desenvolve a noção de arranjos afetivos e profissionais em várias passagens de sua tese.

³⁵ CUNHA, Elisângela Lelis da. Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino. Cad. CEDES, v. 30, n. 81, p. 157-178, 2010.

³⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

No que concerne a especialidades de atenção e tratamento, houve 245.372 consultas psicológicas, 213.780 consultas odontológicas, 231.299 exames e testes, 2.022 intervenções cirúrgicas e 446.786 vacinas.³⁷

É fácil de constatar que o baixo número de consultas e de atendimentos médicos da população carcerária indica a precariedade de assistência à saúde, sobretudo se considerada a precariedade das instalações prisionais e os riscos à integridade física e mental das pessoas nesse ambiente. Como dito no início deste estudo, não se trata de vitimizar ou de ser condescendente com condenados, mas de compreender a necessidade de parâmetros civilizatórios mínimos para a execução da pena, dentro da perspectiva do Estado de Direito e do regime democrático, rejeitando populismos e a barbárie.

MAS POR QUE DAR PREFERÊNCIA À SAÚDE DA MULHER ENCARCERADA?

Os efeitos do encarceramento não são iguais para todos, há circunstâncias exclusivas das mulheres exigindo tratamento especial, de modo que o ordenamento jurídico garante não só a saúde primária, mas atenção especial dada as especificidades de gênero.

Cunha, lembrando os dizeres de Eliane Cristina Pimentel Costa, em “Enfim, a liberdade: as mulheres e a vivência pós-cárcere”, ressalta que o “encarceramento promove a quebra dos elementos de identificação femininos, impondo novos arranjos, afetivos e profissionais, diante das perdas sofridas e das novas relações estabelecidas no espaço penitenciário e fora dele”, havendo, portanto, uma série de dificuldades nos processos de reintegração social, o que exige políticas públicas penitenciárias que considerem as peculiaridades do encarceramento feminino. Ao ser privada de sua liberdade para cumprir a pena por seu ato infracional ou delituoso, a mulher sofre efeitos em sua sexualidade, tornando-a vulnerável às doenças sexualmente transmissíveis no encarceramento³⁸.

Exigências do direito positivo em favor das mulheres

O ordenamento jurídico impõe cuidados específicos para a saúde de mulheres no cárcere, tal como positivado no art. 5º, XLVIII, combinado com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, segundo os quais é como garantia pétrea da presa e

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

³⁸ SILVA, Eliane Mara. *A mulher detenta, a sua saúde sexual e a sua sexualidade: revisão sistemática da literatura brasileira sobre atuação da enfermagem neste processo*. Ribeirão Preto, 2013. p. 110-121.

dever fundamental estatal viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado.

O art. 5º, XLVIII da Constituição é a base de recepção de diversos dispositivos infraconstitucionais que cuidam da separação por gênero, tal como a Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, especialmente em seu art. 82, § 1º), além da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, devendo proporcionar espaços para aleitamento, gestantes, e equipes multidisciplinares de atenção e cuidados específicos à saúde da mulher, dentre outras especificidades.³⁹ A gravidez é um dos exemplos mais eloquentes da necessidade de tratamento diferenciado (art. 14, § 3º, da Lei 7.210/1984), sob pena de transferir para o feto e para o recém-nascido a culpa e a pena atribuída à mãe⁴⁰.

Mas há outras normas que, de modo indireto, reforçam essa lógica de tratamento diferenciado à saúde da mulher encarcerada. No plano constitucional, além do Estado de Direito e da dignidade humana (art. 1º, *caput* e III), há: proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, III); vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); segurança dos presos à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); e direitos à saúde, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º)⁴¹.

Havendo comando normativo devidamente positivado, por certo que há vinculação do poder público e da sociedade na implementação desses propósitos. Assumimos postura dogmática, de tal modo que a existência de comandos válidos já é suficiente para nos posicionarmos pela defesa da eficácia jurídica desses preceitos; mas mesmo diante de análise meta-jurídica, parece-nos claro que os objetivos desses textos normativos vão ao encontro de expectativas realistas sobre os propósitos da aplicação e do cumprimento de pena no Estado Democrático de Direito.

Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário

A aviltante condição do sistema carcerário brasileiro vem sendo sistematicamente reconhecida pelo STF, com medidas de diversas ordens que servem de

³⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.

⁴⁰ VIAFORE, Daniele. *A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier*. Direito & Justiça, ano XXVII, v. 31, n.2, p. 91-108, Rio Grande do Sul. 2005.

⁴¹ No plano supralegal, tal matéria é tratada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

parâmetro para a afirmação de tratamento adequando à saúde da mulher, inclusive o estado de coisas inconstitucional.⁴² No RE 580.252/MS e na ADI 5.170/DF, o STF afirmou o dever de indenização do Estado por dano moral em razão de presos cumprirem pena em presídios degradantes (vencido o entendimento da adoção de remição de pena como forma de indenização)⁴³. No RE 641.320/RS foi decidido que o condenado (em regime semiaberto) tem direito a alternativas ao encarceramento (p. ex., penas restritivas de direito)⁴⁴. No RE 592.581/RS, o STF afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e Estados-Membros a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos (independentemente de dotação orçamentária), quando houver violação da dignidade humana e inobservância do mínimo existencial à sobrevivência dos presos⁴⁵.

Na ADPF 347/15-DF, o STF reconheceu o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária; declarando que as condições do sistema penitenciário nacional caracterizam “estado de coisas inconstitucional”, o Pretório Excelso decidiu que o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, e que os juízes e tribunais (observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos) estão obrigados a realizarem (em até noventa dias) audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão⁴⁶.

⁴² ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. São Paulo: Lumen Juris, 2018. p. 145-60.

⁴³ O Tribunal fixou a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252/MS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 10 abr 2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.170/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4655662>>. Acesso em 21 ago 2016.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 641.320/RS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em 10 abr 2017.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 592.581/RS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em 21 ago 2016.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%29&pagina=3&base=baseAcor daos&url=Error>. Acesso em 02 jul 2019.

Individualização da pena como garantia de tratamento adequado para a mulher

Uma das razões para tratamento diferenciado da saúde da mulher no cárcere é a teoria da individualização da pena desenvolvida por Emil Wahlberg (em 1869) e difundida por Raymond Saleilles, segundo a qual cada sanção deve ser apropriada ao seu fim, para que produza maior efeito possível, não podendo ser fixada de modo estrito e rígido, nem regulada legalmente de modo invariável, pois deve ser adequada às circunstâncias, adaptada à natureza de seu destinatário⁴⁷.

Como dissemos, o art. 5º, XLVIII, da Constituição Federal trouxe uma garantia fundamental pética aos presos e um dever fundamental ao Estado, de modo que as penas devem ser cumpridas em estabelecimentos distintos, considerando a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o mesmo preceito constitucional recepcionou dispositivos do Código Penal e da Lei n. 7.210/1984 (em especial o art. 5º e o art. 6º).⁴⁸ A Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, dentre outros atos internacionais com força suprallegal e infraconstitucional, reforçam esse conjunto normativo⁴⁹.

Embora exista uma Comissão Técnica de Classificação com a missão de elaborar um programa individualizador adequado ao agente transgressor, à eficácia social ou à efetividade dos preceitos normativos sobre a individualização da pena, é muito baixa, resumindo-se, basicamente, à separação por sexo e entre maiores e menores de 18 anos. Para Centurião, a ausência de separação dentro do sistema carcerário permite que apenados aprimorem a prática da conduta delitiva, alterando comportamentos de forma que o preso perde sua personalidade inicial, absorvendo a existente no sistema prisional, muitas vezes por falta de opção.⁵⁰ Moura conclui que a falta de consideração pela dignidade dos presos é notória.⁵¹ Apesar dos discursos sobre mudanças no âmbito da fiscalização das condições carcerárias no Brasil, o cenário da saúde prisional tem sido pessimista⁵².

⁴⁷ SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Tradução Thais Amadio. São Paulo: Ridel, 2006. p. 31.

⁴⁸ FARIAS JUNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Afiliada, 2001. p. 510.

⁴⁹ FARIAS JUNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Afiliada, 2001. p. 510 e FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. [S.l.]: Rg Editores, 2004. p. 140.

⁵⁰ CENTURIÃO, Luiz Ricardo M. *Alguns aspectos das relações sociais em estabelecimentos prisionais*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2001, n. 1, p. 91.

⁵¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Execução Penal e falência do sistema carcerário*. Boletim IBCCRIM, 1999. São Paulo, v. 7. n. 83, p.10.

⁵² Um marco importante foi a elaboração do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) em 2003, substituído pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde Penitenciária (PNAISP), em 2014.

A seletividade no acesso à saúde

A universalidade de acesso à saúde, prevista no art. 196 e seguintes da Constituição, por certo inclui pessoas encarceradas⁵³. A União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios têm papel de garantidor positivo de políticas públicas e ações governamentais que abrangem a todos, incluindo àqueles que se encontrem no sistema penitenciário. Cumpre, portanto, salientar que em ambiente de conhecida judicialização da saúde, com pleitos de medicamentos de altíssimo custo, muitas vezes abrigados na via judicial, há sensação de descaso quando o tema envolve pessoas do sistema prisional.

Fernandes (2000, p. 210) aponta:

populações carcerárias tendem a requerer mais assistência médica em relação a população como um todo, não apenas porque os presídios mantêm grande proporção de pessoas com maior risco de adoecer, mas também porque o ambiente prisional contribui para a proliferação de doenças⁵⁴.

Se não é possível fazer para todos, diante das restrições orçamentárias severas impostas ao poder público brasileiro desde o início da crise econômica de 2014, pelo menos o atendimento às mulheres deve ser priorizado (nos moldes do item 2.1 deste estudo), em atenção à seletividade e à distributividade na prestação dos benefícios e serviços, prevista no art. 194, III, da Constituição, sobretudo no período pré-natal e durante a amamentação, quando há carência e necessidades, além de menor contingente no sistema carcerário.

CONCLUSÕES

É verdade que a aplicação da lei penal é essencial à segurança das sociedades e ao Estado de Direito, mas o cumprimento da pena deve observar esses mesmos parâmetros civilizatórios e diferenciar o regime democrático da barbárie. Sem vitimizar ou ser condescendente com condenados, e também sem usar clichês jurídicos para defender condições mínimas, o ambiente prisional precisa se aproximar da ressocialização e se afastar do sofrimento, motivo pelo qual garantias mínimas à saúde devem ser prestadas a criminosas (mesmo que tenham praticado atos perversos e hediondos).

A saúde no encarceramento está suficientemente desenhada em abstrato no sistema normativo (inclusive com Política Nacional de Atenção Integral à Pessoa

⁵³ BITENCOURT, Roberto Cezar. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 2. ed. [S.l.]: Saraiva, 2001. p. 90-91.

⁵⁴ FERNANDES, Newton. *A falência do Sistema Prisional Brasileiro*. [S.l.]: Rg Editores, 2000. p. 210.

Privada de Liberdade – PNAISP), mas a notória realidade no sistema prisional importa em verdadeiro *bis in idem*, sobretudo no caso do encarceramento feminino, cujas peculiaridades da natureza humana potencializam o desrespeito às garantias do direito positivo, configurando um estado de coisas inconstitucional, além de violar a individualização da pena e a seletividade no acesso à saúde.

Abordando o assunto não de modo ingênuo ou ideológico, mas de modo técnico e distante do discurso do ódio, trata-se de compromisso de toda sociedade, inclusive de suas representações institucionalizadas (tais como o Ministério Público). É certamente um problema altamente complexo, mas não podemos continuar ignorando a gravidade da situação, eventualmente esperando que crimes do “colarinho branco” levem a uma melhor atenção ao sistema prisional.

REFERÊNCIAS

- ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. São Paulo: Lumen Juris, 2018.
- ASSUNÇÃO, Cória Helena Vieira. *A saúde da mulher: a situação das encarceradas do presídio feminino de Florianópolis*. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis-SC, 2010.
- BITENCOURT, Roberto Cezar. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 2. ed. [S.l.]: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 15 jul 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 14 jul 2019.
- BRASIL. Sistema *Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Brasília: DEPEN/Ministério da Justiça, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.170/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4655662>>. Acesso em 21 ago 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=Error>>. Acesso em 02 jul 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 580.252/MS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 10 abr 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 592.581/RS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em 21 ago 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 641.320/RS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4076171>>. Acesso em 10 abr 2017.

BRIGUENTI, Edileine Costa; CARLOS, Maria Carolina Carvalho de; MALAMAN, Silvana. *Uma apreensão crítica do cárcere feminino: a intervenção do serviço social à luz da liberdade*. Seminário Integrado. Presidente Prudente, v. 3, p. 77-94, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins e BRASIL, Patrícia Cristina (orgs.). *O Direito na Fronteira das políticas públicas*. São Paulo, Paz & Letras, 2015.

BUGLIONE, Samara. A fase feminina da execução penal. *Direito & Justiça*, Rio Grande do Sul, v.19, ano XX, 1998.

CENTURIÃO, Luiz Ricardo M. Alguns aspectos das relações sociais em estabelecimentos prisionais. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, 2001, n. 1, p. 91.

COSTA, Elaine Cristina Pimentel. *Enfim, a liberdade: as mulheres e a vivência pós-cárcere*. Tese de doutorado, UFPE, 2011, disponível em https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9186/1/arquivo2615_1.pdf. Acesso em 14/10/2019.

CUNHA, Elisângela Lelis da. Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino. *Cad. CEDES*, v. 30, n. 81, p. 157-178, 2010.

CUNHA, Manuela Ivone da. A reclusão segundo o gênero: Os estudos prisionais, a reclusão de mulheres e a variação dos contextos da Identidade. In: AAVV, *educar o outro: As questões de Gênero, dos Direitos Humanos a Educação nas Prisões Portuguesa*, Coimbra, Publicação Humanas, 2014.

FARIAS JUNIOR, João. *Manual de Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Afiliada, 2001.

FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. [S.l]: Rg Editores, 2004.

FERNANDES, Newton. *A falência do Sistema Prisional Brasileiro*. [S.l]: Rg Editores, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – parte geral*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LERMEN, Helena Salgueiro; GIL, Bruna Laudissi; CÚNICO, Sabrina Daiana; JESUS, Luciana Oliveira de. Saúde no Cárcere: políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 25 [3]: 905-924, 2015. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/physis/v25n3/0103-7331-physis-25-03-00905.pdf>>. Acesso em 26 out 2018.

MIRABETE, Fabbrini Julio. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Execução Penal e falência do sistema carcerário. *Boletim IBCCRIM*, 1999. São Paulo, v. 7. n. 83, p.10.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Execução Penal e falência do sistema carcerário*. Boletim IBCCRIM, 1999. São Paulo, v. 7. n. 83, p.10.

OLIVEIRA, Polyana Almeida Mello Cordeiro. Conhecimentos e práticas das mulheres acerca do exame Papanicolau e prevenção do câncer cérvico-uterino. *Rev. de Pesq.: cuidado é fundamental*, 1(2):414-422, 2009.

PEREIRA, Luiza Winte; SILVA, Tayla de Souza. Org. Placha Sá, P. *Por uma criminologia feminista: do silêncio ao empoderamento da mulher no pensamento jurídico criminal. Dossiê: as mulheres e o sistema penal*. Curitiba: OABPR, 2015.

PESSOA, Nara Cristina Moura. *Janela para o mundo: o caso da TV no cárcere feminino em Belém-PA*, 2015.

SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Tradução Thais Amadio. São Paulo: Ridel, 2006.

SANTOS, Ualisson Mendes; SOUZA, Sandra Ely Barbosa. Papanicolau: diagnóstico precoce ou prevenção do câncer cervical uterino? *Revista Baiana de Saúde Pública*, v.37, n.4, p.941-951, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, 2001.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: controle da legalidade. In: CARVALHO, Salo. *Crítica a execução penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Eliane Mara. *A mulher detenta, a sua saúde sexual e a sua sexualidade: revisão sistemática da literatura brasileira sobre atuação da enfermagem neste processo*. Ribeirão Preto, 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Malheiros. [S.], [19--]. p. 121; 277.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. *Direito & Justiça*, Rio Grande do Sul, ano XXVII, v. 31, n. 2, p. 91-108, 2005.

Data de recebimento: 07/08/2019

Data de aprovação: 30/09/2019

“PORNOGRAFIA DE VINGANÇA”: VULNERABILIDADES FEMININAS E PODER PUNITIVO

REVENGE PORNOGRAPHY: WOMEN’S VULNERABILITIES AND LAW ENFORCEMENT

*Augusto Jobim do Amaral**

*Gabriela Ferreira Dutra***

*Liziane da Silva Rodríguez****

RESUMO

O presente trabalho visa a apresentar o fenômeno da “pornografia de vingança”, a partir de um viés criminológico, tendo como ponto de ancoragem uma perspectiva feminista crítica ao poder punitivo. Através da pesquisa bibliográfica e por meio do recorte da chamada “pornografia de vingança”, pretende-se demonstrar que a mulher ainda permanece como produto de controle masculino sob o ângulo das vinganças e da sexualidade. A partir dessa constatação, partindo-se de uma abordagem político-criminológica, volta-se à análise do poder punitivo como campo seletivo e estigmatizante, pretendendo questioná-lo em sua pretensa “proteção” aos enfrentamentos às vulnerabilidades femininas, em especial quanto ao complexo fenômeno em discussão que envolve a liberdade sexual feminina. Ainda, visa a apontar o empoderamento feminino alternativo ao punitivismo, indo de encontro aos processos de vitimização.

* Doutor e Mestre em Ciências Criminais. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS; E-mail: guto_jobim@hotmail.com.

** Doutoranda em Direito Internacional Público pela Universidade de Milão-Bicocca. Mestre em Direito pela Birkbeck College, University of London, pós-graduação em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Formou-se em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogada; E-mail: gabefdutra@gmail.com.

*** Doutoranda em Direito pela UNISINOS; Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Formou-se em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Advogada; E-mail: liziane00@hotmail.com.

Palavras-chave: “Pornografia de vingança”. Feminismo. Criminologia. Poder punitivo. Vulnerabilidades.

ABSTRACT

This article aims to present a feminist criminological analysis of the law enforcement role in addressing revenge pornography. Through the analysis of this conduct as crime, the aim of this study is to demonstrate that woman’s sexual freedom continues under masculine control through the perpetuation of sexual harassment. By using a political-criminological approach, the analysis uncovers how law enforcement is used in a selective way against women and contributes to sexual stigmatization of women. Finally, it criticizes the alleged protection against revenge pornography provided by the State to women. Furthermore, it aims to present the idea of a positive legal activity, in order to make women become subjects of rights and not only victims of the system, as an alternative to punitivism.

Keywords: Revenge pornography. Feminism. Criminology. Law enforcement. Vulnerabilities.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como questão fundamental trazer o debate acerca do complexo fenômeno da chamada “pornografia de vingança”. Visto ser causa de grande repercussão social e de necessária reflexão, o artigo pretende interligar matérias como Feminismo, Criminologia e sistema de justiça criminal. Mostra-se, assim, um esforço privilegiado nas discussões sobre violência de gênero e vulnerabilidades femininas. Nesse sentido, um dos nós fundamentais que alavancam este artigo encontra-se no controle da sexualidade (v. g. a “honra” feminina), tão culturalmente difundida e motivo de julgamentos. Dessa forma, deve-se atentar ao dispositivo da sexualidade como uma tecnologia de poder, uma forma de domínio e de disciplina que, pelo contexto no qual está imerso, reproduz violências e vulnerabilidades.

Tendo, portanto, como pano de fundo para a discussão e apontamentos o fenômeno da “pornografia de vingança”, tem-se como propósito interrogar se o sistema de justiça criminal é eficiente para mudar a situação de vulnerabilidade da mulher, principalmente no que se refere às vinganças e à sexualidade. Discorre-se em que medida a lei reforça o patriarcado e a desigualdade entre os sexos, sendo justamente uma consequência dessas desigualdades sociais a própria “pornografia de vingança”. Assim, para perseguir esses fins, analisar o poder punitivo se faz profundamente pertinente.

Através da metodologia de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se da Criminologia como suporte, pretende-se delinear como essa estrutura (o poder punitivo) se manifesta e interage frente às vulnerabilidades do gênero feminino.

Em um primeiro momento, portanto, refere-se especificamente à “pornografia de vingança” como retrato rico a ser explorado como reflexo das profundas vulnerabilidades que acometem o feminino. E, em um segundo momento, aborda-se criminologicamente o poder punitivo, seus processos de criminalização e o próprio sistema de justiça criminal. Diante dessa articulação crítica, é posta em discussão a (in)eficiência do sistema penal para enfrentar as vulnerabilidades femininas, de forma a atenuar violências, no caso, a “pornografia de vingança”.

Sendo assim, para além de instar a inquietação frente a um tema novo, deve-se questionar as dinâmicas das violências que acometem o feminino e suas eventuais cumplicidades com o poder punitivo. Se a “pornografia de vingança” é reflexo de como se colocam as relações sociais frente às mulheres no quesito de suas liberdades sexuais, de como se pode também problematizar a violência de gênero, dos discursos e tecnologias de poder que as suportam, toda a atenção deve voltar-se às instituições de controle penal que se dispõem a esse enfrentamento.

“PORNOGRAFIA DE VINGANÇA” COMO TECNOLOGIA DE CONTROLE DA SEXUALIDADE FEMININA

Este tópico tem por objetivo específico tratar da “pornografia de vingança”, trazendo conceitos e reflexões sobre a permanência da mulher como objeto para o masculino. Tal interpelação se dá com o objetivo de evidenciar e desvelar o sistema de justiça criminal, essencialmente patriarcal e reprodutor da violência de gênero. Dessa forma, mostra-se evidente que, mesmo diante das lutas feministas, apesar de insistentes, ainda não se alcançou a todos, considerando que o feminino continua sendo vitimado no que se refere à sexualidade¹ e, conseqüentemente, o sistema de justiça criminal tende a reproduzir os estereótipos, julgando a “honra” da mulher.

De tal maneira, tratar sobre o assunto da “pornografia de vingança” justifica-se pelo fato de que é uma invasão da intimidade com o objetivo de causar danos àquele que é divulgado². Ou seja, trata-se de propagar, através da rede mundial de computadores, fotos, vídeos e até mesmo montagens de cenas íntimas ou materiais de cunho sexual, íntimo e privado de uma pessoa, sem a autorização desta. Não raro tais práticas são realizadas por ex-companheiros que

¹ Com base sob a ótica feminista do problema, em breve interpelação, visualiza-se que os papéis sociais de gênero determinam aspectos de comportamento adequado para homens e mulheres: demandam em considerar a prática sexual como um ponto de orgulho masculino e, contudo, um ponto de depreciação e desonra para as mulheres. Dessa forma, esboça-se uma cobrança social para exercícios diferenciados da sexualidade (CITRON, 2014, p. 353).

² WALDMAN, Ari Ezra. A breach of trust: fighting nonconsensual pornography. *Iowa Law Review*, i. 2, v. 102, p. 709-733, jan. 2017. p. 712.

disponibilizam conteúdos como ato de autopromoção, humilhação ou vingança (entretanto, nem sempre referida, a situação se dá neste contexto). Nesse ínterim, cumpre destacar a Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018³, que passou a tipificar as condutas de importunação sexual, divulgação de cena de estupro e também o compartilhamento de imagens íntimas sem o consentimento da vítima (artigo 218-C do Código Penal).

Dessa forma, portanto, o presente tópico tem como finalidade a análise da “pornografia de vingança” como tecnologia de controle da sexualidade feminina – expressão de uma violência de gênero.

Nesse sentido, conforme afirma Foucault, as práticas sexuais antes do século XVII, e até mesmo ainda no início desse século, eram envolvidas pelas liberdades. Segundo ele, “vigorava uma certa franqueza. As práticas não procuravam o segredo” até que, perante a “hipótese repressiva”, no período vitoriano, as práticas sexuais começam a ser confiscadas e “a sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. Absorve-a, inteiramente, na serenidade da função de reproduzir”⁴. Contudo, o discurso sobre a sexualidade na sociedade moderna, aquela velada e reprimida, não desaparece e é justamente motivo da vontade de saber.

Nesse sentido, discorre Foucault, na repressão há um indissociável elo entre poder, saber e sexualidade. E, para tanto, a fim de libertar-se dessas amarras, o ‘preço’ seria considerável, já que seria necessário fazer-se “uma transgressão das leis, uma suspensão das interdições, uma irrupção da palavra, uma restituição do prazer ao real, e toda uma nova economia dos mecanismos do poder; pois a menor eclosão da verdade é condicionada politicamente”⁵. Portanto, a repressão trata-se de um poder-dominação, uma lei que é imposta e exige submissão.

Quanto à “hipótese repressiva”⁶, o que o autor sugere é que ela é mantida por estratégias de poder, ou seja, a sexualidade não deixou de ser objeto de discurso, ao contrário, justamente o sustenta, entretanto, com foco repressivo. Sendo assim, a crítica não é quanto ao discurso (o fato de falar sobre sexo ou sexualidade), mas o problema está na conjuntura de que, no decorrer da história moderna, a sexualidade tornou-se proibida – pecado –, reduzindo-se a uma forma de poder e controle, melhor dizendo, transformou-se numa função tática.

³ BRASIL. *Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

⁴ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. p. 7.

⁵ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*, cit., p. 9.

⁶ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*, cit., p. 17-20.

Importa salientar que em a “História da Sexualidade”, na verdade, a grande questão não é somente a repressão, mas também a circunstância de que, em função dessa restrição, ocorre uma instigação sobre a temática, o que permitiria uma ‘brecha’ na relação de poder *versus* repressão, eis que a “hipótese repressiva” poderia ser suprimida pela “vontade de saber” sexual. Segundo Foucault, “não se fala menos de sexo, pelo contrário. Fala-se dele de outra maneira”⁷. Fica, então, o questionamento:

Numa sociedade como a nossa, onde os aparelhos do poder são tão numerosos, seus rituais tão visíveis e seus instrumentos tão seguros, afinal, nessa sociedade que, sem dúvida, foi a mais inventiva do que qualquer outra em mecanismos de poder sutis e delicados, por que essa tendência a só reconhecê-lo sob a forma negativa e desencarnada da interdição? Por que reduzir os dispositivos da dominação ao exclusivo procedimento da lei de interdição?⁸

A resposta estaria na tática, que mascara o poder e assim o torna tolerável:

Razão geral e tática que parece se impor por si mesma: é somente mascarando uma parte importante de si mesmo que o poder é tolerável. Seu sucessor está na proporção daquilo que consegue ocultar dentre seus mecanismos⁹.

Ademais, percebe-se que a sociedade moderna tem inclinação em aceitar – e até mesmo considerar necessário – um poder limitador da liberdade. Além disso, a repressão atuaria discretamente, impondo medo, medo do ridículo, o que, conseqüentemente, impede a revolução e a felicidade¹⁰. Em suma, o texto decorre em cima de questionamentos, sobre uma possível libertação jurídica e negativa do poder, observando que se trata de um mecanismo complexo, e não apenas de uma única forma de poder, o que faz refletir sobre o porquê do sexo ser associado ao pecado, ao ilícito, ao vergonhoso.

Nessa tomada de consciência, com base nas ideias apresentadas por Foucault e nas experiências vivenciadas dos feminismos (primeira, segunda e terceira onda)¹¹,

⁷ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*, cit., p. 30.

⁸ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*, cit., p. 94.

⁹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*, cit., p. 94.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*, cit., p. 11-12.

¹¹ Quanto aos diversos enfoques e desdobramentos que os feminismos podem ter, didaticamente, pode-se ao menos apontar três direções. A primeira onda do feminismo tem como tônica os direitos civis e políticos das mulheres. Na segunda onda surgem as interrogações sobre as diferenças de poder entre os sexos, bem como sobre demandas de liberdade sexual – do corpo – das mulheres, questionando ainda o papel do Estado para a resolução da problemática feminina. Quanto à terceira onda, sua abordagem pretende demonstrar que a opressão é complexa e resulta das mais variadas formas de discriminação, tendo em vista que é no Movimento *Queer* que surge a temática da diversidade sexual. Abordar também sobre a liberdade, principalmente, a sexual (em um contexto de “desconstrução” dos corpos) que é relevante para a conjuntura aqui proposta.

mesmo diante de algumas conquistas, a realidade é que, nas relações sociais em que todos estão inseridos, a sexualidade da mulher, o desejo e a autonomia são consideradas como causa de degradação moral. Conforme Saffioti, a sociedade delimita, aliás, com extrema precisão, os campos dos quais a mulher pode ou não fazer parte, da mesma forma que dita os campos de atuação do homem¹².

A “pornografia de vingança” é mais uma forma de violência exercida contra a mulher, já que, em regra, o homem, reforça sua autoridade – ou seja, ocorre violência de gênero. Conforme discorre Karam, diante do aprisionamento feminino na função reprodutora, somado ao trabalho doméstico, historicamente, formaram eixos pelos quais as relações de dominação se concretizaram e estruturaram o patriarcado¹³. E, ainda, há de se considerar que, paradoxalmente, a própria tutela da conduta reforça a vulnerabilidade (mais uma vez fragiliza o feminino) e não traz proteção, visto que o sistema de justiça criminal é reprodutor do androcentrismo e, muitas vezes, culpabiliza a própria vítima.

É importante observar que, conforme discorre Amaral, o poder punitivo encontra-se em crise e quanto mais se expandir, maiores serão os problemas, principalmente para as vítimas, pois o cenário de barbáries dos últimos anos só fez gerar mais dúvidas sobre o avanço do sistema criminal¹⁴. A reflexão é no sentido de que se acredita que o sistema é ineficiente para proteger a mulher, dado seu histórico de falhas, principalmente quanto à proteção das mulheres vítimas da violência de gênero. Questiona-se se será através de tipos penais coibindo a conduta da divulgação não consentida que se resolverá o problema.

Conforme Karam¹⁵, nas últimas décadas do século XX, os movimentos feministas conseguiram significativo avanço na garantia dos direitos das mulheres e certa superação na relação de subordinação imposta pela estrutura patriarcal. Salienta que alguns dos movimentos elegeram o poder punitivo como forma de solucionar os problemas, entretanto não percebem que as normas garantidoras dos direitos fundamentais servem, além de proteger o indivíduo de outros indivíduos e dos poderes estatais, para protegê-lo do poder punitivo.

Os movimentos que optam pelo poder punitivo justificam a criminalização de condutas com base na função simbólica do Direito Penal. Entre os argumentos

¹² SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987. (Coleção Polêmica). p. 8.

¹³ KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, p. 147-163, jan./ mar. 1995. p. 147-163.

¹⁴ AMARAL, Augusto Jobim do; PILAU, Lucas Batista. Feminismos e esquerda punitiva: por uma criminologia de libertação do poder punitivo. *Panóptica*, v. 10, n. 2, p. 146-157, jul./dez. 2015. p. 146-157.

¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. Justificando, 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>>. Acesso em: ago. 2016.

utilizados, visualiza-se que o interesse não reside especialmente no castigo, mas, sim, na carga simbólica que o Direito Penal apresenta, sendo assim demonstrar-se-ia que os problemas de gênero são tão importantes e publicamente intoleráveis quanto os dos homens. Assim, diante da criminalização, permitir-se-ia a discussão da temática e a conscientização acerca da problemática, o que, conseqüentemente, levaria à mudança da percepção pública.

Entretanto, torna-se necessário questionar essa tendência brasileira de recorrer ao sistema penal. Ao discutir mais a questão de gênero, aliada aos movimentos feministas e também às construções da criminologia feminista, de forma a pensar em meios alternativos que não necessariamente envolvam o sistema penal e poder punitivo, é possível encontrar resoluções mais eficazes, pois o poder punitivo tende a replicar o machismo e, assim, duplica a violência exercida contra as mulheres, tornando-se ineficaz na proteção. Portanto, conforme cita Andrade, “redimensionar um problema e (re)construí-lo como problema social não significa que o melhor meio de responder a ele ou solucioná-lo seja convertê-lo, quase automaticamente, em um problema penal (crime)”¹⁶.

Através destas breves considerações iniciais surgiram questionamentos e somente com o desenvolvimento e com expansão dos movimentos feministas e da Criminologia, que se passou a investigar e a incorporar, nos estudos, as experiências das mulheres. Além disso, a criminologia feminista permite considerações acerca das instituições, observando como tais locais (como academias e campos jurídicos) são predominantemente cargos ocupados por homens: conseqüentemente os reflexos para a sociedade serão orientados por argumentos dotados de valores patriarcais, reforçando a opressão e as cargas estereotipadas quanto ao comportamento feminino adequado¹⁷.

Estabelecidos os primeiros estudos que procuraram compreender as relações existentes entre gênero e crime, as mulheres surgem no mundo da Criminologia contribuindo para alargar o objeto de estudo da criminologia crítica. Até então a Criminologia se preocupava em estudar somente o homem no cenário do crime, sobrevivendo a criminologia crítica que embasava-se nas dinâmicas relacionadas ao capitalismo, esquecendo que a opressão às mulheres é antecedente à sociedade capitalista. De tal maneira, o papel das criminólogas críticas foi, então, de salientar que não somente se vive em um corpo social capitalista, mas também em uma

¹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, cit., p. 82.

¹⁷ PORTELLA, Ana Paula. Criminologia feminista. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; GHIRINGHELLI, Rodrigo. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, p. 159-164, 2014. p. 163.

coletividade patriarcal. Tal aspecto, até esse momento, era inexplorado pela criminologia¹⁸.

Para tanto, faz-se necessário traçar, brevemente, a construção da Criminologia – positivista, crítica e feminista – para, após, abordar e sustentar as críticas que serão apresentadas ao poder punitivo, que se apresenta reprodutor das desigualdades e essencialmente patriarcal. Da mesma forma que não existe apenas um Feminismo, a Criminologia apresenta também diversas ramificações, que incluem diversos enfoques como o estudo do crime, estudo da vítima, do sistema criminal etc.¹⁹.

Aproximações criminológicas

As capacidades e funções sociais eram – e ainda, em certa escala, são – diferentes para os sexos, sendo que a mulher não podia atingir/alcançar muito *status* e nem mesmo opinar, portanto a mulher não era objeto de estudo da Criminologia, já que não era considerada um ser capaz. Embora com o Renascimento, a Reforma Protestante e o Século das Luzes, que foram cenários de grandes mudanças sociais e de acréscimos de racionalidade, a categoria da mulher não foi alterada, pois não era vista como um ser dotado de capacidade, de vontades e de direitos. Como exemplo disso, pode-se citar o fato de que os escravos foram libertos e tinham permissão para votar, enquanto que a mulher não era vista como ser humano capaz desse ato.

Não há unanimidade entre os autores quanto ao marco histórico que deu início à Criminologia – muitos consideram a virada do século XIX para o XX²⁰. Zaffaroni considera *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras como o primeiro discurso criminológico. Para outros, a fundação da Criminologia é atribuída a Cesare Lombroso, em que a teoria consiste no fato de que o delinquente é nato, inferindo que não são as instituições ou tradições que determinam a natureza criminal de uma pessoa, mas justamente a natureza criminal do indivíduo, o qual “nasce criminoso”²¹. Logo, o objeto de estudo deve ser o delinquente, e não o delito, já que o delito, na verdade, trata-se de um fenômeno natural realizado pelo homem (determinismo biológico: o livre-arbítrio, a liberdade de escolha humana, não é considerado para Lombroso).

Quanto à mulher, especificamente no paradigma etiológico, ela foi objeto de análise de Lombroso e Guglielmo Ferrero, em 1886, em *La Donna Delinquente*.

¹⁸ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

¹⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

²⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 18.

²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, cit., p. 93.

Nessa obra de estudo da mulher criminosa, os discursos envolvem os campos jurídico, médico, moral e religioso. Na conclusão dos autores, a mulher possui um perfil mais maleável, ou seja, possui tendências mais obedientes à lei do que o homem. Ademais, infere que a delinquência feminina está ligada à sexualidade ao ponto de que, se fossem eliminados os fenômenos sexuais, a mulher delinquente não existiria, principalmente a prostituta²².

Então, os estudos desenvolvidos por Lombroso, como também os do sociólogo criminal Enrico Ferri, são importantes para compreender a construção da etiologia (estudo das causas) na Criminologia. É através desses autores que a Criminologia passa a conquistar um *status* científico, epistemológico, influenciando a ampla discussão e cientificação do controle social, objeto de análise no final do século XIX.

Somente surge um novo paradigma criminológico que rompe com o conceito de crime natural em meados de 1960 e 1970²³. A nova teoria, conhecida pelo nome de *labeling approach* – teoria do etiquetamento –, apresenta uma revolução na Criminologia, demonstrando novos objetos de estudos para entender a produção social do desvio e do delinquente. Por meio do novo paradigma proposto pelo *labeling approach*, foi possível pensar na criminalidade como uma realidade construída, ou seja, aquela pessoa que comete delitos não é por sua natureza criminosa, mas tal conduta deve-se ao fato do *status* que é adquirido por mecanismos de seleção do sistema penal, que se dá diante da produção de etiquetas e identidades sociais produzidas por meio de regras. Dessa forma, surge o principal fundamento da teoria: o efeito estigmatizante.

Nesse recorte criminológico, o objeto da Criminologia se modifica, não mais tendo como foco o delinquente e seu comportamento (paradigma etiológico), passando a estudar e analisar quem é definido como criminoso perante os processos de criminalização, ou seja, um estudo sobre os órgãos responsáveis pelo controle social e pela repressão (paradigma da reação social). O objetivo principal dessa linha criminológica é justamente criticar o mito de que o direito penal é aplicado igualmente para todos, pois a verdade estaria no fato de que aqueles que detêm maior poder econômico teriam mais força para atribuir o status de criminoso às classes economicamente mais desfavorecidas. Tal situação demonstra que a proteção penal é relativa – atinge grupos mais pobres e seleciona os bens jurídicos que merecem proteção.

²² GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Assédio sexual: a (in)compatibilidade entre a tutela penal e a efetiva proteção da dignidade sexual da mulher*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2004. p. 38.

²³ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica). p. 50.

O referido “mito da igualdade”, segundo Baratta, pode ser resumido nas seguintes proposições:

- a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural);
- b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização²⁴.

Em contrapartida, as proposições críticas seriam:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade²⁵.

Portanto, o labeling approach foi de extrema importância, já que superou o paradigma etiológico e apresentou uma nova estrutura de análise “preparando o terreno” para a criminologia crítica²⁶. Assim, partindo para a criminologia crítica, percebe-se que ela tem um viés de investigação do próprio poder punitivo, principalmente no que se refere aos mecanismos que definem se uma conduta é criminosa ou não, bem como os critérios – desiguais – que as agências de controle penal utilizam frente às populações estigmatizadas. Ademais, critica o sistema punitivo que promove processos de etiquetamentos e, na aplicabilidade de penas, estigmatiza²⁷.

²⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal, cit., p. 162.

²⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal, cit., p. 162.

²⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 160.

²⁷ CAMPOS, Carmem Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-169.

Diante do fato de que foi na criminologia crítica que as críticas aos controles sociais e ao sistema de justiça surgiram, sendo justamente este o objeto criminológico, é na década de 1980, a partir do desenvolvimento da luta feminista, que emerge uma criminologia crítica feminista. Tal criminologia passa a inserir perguntas sobre as categorias patriarcado e gênero. Nesse desenvolvimento salientam-se questionamentos sobre como o sistema de justiça criminal trata a mulher, o que dá ensejo a uma nova categoria de pesquisa: a vitimologia crítica²⁸.

Até o momento, as mulheres não eram alvo de estudos da Criminologia, e o acréscimo do enfoque dos problemas de gênero e das temáticas feministas permitiu ampliar este objeto de estudo. A criminologia crítica, até então, apenas tinha como base de estudo para os problemas sociais o capitalismo, sendo justamente as criminólogas feministas que salientaram tratar-se de uma sociedade não somente capitalista, mas também patriarcal²⁹. O gênero passou a ser o centro do debate, não apenas em relação ao significado da mulher, mas também do próprio homem perante a justiça criminal.

A falha da instituição se dá porque se trata de um subsistema de controle social que é seletivo e desigual e afeta tanto os homens quanto as mulheres. Ele próprio é um sistema por excelência de violência institucional que exerce seu poder e, também, seu impacto sobre as vítimas. Nessa seara de complexa fenomenologia de controle social, a mulher torna-se vítima duplamente, já que a justiça criminal expressa e reproduz dois tipos de violência estrutural da sociedade, que são: a violência exercida nas relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência exercida nas relações sociais patriarcais (espelhadas na desigualdade de gênero). Portanto, tal sistema recria os estereótipos intrínsecos nessas duas formas de violência, reproduzindo desigualdade, o que é especialmente visível no campo das sexualidades e “honra”.

Nesse aspecto, então, quanto à “pornografia de vingança”, o que se observa é que a mulher, ao recorrer ao controle social formal, ou seja, ao sistema de justiça criminal, acaba por reviver toda a cultura da discriminação, humilhação e, também, de estereotipia. O sistema é falho, pois, ao invés de julgar o autor dos fatos, julga a vítima, reproduzindo aquelas relações sociais que discriminam a mulher. O sistema penal, que deveria ser um órgão institucional de proteção, repete a opressão³⁰ e o domínio masculino, exercendo um *continuum* de controle

²⁸ MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*, cit., p. 62-63.

²⁹ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, cit., p. 194.

³⁰ Nessa seara, em que a criminologia crítica feminista também começa a agregar estudos sobre o sistema de controle informal e também formal, no que se refere às mulheres, percebeu-se que nesses campos ocorriam uma reprodução de estereótipos de gênero. Diante disso, a palavra “violência” passa a ter maior destaque, substituindo a expressão “opressão” (utilizada nos anos 1970 pelas feministas), pois tal linguagem correspondia a um apelo simbólico ao direito penal, inferindo criminalização de condutas consideradas violentas para as mulheres, bem

social informal, formando um órgão seletivo e vitimizador (que reforça o patriarcado).

INTERFACES CRIMINOLÓGICAS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO VERSUS O PODER PUNITIVO

O poder punitivo tem como característica afastar quem realmente sofreu a lesão, ou seja, a vítima é substituída, confiscada do conflito. Zaffaroni discorre que o modelo punitivo não é um modelo que visa à solução de conflitos, mas sim de decisão vertical de poder, que aplica sua punição excluindo qualquer outra possibilidade de reparação, principalmente para a vítima. Dito isso, o melhor modelo seria aquele reparador, de solução horizontal; entretanto, o utilizado é o punitivo, de decisão vertical.

Partindo especificamente para a “pornografia de vingança” e o controle da sexualidade, conforme cita Lola A. Castro³¹, o problema da repressão feminina vai muito além das condições materiais de vida, das instituições e das ideologias, pois se estende a todas as instâncias, em todos os níveis, especialmente os de vida sexual e afetiva. Na mesma perspectiva, Vera Regina de Andrade acrescenta que considera louvável a atuação e as boas intenções das feministas que consideram a criminalização de condutas como a melhor opção, entretanto critica tal vertente, pois, segundo ela, a criminalização faz reproduzir a mesma matriz patriarcal que as feministas criticam, ou seja, o objetivo das correntes feministas é proporcionar para as mulheres liberdade da opressão masculina, entretanto estão recorrendo a um sistema que é, por excelência, classista e sexista, imbuído de androcentrismo. A pergunta que não quer calar é “até que ponto é um avanço para as lutas feministas a reprodução da imagem social da mulher como vítima, eternamente merecedora de proteção masculina, seja do homem ou do sistema penal?”³².

Para Zaffaroni, a criminalização de condutas deve ser o produto último de todas as discriminações³³. Segundo o autor, é recorrente os grupos oprimidos criticarem os discursos legitimadores do poder punitivo; entretanto, os mesmos grupos, quando a discriminação recai sobre eles, não tardam em reivindicar o uso desse poder. Nesse sentido, acabam recaindo nas armadilhas neutralizantes e retardatárias do poder punitivo, que atua perante vulnerabilidades e estigmas.

como, possibilitando a relação de agressor e vítima – objetivando demonstrar que a vítima seria inocente da agressão sofrida; entretanto, coloca em segundo plano o complexo contexto social e cultural das relações. PITCH, Tamar. La violencia contra las mujeres y sus usos políticos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, p. 19-29, 2014. p. 19-29.

³¹ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*, cit., p. 70.

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, cit., p. 97.

³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Discurso feminista e poder punitivo. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 49-84, 2001. p. 66.

É inquestionável que a desocultação da violência pelos movimentos feministas foi fundamental, decisiva e irreversível para que problemas antes ocultos, de âmbito privado, como a violência doméstica, fossem pautas do Estado e convertidos em questões públicas. Contudo, as feministas não apenas demonstraram a problemática da violência contra as mulheres, como também tornaram a impunidade masculina um dos pontos centrais das suas demandas e acabaram por eleger, em grande medida, o sistema penal como principal mecanismo para combater a violência de gênero. Vera Regina de Andrade tem chamado esse processo de “publicização-penalização do privado”³⁴.

Dessa forma, questiona-se, afinal, qual é o objetivo em recorrer ao sistema penal, para a criminalização de condutas³⁵, já que até então o poder punitivo tem se mostrado patriarcalista em suas ações (?). Andrade considera que a resposta seria a busca pelo castigo, pelo caráter retributivo da pena, ou seja, punir, pois, ao que parece, a discussão geralmente gira em torno da impunidade.

Todavia, buscar tutela legislativa nesse aspecto não parece a melhor solução, pois como o sistema não é igualitário, ele julga autores e vítimas diferentemente, principalmente com base na reputação pessoal do indivíduo, o que afeta diretamente a situação de vítima da mulher. O sexo feminino é julgado principalmente de acordo com sua reputação sexual, o que gera análises no sentido de que para ser vítima real deve ser “honesta” (do ponto de vista da moral sexual) e, em contrapartida, as “desonestas” (a prostituição seria o ápice da desonestidade) são abandonadas pelo sistema, visto que não se adequam aos padrões da moralidade sexual imposta pela sociedade patriarcal.

A busca pelo sistema penal, conforme discorre Larrauri – que também considera um erro recair nesse âmbito – se dá porque, diante de um discurso estratégico (do poder punitivo), algumas correntes (feministas) creem que, ao politizar a questão da opressão feminina e conseqüentemente penalizar certas condutas, estar-se-ia promovendo conscientização e mudanças sociais. Elena Larrauri investiga e pondera:

Estes movimentos argumentam não estar especialmente interessados na punição – nela também – mas principalmente na função simbólica do direito penal. Isto é, o que se consegue com a criminalização destas atividades é em primeiro lugar a discussão pública do seu caráter nocivo, que as pessoas se conscientizem mediante uma campanha prévia, e em segundo lugar, mudar a percepção pública [...]. O objetivo é a declaração

³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, cit., p. 105.

³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, cit., p. 106.

pública de que estes comportamentos são socialmente intoleráveis. Parece claro que é possível encontrar outros meios declaratórios, mas prosseguem argumentando não entender por que precisamente elas têm que renunciar ao meio declaratório por excelência o direito penal³⁶.

Ocorre que a própria criminologia feminista denuncia os perigos da utilização do sistema de justiça criminal pelas mulheres, pois, diante do seu caráter conservador, carregado de cultura androcêntrica e patriarcal, além de não prevenir as violências exercidas contra as mulheres, o sistema penal acaba por impor uma lógica de desconfiança e julgamento de sua moralidade, sendo ela vítima ou delinquente³⁷. Portanto, o sistema penal além de ser estruturalmente incapaz de oferecer uma proteção digna às mulheres, a única resposta que ele oferece é o castigo – que é desigualmente distribuído, bem como não cumpre eficientemente com a proposta de ser intimidatório.

Uma alternativa, considerada por Vera Regina de Andrade, seria de se pensar à luz da Constituição Federal, vez que, diversa do Direito Penal – que está na esteira da negatividade, que representa repressividade, punição e, conseqüentemente, classifica as mulheres como vítimas –, considera a Constituição como representação de um campo legislativo de positividade, pois ao invés de situar a mulher como vítima, a Constituição a recoloca na condição de sujeito. Segundo a autora, concentrar as energias feministas no campo da positividade talvez seja mais interessante do que mantê-las no âmbito negativo, que até o momento não produziu significativos resultados, apenas reproduziu violência e criou novos tipos penais³⁸, pois, como já foi referido, o sistema de justiça criminal duplica a categoria de vítima da mulher, que, para além de vitimada no campo das sexualidades, também o é pela violência institucional que reproduz as relações sociais patriarcais e sexistas, sendo, mais uma vez, submetida a julgamentos³⁹.

Para Karam⁴⁰, essa desenfreada procura pela adesão à ideologia da repressão (da lei e da ordem), por um interesse incondicional de combate à criminalidade, que se reflete no sistema penal, irrompe pelo medo e pela insegurança. Tal situação se dá pela ausência de convívio social e solidário, pois a sociedade atual se mostra extremamente isolada e individualista. Sendo assim, aliam-se aos discursos –

³⁶ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, cit., p. 220.

³⁷ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, cit., p. 221.

³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, cit., p. 112.

³⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, cit., p. 95.

⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Disponível em: <<https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017. p. 90.

abordados/criticados por Zaffaroni – que pregam a necessidade de criação de novos inimigos. Essa demasiada intensificação do controle social fomenta o Estado para ampliação do poder punitivo, trazendo maior repressão e rigor penal. Logo, a autora sustenta que, ao submeter-se à lógica da reação punitiva se estará, conseqüentemente, aceitando a lógica da violência, da exclusão, “em típica ideologia de classe dominante”⁴¹.

O sistema penal (que compreende o rol de leis penais, as agências de punição, a atuação dos juristas e também o patriarcado⁴²) tem gênero, sim. Por mais que se alegue que o pressuposto básico que funda a norma é a igualdade, a verdade é que o direito penal é desigual, é sexista e reproduz padrões que discriminam. O poder punitivo e o patriarcado, assim, diante do que ponderam Fernanda Martins e Augusto Jobim do Amaral, são “implicados em si, unem-se numa costura indivisível, de íntima construção hierárquica e verticalizada de manutenção da ordem”⁴³.

Apontam os autores, tendo por base os escritos de Butler, que o enfrentamento das vulnerabilidades femininas, a resistência, além de se instaurar radicalizando as limitações dos discursos, faz-se presente também através de uma rede de solidariedade. Tal rede, talhada pelos feminismos (e pela Criminologia), faz resistência ao desestabilizar as instituições que insistem na reprodução de desigualdades e injustiças, instituições estas que repetem a violência de gênero (como também sob outras minorias)⁴⁴.

Diante disso, muito importante se torna a Criminologia fomentar inquietação para construir “um novo sujeito ético”⁴⁵, sujeito este que se reconstrua para além das formas costumeiras de sujeição, permitindo, assim, alavancar um novo ser: liberto das experiências históricas e dos julgamentos morais que limitam os sujeitos (por meio da linguagem e dos discursos)⁴⁶. Nesse sentido, para além da lei, para romper com o controle masculino sob os corpos, é imprescindível reconstruir a história, fazer surgir um novo ser e, conseqüentemente, um novo processo histórico apto a internalizar a igualdade e disposto a abandonar “as velhas” construções pautadas em incapacidades e divisões sexuais.

⁴¹ KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*, cit., p. 92.

⁴² AMARAL, Augusto Jobim do; MARTINS, Fernanda. *Feminismos e poder punitivo: vulnerabilidades para além da lei* (no prelo).

⁴³ AMARAL, Augusto Jobim do; MARTINS, Fernanda. *Feminismos e poder punitivo: vulnerabilidades para além da lei* (no prelo).

⁴⁴ AMARAL, Augusto Jobim do; MARTINS, Fernanda. *Feminismos e poder punitivo: vulnerabilidades para além da lei* (no prelo).

⁴⁵ RAGO, Margareth. Foucault e as artes de viver do anarco-feminismo. In: RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo (Org.). *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 65-174.

⁴⁶ BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

Para Campos, ao que tudo indica, criações de novas legislações devem ser ponderadas distantes do Direito Penal; o ideal seria sob a ótica do Direito Civil. Pela perspectiva da autora, deve-se pensar na mínima utilização do Direito Penal, até mesmo não apenas nos delitos em que as mulheres são consideradas vítimas, pois o Direito Penal tem tendência de reforçar a repressão – entrando em um âmbito negativo – em detrimento de alternativas positivas que o Direito pode oferecer que se revelam, justamente, apoiadas na Constituição Federal⁴⁷. A autora acredita que, perante a falência do sistema repressivo, abrir-se-á espaço para novas soluções, soluções estas pensadas em uma esfera de ação positiva que demandará concretização dos direitos humanos e dos laços de solidariedade social⁴⁸.

O conflito social presente nas violências domésticas melhor seria resolvido se tratado fora do poder punitivo. É necessário pensar e desenvolver métodos diferentes para abordar a temática, longe do sistema penal, pois ele próprio é manifestamente fruto da cultura androcêntrica e patriarcal que se objetiva combater.

Corroborando o apresentado até o momento, Angela Davis discorre no sentido de que é preciso dar ênfase às instituições de violência, à institucionalização de certos mecanismos de violência, em vez de saber se o ato é cometido por homens ou mulheres. Para ela, uma das principais questões de que devem ser pensadas é sobre a violência institucional, pois vai de encontro aos discursos perpetuados, aqueles que prometem acabar com os problemas sociais e com a própria violência. Entretanto, não há como acabar com a violência praticando mais violência, portanto, Davis⁴⁹ considera que seria importante realizar uma nova abordagem na linha feminista, incorporando reflexões sobre as instituições.

Trazendo esse viés de raciocínio para o Brasil, Karam⁵⁰ aborda que enfrentar a violência de gênero (como também outros tipos de violências e discriminações) a fim de enfrentar os resquícios patriarcais não se dará por meio da intervenção penal. Tal apelo para a proteção no âmbito criminal e conseqüente expansão do poder punitivo, como até mesmo já referido, contudo, deve-se, em parte, aos movimentos feministas (dentre outros movimentos sociais), somados aos discursos tão bem postos e articulados pelo poder punitivo. Posto isso, acabam por, equivocadamente, aclamar pela intervenção do sistema penal sob o pretenso enunciado de que é a solução para todos os problemas.

⁴⁷ CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei n. 11.340/2006. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 170, jan. 2007. p. 16.

⁴⁸ CAMPOS, Carmem Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas*, v. 11, n. 1, Florianópolis, jan./jun. 2003.

⁴⁹ DAVIS, Angela Y. *A democracia da abolição*: para além do império das prisões e da tortura. Tradução Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009. p. 79.

⁵⁰ KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n. 168, nov. 2006. p. 6.

Desta feita, alguns autores, como Larrauri⁵¹, consideram que o Feminismo deveria se aliar à Criminologia, para que assim, talvez, seja mais propício obter resultados mais significativos para a emancipação do sexo feminino. Aliás, a crítica de Larrauri aos discursos feministas é que o impasse de gênero é simplificado excessivamente, como se fosse um problema quase que exclusivamente das relações entre casais e apresenta a desigualdade de gênero como causa única (ou ao menos a mais relevante) do problema social da violência doméstica⁵². Contudo, a violência de gênero é muito mais complexa e, para um melhor enfrentamento, pertinente se faz aliar-se a outros campos de estudos.

Outra suposição apresentada por Larrauri⁵³ é que a violência de gênero ocorreria com a finalidade manter o *status quo*, ou seja, não é apenas um reflexo de uma situação de desigualdade de posições, expectativas e valores, mas também serve para manter a situação de vulnerabilidade pelo mecanismo do medo. Nesse sentido, exemplifica que nem todas as mulheres são “violadas”, contudo há o medo da “violação”, que influencia e condiciona a vida de todas as mulheres – entretanto, salienta a autora, que estas igualmente podem não ser as únicas explicações.

Ainda, Zaffaroni cogita a questão de que o poder punitivo⁵⁴ é ardiloso e, em uma tática astuta e habilidosa, cria armadilhas que fazem com que o Feminismo acabe por recair em seu campo podendo, dessa forma, neutralizar o caráter transformador dessas linhas feministas⁵⁵ (2009, p. 321). O discurso feminista, pautado por segmentos de antidiscriminação e igualdades, tenderia a ser preso no discurso legitimador do poder punitivo – já abordado no texto, de caráter patriarcal, que reproduz a violência que se quer enfrentar. Para ele, quando o poder punitivo devolver a vítima ao processo – não mais confiscá-la⁵⁶, como faz – e permitir sua participação ativa na resolução do problema, deixará de ser um poder punitivo, porque perderá a característica estrutural (de confisco da vítima) e, portanto, permitirá surgir um outro modelo de solução dos conflitos⁵⁷.

Como uma forma de combater essa força do Feminismo, conforme alude Zaffaroni, o poder punitivo utiliza como estratégia a fragmentação dos discursos. Ou seja, a forma de neutralizar e atrasar as construções proporcionadas pelos grupos de minorias, contendo o progresso, é fragmentando esses discursos

⁵¹ LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 16.

⁵² LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 23.

⁵³ LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*, cit., p. 41.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Ecuador, 2009. p. 326-329.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso feminista y el poder punitivo*, cit., p. 321.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso feminista y el poder punitivo*, cit., p. 324-325.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso feminista y el poder punitivo*, cit., p. 324.

antidiscriminatórios, dividindo as lutas quase que confrontando os discursos entre eles, já que cada indivíduo, dadas suas experiências, tem tendência a identificar-se com um dos grupos. Com isso, não se percebe que há multiplicidade; na verdade, os enfrentamentos propostos pelos grupos se complementam, pois “a sociedade hierárquica não é apenas machista, não é apenas racista, não é apenas xenofóbica, não é apenas homofóbica etc., mas é tudo isso em conjunto”⁵⁸. A fragmentação tem como estratégia criar contradições entre os discriminados, logo, impede alianças entre os grupos.

Dados os motivos explanados, justifica-se o porquê de alguns autores (antes citados) afirmarem que os discursos das minorias, bem como as construções da Criminologia, devem andar juntos, pois, apesar de algumas particularidades, de uma forma geral se complementam e, a partir disso, se fortalecem. Criminologia e Feminismo devem ser trabalhados juntos, pois representam somatórios positivos, visto que propõem inquietações sobre a mulher como vítima, e a criminologia crítica denuncia o sistema de justiça criminal. Por fim, cogita-se que, por meio da Constituição Federal, seja possível enfrentar essas vulnerabilidades, tudo isso somado aos movimentos sociais de massa organizados.

Desse modo, quanto ao questionamento sobre se o sistema de justiça criminal é eficiente para mudar a situação de vulnerabilidade da mulher, no que se refere às vinganças e à sexualidade, a resposta parece ser negativa. Tal conclusão se firma porque a atuação do poder punitivo não traz proteção, mostra-se androcêntrico e reprodutor da desigualdade entre os sexos. Por esse motivo, a tutela penal da chamada “pornografia de vingança” indica a reprodução de mais desigualdade e violências, reforçando as vulnerabilidades do feminino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode verificar, no decorrer deste trabalho, alguns discursos feministas, na luta pela igualdade, apostam na utilização do Direito Penal como ferramenta para avançar nas conquistas feministas. De outro modo, outras vertentes compartilham a ideia de que há uma necessidade de se renunciar ao Direito Penal, recomendam o seu uso cauteloso, e, ainda, seu não uso, com o objetivo de enfrentar as vulnerabilidades com o mínimo de castigo possível, usando apenas a esfera positiva, de resguardo e de maximização de direitos.

Nessa seara, a “pornografia de vingança” se mostra um excelente foco de análise, pois corrobora o fato de que a sociedade ainda é patriarcal e tende a julgar a liberdade sexual da mulher, isto é, sob a ótica das sexualidades (e também das

⁵⁸ Texto original: “La sociedad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo xenófoba, no es sólo homofóbica, etc., sino que es todo eso junto” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El discurso feminista y el poder punitivo*, cit., p. 330).

vinganças), a mulher continua sob a égide do enorme exercício do poder masculino. Desta feita, o problema permite discutir sobre o fato de que a própria tutela da conduta reforça a vulnerabilidade feminina e fragiliza esse enfrentamento. Ao buscar a esfera penal e o poder punitivo se recai no mesmo problema: solicita-se proteção para uma instituição por excelência patriarcal, que propaga violências, pois restringem a violência de gênero ao âmbito doméstico, não propõem resoluções que envolvam a vítima na mediação do conflito e, ainda, pela forma como descrevem a problemática, acabam vulnerabilizando ainda mais o feminino, considerando que, se não for tutelado penalmente, não haverá outra solução para as mulheres.

Posto isso, considera-se, finalmente, com força de resumo, que recorrer ao sistema de justiça criminal está longe de ser a estratégia mais adequada de redução de violências, em especial de gênero, pois o poder punitivo reproduz a cultura patriarcal, retira a vítima da cena judicial e ainda julga sua “honra”, muitas vezes a culpabilizando. Dessa forma, aliando-se feminismos com uma crítica criminológica radical ao poder punitivo pode ser possível pensar numa melhor forma de enfrentar as vulnerabilidades femininas, afastando-se de uma das principais estratégias do poder punitivo, que é fragmentar os discursos das minorias, enfraquecendo-os.

Ademais, apontando para outra provável alternativa, o interessante seria investir na esfera positiva, ou seja, numa efetivação de direitos longe de qualquer supressão operada pelo poder punitivo. Contudo, não basta a mera positivação de direitos, pois, por si só, a lei não irá criar justiça e igualdade. Movimentos sociais, criadores de novas resistências desvinculadas das amarras históricas e morais que limitam os sujeitos, fazem possível conjecturar uma sociedade livre e sem discriminações por questões de gênero.

Sendo assim, para além da lei, para romper com a violência de gênero e enfrentar as vulnerabilidades femininas, principalmente no que se refere à sexualidade – considerada como uma tecnologia de poder –, é imprescindível reconstruir a história. Deve-se produzir igualdade e ter disposição para abandonar as antigas construções pautadas nas divisões sexuais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; MARTINS, Fernanda. *Feminismos e poder punitivo: vulnerabilidades para além da lei* (no prelo).

AMARAL, Augusto Jobim do; PILAU, Lucas Batista. Feminismos e esquerda punitiva: por uma criminologia de libertação do poder punitivo. *Panóptica*, v. 10, n. 2, p. 146-157, jul./dez. 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudanças e permanências de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 30, p. 24-36, jan. 1995.

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/ Instituto Carioca de Criminologia, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. *Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.
- BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- CAMPOS, Carmem Hein de. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas*, v. 11, n. 1, Florianópolis, jan./jun. 2003.
- CAMPOS, Carmem Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005.
- CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da lei n. 11.340/2006. *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 170, jan. 2007.
- CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. *Wake Forest Law Review*. v. 49, p. 345-391, 2014.
- DAVIS, Angela Y. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*. Tradução Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Assédio sexual: a (in)compatibilidade entre a tutela penal e a efetiva proteção da dignidade sexual da mulher*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2004.
- KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Disponível em: <<https://we.riseup.net/assets/369699/74572563-Maria-Lucia-Karam-A-esquerda-punitiva.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.
- KARAM, Maria Lúcia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. *Justificando*, 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>>. Acesso em: ago. 2016.

- KARAM, Maria Lúcia. Sistema penal e direitos da mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, p. 147-163, jan./mar. 1995.
- KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n. 168, nov. 2006.
- LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica).
- PITCH, Tamar. La violencia contra las mujeres y sus usos políticos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, p. 19-29, 2014.
- PORTELLA, Ana Paula. Criminologia feminista. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; GHIRINGHELLI, Rodrigo. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, p. 159-164, 2014.
- RAGO, Margareth. Foucault e as artes de viver do anarco-feminismo. In: RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo (Org.). *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987. (Coleção Polêmica).
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- WALDMAN, Ari Ezra. A breach of trust: fighting nonconsensual pornography. *Iowa Law Review*, i. 2, v. 102, p. 709-733, jan. 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola. *El género en el derecho: ensayos críticos*. Ecuador, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro, I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Data de recebimento: 05/06/2019

Data de aprovação: 07/10/2019

SOBRE O POVO: DO DEBATE KELSEN-SCHMITT A AGAMBEN, FREUD E LACLAU

ON PEOPLE: FROM THE KELSEN-SCHMITT DEBATE TO AGAMBEN, FREUD AND LACLAU

*Lucas Bertolucci Barbosa de Lima**

*Marcos César Botelho***

RESUMO

O presente artigo, construído por meio de dedução e leitura bibliográfica, busca analisar o conceito de “povo” a partir de perspectivas diversas, relacionando-as. Se os populismos têm se tornado notadamente recorrentes na contemporaneidade, talvez haja algo nesta palavra que ilustre o contexto atual. O objetivo deste trabalho é deslocar a investigação daquele conceito entre os âmbitos jurídico, filosófico e psicossociológico, a partir de um referencial teórico constituído por textos dos autores abaixo mencionados. Inicialmente, examina-se como o léxico “povo” aparece em produções textuais de Hans Kelsen e de Carl Schmitt. Num segundo momento, a noção de soberania popular é contestada, a partir de escritos de Giorgio Agamben sobre as ideias de nação e povo. Por fim, questiona-se o problema da constituição de um povo: se é um erro supor sua soberania e anterioridade, como ele se forma? Para uma possível resposta, foram explorados escritos de Sigmund Freud e Ernesto Laclau.

Palavras-chave: Povo. Soberania. Nação. Identificação. Lógica da diferença e da equivalência.

* Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP), *campus* Jacarezinho-PR, Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: lucas.bertolucci@gmail.com.

** Doutor em Direito Constitucional pelo programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (ITE/SP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Jaú (FADIJA). Professor adjunto vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP), e à graduação em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), ambos localizados no *campus* Jacarezinho, no Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA). Foi advogado da união – Advocacia-Geral da União, lotado na Procuradoria Seccional da União em Campinas/SP.

ABSTRACT

The present article, made by means of deduction and bibliographical reading, aims to analyze the concept of “people” from different perspectives, relating one another. If populisms have notably become recurrent nowadays, maybe there’s something in this word that illustrates the present context. The goal of this work is to shift the gaze on that concept between the juridical, philosophical and psycho-sociological fields, from a theoretical reference constituted by texts of the authors mentioned below. Firstly, it’s examined how the word “people” appears in textual productions of Hans Kelsen and Carl Schmitt. Thereafter, the idea of popular sovereignty is questioned from Giorgio Agamben’s writings on the notions of nation and people. Lastly, the problem of the constitution of people is questioned: if it’s a mistake to suppose its sovereignty and anteriority, how is it formed? Sigmund Freud and Ernesto Laclau’s texts were examined, in order to look for a possible answer to this question.

Key-words: People. Sovereignty. Nation. Identification. Logic of the difference and equivalence.

INTRODUÇÃO

As diferentes formas da abordagem da separação entre direito e política é o que diferencia, primordialmente, as diversas teorias do direito na tentativa de desenhar algo como um fundamento que lhe dê legitimidade. Uma das figuras localizadas nesta passagem é a que diz respeito ao povo. No âmbito estritamente jurídico-formal das democracias contemporâneas, povo é o soberano detentor de todo o poder. Mas não haveria algo a mais? Não seria necessário, primeiramente, atravessar o mero formalismo, para, em seguida, questionar o real nexos entre povo e direito? E não poderia haver algo, na ideia de povo, que excedesse o jurídico, ou a ele não se integrasse? São estas perguntas que o presente artigo busca responder, com o auxílio de um referencial teórico formado por autores jurídicos e não jurídicos, e por meio de uma metodologia consistente em leitura bibliográfica e dedução.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre o conceito de “povo” a partir de textos de Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca da democracia constitucional. Ao passo que Kelsen advoga pela inevitável democracia representativa e pela separação entre as vontades individuais do povo e a vontade dominante dos órgãos eleitos, rejeitando a ideia de que haveria uma soberania popular, Schmitt é seu extremo oposto na discussão jurídica. Este entende que toda democracia é uma democracia direta, pelo fato de o povo ser uma unidade política anterior ao Estado e, portanto, o sujeito soberano que detém o poder constituinte; tudo o que ocorre em um ordenamento só tem lugar pelo fato de possuir a anuência do povo soberano. A discussão de ambos os teóricos é determinante para o mapeamento do espectro jurídico do século XX.

No segundo capítulo, a noção de soberania popular foi contestada, com base na perspectiva de Giorgio Agamben sobre os direitos universais e a concepção de “nação”. Desde sua fundação jurídica, a soberania popular separa aqueles que a exercem daqueles que apenas a detêm. Isso implica que por baixo do povo soberano existe um povo que se mantém à mercê daqueles que exercem a soberania, e também que contra a ideia jurídica de povo existe ou povo ou outros povos.

No terceiro capítulo, questiona-se não mais o povo para as teorias do direito, mas para a psicanálise e, nesse contexto, o modo de sua constituição. Em primeiro lugar, expôs-se a forma como Sigmund Freud traz a sua ideia de massa, o seu vir a ser, e como sua proposta de psicologia da multidão está embasada em sua concepção de psicologia do indivíduo. Em seguida, a teoria de Ernesto Laclau, pensador freudo-marxista de vertente lacaniana, é apresentada. Laclau, com o fito de deslocar a psicologia de Freud acerca das massas para o campo da filosofia política, compõe um corpo teórico da constituição do povo e de como esta é o paradigma que explica todas as formas políticas.

O estudo do conceito de povo na contemporaneidade se justifica pela aparição cada vez maior desse nome na cultura atual. Os populismos crescentes dos últimos anos não são fenômenos aleatórios do percurso histórico, mas manifestações deste. E para que seu caráter propriamente político possa ser analisado, necessário se faz uma passagem por concepções diversas do conceito de “povo”. Não se quis, com a presente investigação, porém, concluir toda a matéria sobre a presente temática. Trata-se apenas de um ponto de vista dentre as diversas abordagens possíveis e de um convite aos leitores para futuros debates.

O CONCEITO DE POVO EM KELSEN E SCHMITT

Dois autores antagonistas despontam na filosofia do direito do século XX. Trata-se de Hans Kelsen (1881-1973) e Carl Schmitt (1888-1985), filósofos do direito e juristas austríaco e alemão, respectivamente. A produção bibliográfica de ambos os pensadores teve lugar em um contexto conturbado, isto é, as décadas de 1920 a 1940 na Alemanha. No início da década de 1920, na recém proclamada República de Weimar, a Alemanha se encontra em situação de crise, em razão da dívida da Primeira Guerra a ser ressarcida. Por conta disso, o momento político é extremamente instável, tendo em vista a abalada situação econômica dos alemães, que perdurou nos sucessivos governos republicanos. Esse quadro engendrou reuniões de massas que reformularam a ideia de “povo”, cujo ápice foi o nazismo. Neste período, que compreende a República de Weimar e o Terceiro Reich, Kelsen e Schmitt, teóricos de vieses politicamente contrários, esboçaram o insuperável espectro da filosofia do direito, que perdura até hoje.

Kelsen, nascido em família judaica, é um teórico positivista normativista. Defende a ideia de um positivismo científico radical, não no sentido legalista,

mas no sentido de abordar todo o ordenamento jurídico, desde as decisões judiciais até o próprio fundamento do direito, como norma. Schmitt, por sua vez, teve sua biografia manchada em razão de suas aproximações com o Partido Nacional-Socialista nas décadas de 1930 e 1940. Teoricamente, Schmitt é um “decisionista”, de forma que vê o ordenamento a partir do ponto de vista da decisão soberana, isto é, toda norma estabelecida se dá em razão de uma decisão política, decisão esta que pode, a qualquer momento e de qualquer forma – independentemente das normas positivadas –, criar e desfazer o ordenamento. Nesse ínterim, ambos os autores trazem ideias bastante diversas de “povo”, mas que se inscrevem no campo jurídico do que se pode chamar de democracia constitucional.

A concepção de Hans Kelsen a respeito do significado da palavra “povo” entremeia seu entendimento acerca da palavra “democracia”, presente, entre outros escritos, em seu texto *Von Wesen und Wert der Demokratie (Essência e valor da democracia)*, de 1929. Kelsen, enquanto intelectual judeu habitante da Alemanha weimariana, temia, principalmente, a ascensão do partido nacional-socialista sob os auspícios da noção de “democracia” referendada pela Constituição alemã de 1919. O conceito de “democracia”, segundo entende o filósofo do direito austríaco, banalizou-se a tal ponto que poderia ser usado, indiferentemente, para se referir a qualquer situação política.

Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acredita-se dever usar a noção de democracia – da qual se abusou mais do que qualquer outra noção política – para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os significados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a costumeira impropriedade do linguajar político vulgar não a degrada deveras a uma frase convencional que não mais exige sentido determinado.¹

Kelsen, em sua análise, parte de um certo pressuposto psíquico segundo o qual existe uma reação instintiva das pessoas contra toda coerção social, isto é, contra a ordem heterônoma, no sentido de que a vontade alheia, a vontade da sociedade, promoveria uma inelutável redução da liberdade natural individual. Esse instinto individualista cria uma pretensa ideia de igualdade, isto é, a ideia

¹ Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25. Cf. também RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 117: “Entender o que democracia significa é entender a batalha que se trava nessa palavra: não simplesmente o tom de raiva ou desprezo que pode afetá-la, mas, mais profundamente, os deslocamentos e as inversões de sentido que ela autoriza ou que podemos nos autorizar a seu respeito”.

de que não pode haver coerção de um sobre o outro porque todos são igualmente impassíveis de serem coagidos e, portanto, ninguém deve mandar em ninguém². Desse modo, a ficção da igualdade entre homens é posta como justificativa da liberdade individual.

No entanto, a experiência mostra que para que o convívio em sociedade seja possível, a relação dos homens deve ser comandada por algum poder. Se o mero instinto de liberdade individual não é capaz de escapar à dominação de uns homens por outros, à violência como constituinte das ordens, melhor é que haja um regramento estável e que este seja estabelecido por um poder comandante. E, se os homens devem ser comandados, melhor que o sejam por eles mesmos. Não é a liberdade que é consequência da igualdade, mas o oposto: pelo fato de os homens serem instintivamente livres mas deverem se submeter a uma ordem, um autogoverno é estabelecido, isto é, há uma submissão à própria vontade, de modo que ocorre uma passagem da liberdade individual para a liberdade política.

Contudo, por mais que – segundo a hipótese de uma democracia direta – os homens possam exercer diretamente sua vontade na criação de uma ordem política e por mais que, a partir de uma hipótese ao absurdo, as votações nesse “primeiro momento” sejam todas unânimes, a fundação política, segundo Kelsen, sempre dá lugar a uma ordem criada e separada das vontades que a funda. E não é possível que essa ordem esteja de acordo com a vontade de todos no decorrer do tempo, posto que as vontades mudam enquanto a ordem tende a se conservar. Mas mesmo que a ordem criada reduza, eventualmente, ao mínimo a liberdade individual, aquela, por ter sido criada pelo próprio povo a ela submisso, é resultado da satisfação do ideal de democracia. A ordem estatal não deixa de ser democrática, pois é a construção pelo próprio povo daquilo que cria a vontade diretiva do Estado.

Sendo a democracia direta, porém, algo, segundo o autor, praticamente impossível, a democracia indireta é o inevitável modo de existência da forma política democrática e tem lugar com a criação de um parlamento eleito. O parlamentarismo consiste na formação da vontade dominante do Estado, que se dá por meio de um órgão colegiado eleito pelo povo, através do sufrágio igualitário e universal³. Ato contínuo, duas são as características do parlamentarismo: o *princípio majoritário*, que diz respeito à necessidade da maioria dos votos para que haja eleição, e a *formação indireta da vontade*, em que o órgão parlamentar passa a ter um certo protagonismo, ao ser responsável pela existência da vontade dominadora.

O *princípio da maioria* se direciona à formação de um compromisso entre a maioria e a minoria, a partir da dialética possibilitada pela democracia. Não se reduz, esclarece Kelsen, a um domínio que a maioria exerce sobre a minoria, mas

² KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

³ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 46.

a possibilidade de separação em grupos com interesses opostos, *ambos buscando ser maioria*. Não se trata este princípio, pois, de mera prevalência da maioria numérica em razão da igualdade dos votos, mas da forma como a disputa ocorre, com a organização dos que se contrapõem a cada tema em diferentes partidos, com a formação de uma multiplicidade de oposições entre maiorias e minorias. Nas eleições parlamentares, é o princípio da proporcionalidade que regula a distribuição de votos, garantindo um número de cadeiras a cada partido no parlamento que seja proporcional à quantidade de votos no partido. Isso se dá de modo a se buscar uma representação o mais proporcional possível não apenas das maiorias, mas também das minorias políticas, que não teriam chance caso o sufrágio universal parlamentar se desse pela lógica da maioria⁴.

A *formação indireta da vontade* diz respeito à constituição de uma vontade ordenadora a partir dos órgãos eleitos, vontade esta derivada do princípio da maioria e que se exerce retroativamente nos criadores dos órgãos eleitos. O ato de eleição significa, verdadeiramente, uma escolha de chefes, a determinação dos corpos a partir dos quais a vontade estatal há de se estabelecer, por meio das normas – por essa razão, a vontade não se forma diretamente do povo, mas, indiretamente, dos órgãos que o povo cria.

A noção de que o órgão parlamentar, criado pelo povo, seria, na verdade, um órgão delegatário, isto é, que a vontade do povo é delegada para este órgão e que o referido órgão é criado de tal modo – isto é, com tais eleitos – pelo fato de a soma das vontades individuais da maioria representarem a vontade geral é uma ficção que Kelsen combate com veemência. O princípio da maioria não se justifica por ser a maioria numericamente maior que a minoria e, em razão disso, poder representá-la; mas sim pelo fomento da organização e da busca do compromisso entre os grupos, entre maiorias e minorias. Além de que seria um mito supor que a vontade dos órgãos representantes são as mesmas vontades individuais que os criaram, pois a vontade não se delega a terceiros, mas sim permite que os órgãos parlamentares criem a vontade do Estado.

É este espectro ficcional que dá azo ao fetiche da soberania popular, à ideia de uma coincidência imediata de vontades entre eleitores e eleitos. De um ponto puramente jurídico, nada mais é possível afirmar sobre o povo, senão que é uma coletividade de indivíduos de um dado ordenamento jurídico, indivíduos estes

⁴ Cf. KELSSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. O princípio da proporcionalidade decorre do princípio da maioria, de modo que os partidos eleitos, no ato de formação da vontade estatal, isto é, na votação das pautas legislativas, buscam, a todo momento, constituir-se em maioria. Enquanto os partidos com maiorias eleitas sobrevivem sozinhos contra cada uma das minorias, estas tendem a se organizar e formar coalizões, com o intento de superar o grupo de interesse oposto. E é nessa dialética entre contrários que se baseia a democracia parlamentar, criando um meio-termo entre os interesses opostos.

que estão sujeitos, portanto, às normas desse ordenamento⁵. E se se busca o fundamento das normas que comandam estes sujeitos, remete-se sempre a outra norma hierarquicamente superior e assim em diante até a constituição do referido Estado. É a constituição que regula o processo eleitoral e que autoriza aos políticos eleitos a feitura de leis, a criação de novas normas ordenatórias. Se a constituição é criada por uma assembleia, formada por um grupo de indivíduos que tacitamente ou expressamente têm a permissão de todos os demais indivíduos para tal criação, de modo que estes aceitam se submeterem à heteronomia estatal, é falsa a conclusão segundo a qual o povo detém a soberania estatal.

A única afirmação que pode ser feita acerca do povo, isto é, da coletividade de indivíduos que se submete às normas criadas por outrem, é que pressupõe-se que estes indivíduos se sujeitam às consequências dessas normas⁶, inclusive àquela que diz respeito à sua limitada e indireta participação no processo de produção normativa. Nesse sentido, o povo é *objeto jurídico-científico* que traduz o fato de que o direito positivo em questão é condicionado à pressuposta adesão ao mesmo de um certo número de indivíduos pertencente a um certo território, mas não é *sujeito jurídico-político* que põe o direito. Da vontade do povo não se deduz, logicamente, a unidade política do povo, isto é, a soberania popular.

Kelsen é um forte opositor às teorias que atribuem ao povo algo além dessa sua forma crua e simples, às teorias que defendem uma suposta “soberania popular”. Esta nada mais é que a fetichização da democracia, uma tentativa de atravessar a democracia pela constituição e de criar uma ficção legitimadora – o “povo” enquanto soberano constituinte. Carl Schmitt, por outro lado, toma

⁵ Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁶ Por mais tautológica que esta sentença possa parecer no contexto da filosofia política, ela tem grande importância para a construção da Teoria Pura do Direito de Kelsen, trabalho este que não pode ser tomado isoladamente, posto que nele está implicado toda a filosofia do pensamento kelseniano. Esse olhar pragmático a respeito da condição não soberana do “povo” tem relação com o ceticismo lógico a partir do qual Kelsen examina o direito positivo, cuja finalidade é expor as hipostasiações que usualmente ocorrem nas teorias do direito, a começar pela investigação de sua validade. Só se pode falar sobre a validade de um direito que seja eficaz, isto é, de um direito cujas normas tenham efetividade. A única forma de verificação da eficácia do ordenamento é por meio da análise da efetivação prática de suas normas. Em sua construção científica puramente normativa do Direito, Kelsen, com a intenção de criar um sistema normativo fechado em si mesmo, deduz que a eficácia fática do ordenamento é condição para se alcançar a validade do mesmo, mas não pode ser seu fundamento jurídico-científico imediato de validade. Para que se possa fundamentar o Direito em si mesmo, é preciso pressupor que há uma norma lógico-transcendental não positivada. O povo obedece ao direito e deste comportamento de submissão voluntária infere-se a eficácia do direito positivo, condição fática que só pode ser transportada para a ciência jurídica a partir da pressuposição de uma norma de dever-ser. A esta norma pressuposta e não positiva, Kelsen dá o nome de norma fundamental: uma hipótese meramente científica de que as normas jurídicas são obrigatórias em razão de uma norma pressuposta que as confere obrigatoriedade. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 215-246.

partido pela noção de soberania popular. Em seu livro *Verfassungslehre (Teoria da constituição)*, publicado em 1928 – um ano antes do supracitado artigo de Kelsen – Schmitt traça as diretrizes daquilo que entende por *constituição*.

Diferentemente do conceito normativo de constituição, Carl Schmitt atribui maior importância ao ato constitutivo, de modo que nomeia a constituição normativa e todas as demais disposições constitucionais normativas de “leis constitucionais”. “Constituição” para Schmitt é a *decisão constitutiva*, decisão esta que diz respeito às diretrizes fundamentais do Estado, tais quais os *princípios*, a *forma de governo* e o *sujeito político* – este, o detentor do poder constituinte⁷.

O poder constituinte é, portanto, o poder de *decidir*, isto é, de *pôr* uma constituição ou, em outros termos, de *constituir* e seu detentor é o sujeito político, que varia de acordo com a forma política adotada. Essa separação entre um poder constituinte e um poder constituído, comum na doutrina de direito constitucional contemporânea, Schmitt a toma de Sieyès, teórico do Direito à época da Revolução Francesa. Este, ao separar ambos os poderes e tendo em conta o contexto de mudança de paradigma político, atribui o poder constituinte à Nação, ao *povo como unidade política*, com consciência de sua singularidade política e vontade de existência política. “Estado é um determinado *status* de um povo e, por certo, o *status* da unidade política”⁸.

Não obstante a controvérsia acerca da verdadeira importância ativa do povo nos Estados monárquicos e aristocráticos⁹, não há dúvida acerca de sua centralidade nas democracias contemporâneas. Democracia não se reduz às repúblicas, abrangendo qualquer Estado em que o povo seja portador do Poder constituinte e dê a si mesmo uma Constituição, isto é, em que haja “identidade do povo em sua existência concreta consigo mesmo como unidade política”¹⁰. A forma política democrática sustenta-se no “princípio de igualdade”¹¹; este, no

⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 47.

⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 205, tradução nossa.

⁹ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

¹⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 221, tradução nossa.

¹¹ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 224, tradução nossa: “O conceito democrático de igualdade é um conceito político e, como todo conceito político autêntico, deve relacionar-se com a possibilidade de distinção. Por isso, a Democracia política não pode basear-se na indistinção de todos os homens, mas apenas no pertencimento a um *povo determinado*, embora esse pertencimento a um povo possa ser determinado a partir de aspectos muito diversos (ideias de raça, de fé comuns, de destino e tradição comuns). A *igualdade* que corresponde à essência da Democracia se dirige, por isso, sempre ao *interior*, e não para fora: *dentro* de um Estado democrático são iguais todos os súditos. Daqui se deduz, para efeitos da consideração política e jurídico-política: quem não é súdito do Estado, não entra no jogo da igualdade democrática”.

entanto, não diz respeito a qualquer igualdade, muito menos à igualdade geral dos homens, mas tem um sentido muito mais específico: igualdade entre os membros de determinado Estado e distinção destes em relação aos demais.

A *determinação* do povo, isto é, a possibilidade de distinção de um dentro e um fora da unidade política, é necessária para que ela possa representar-se como *todo* e constituir uma forma política. A representação democrática do povo não se trata de uma representação externa, tal qual a monárquica ou a aristocrática, mas de algo que parte da própria unidade política identitária: uma *apresentação*. É dentro da igualdade democrática que o povo é capaz de representar a si mesmo, de representar a unidade política povo como um todo.

A unidade política *não é* a representação do povo, isto é, não é sua totalização fictícia¹². Ela é real, imanente. O povo, segundo entende Schmitt, é uma unidade real e imanente pressuposta (como real e imanente), portanto *não é uma ficção*¹³. A circularidade da argumentação é evidente: para que o filósofo possa falar de um povo democraticamente ativo, isto é, de um povo que representa a si mesmo, ele deve, antes, englobar todas as distinções dentro da igualdade democrática, ou seja, tomar a igualdade democrática como suposta. Apenas dessa forma a representação pode acontecer, de modo que a representação do povo como um todo é a *produção da identidade do povo presente consigo mesmo como unidade política*. Disso, poder-se-ia deduzir que a representação, expressão direta da unidade política “povo”, é aquilo que produz essa mesma unidade¹⁴. A igualdade democrática, enquanto identidade interior e distinção externa, é resultado da representação da própria identidade supostamente existente. E Schmitt, apesar de recusar a denominação de “ficção”, não vê nenhum problema em falar em “suposição” e “ideia”¹⁵.

O *povo* em Schmitt – unidade política do Estado e sujeito político da Constituição, fundamento da Democracia e Soberano – não é, segundo o teórico alemão, apenas algo que se encontra fora e acima da Constituição como titular transcendente do poder constituinte, nem algo que se esgota como sujeito de direito por meio de normatização constitucional. Apesar de a doutrina constitucional clássica advogar pela ideia de que “povo” é uma *instância*

¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 225.

¹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 206.

¹⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 214.

¹⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 233, tradução nossa: “A identidade democrática descansa na ideia de que tudo o que há dentro do Estado como atuação do Poder estatal e como Governo permanece *dentro* da homogeneidade substancial. Todo pensamento democrático se move com clara necessidade em ideias de *imanência*. Tudo o que fuja à imanência negará a identidade. Toda espécie de transcendência que se introduza na vida política de um povo leva a distinções qualitativas de alto e baixo, eleito e não eleito etc., enquanto que em uma Democracia o Poder estatal emana do povo, e não de uma pessoa ou órgão exterior ao povo e colocado sobre ele”.

transcendente detentora do poder constituinte que se exaure em uma *instância imanente e constitucionalmente regulada e organizada*, Schmitt sustenta que existe um *algo a mais*, algo de inorgânico, isto é, deslocado da organização jurídica, e, ainda assim, não transcendente, mas imanente¹⁶.

A “opinião pública” é este algo de inorgânico por meio da qual o povo cria o espaço público através do qual o povo se apresenta e constitui a própria identidade. Povo e coisa pública existem juntos, de modo que o público é produzido pelo povo, por meio de sua presença¹⁷. O povo mantém-se como o detentor do poder constituinte e detentor, por consequência, do *conceito democrático de Lei*¹⁸. Todas as articulações organizacionais são secundárias em relação à vontade do povo, que, enquanto unidade política, age como o mediador que regula toda a administração estatal e decisor último. Toda a administração pública, em sentido amplo, fundamenta-se no elemento político, que é o povo e cujo poder se manifesta na opinião pública, na *doxa*¹⁹ que constitui o público.

O problema do conceito de povo em Schmitt não está no reconhecimento dessa lógica da identidade e da distinção, mas no deslocamento dessa lógica para uma suposta unidade política do Estado democrático, na suposição – ou na sugestão de que se suponha – de que os cidadãos individuais de cada Estado verdadeiramente democrático compõem um todo imanente e transcendental que detém um poder (constituinte) capaz de, a qualquer momento, desfazer ou impor leis. Carl Schmitt, adverso a ficções abstratas, ignora o caráter fictício de seu conceito central: o *povo* enquanto fundamento político e soberano do Estado democrático de direito.

¹⁶ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 237.

¹⁷ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 238-241. O povo não pode ser representado externamente porque *apresenta* a si mesmo, “porque necessita *estar presente*” (p. 238, tradução nossa). E só é realmente povo aquele agrupamento reunido que “pode *aclamar*, isto é, expressar por simples gritos seu assentimento ou recusa, gritar ‘viva’ ou ‘morra’, celebrar um chefe ou uma proposta, ovacionar o rei ou a qualquer outro, ou negar a aclamação com silêncio” (p. 238, tradução nossa). A aclamação, enquanto manifestação imediata do povo, é aquilo que permanece como algo a mais nas organizações jurídicas do político, de tal modo que “a *opinião pública é a forma moderna da aclamação*” (p. 241, tradução nossa) e sua força política se sustenta no fato de que pode ser interpretada como esta.

¹⁸ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 252-266, tradução nossa: “O *conceito democrático de Lei* é um conceito político, não um conceito de lei próprio do Estado de Direito; parte da *potestas* do povo e proclama que lei é o que o povo quer; *lex est quod populus jussit* [...] Frente a essa *vontade*, não há nenhum freio segundo os princípios democráticos. São possíveis injustiças e inclusive desigualdades [...] o povo é o soberano em uma Democracia; pode quebrar todo sistema da normatização constitucional e induzir um processo, como induz processos o Príncipe em uma Monarquia absoluta. É juiz supremo, como é legislador supremo”.

¹⁹ A esse respeito, Cf. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia*. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 173; SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 241.

A TOTALIDADE FRAGMENTADA DO POVO

A ideia de soberania popular, professada por Schmitt e criticada por Kelsen, remete ao momento de sua criação: a Revolução Francesa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, traço do início da Revolução Francesa, marca a passagem da soberania do Antigo Regime para o novo republicanismo. Seu advento é um ponto de transição muito importante no que diz respeito ao paradigma da soberania. Até então, soberano é o monarca, o participante da linhagem da realeza, ao qual todos se submetiam – todos eram seus súditos.

A partir da Declaração, o fundamento da soberania deixa de ser a linhagem sanguínea e passa a ser o simples nascimento: a mera vida do ser humano passou a fundamentar a soberania dos Estados, no sentido de que a nação – ficção da totalidade de nascimentos – passou a ser o fundamento da soberania. Não se trata mais de um rei acima da lei que exerce uma espécie de direito natural ou transcendente: nesse momento da evolução da humanidade, todas as pessoas – ou seja, o Homem em sentido genérico – nascem e são livres e iguais em direitos. Sendo a nação, pois, soberana, todos – e assim se apreende da leitura da Declaração – nascem imediatamente soberanos ou, em outras palavras, têm na própria vida o fundamento da soberania.

No entanto, Giorgio Agamben, filósofo italiano, observa, em seu texto *Au-delà des droits de l'Homme (Para além dos direitos do homem)*, de 1993, que essa declaração, como quaisquer outras declarações universais, não possuía a efetividade que seu texto pretendia ter²⁰. Ao passo que o *Homem (l'Homme)* em sentido universal (compreendendo homens e mulheres) é o novo portador da soberania, a própria declaração já traz em seu título e em seu texto o conceito de *Cidadão (Citoyen)*, aquele que é responsável pelo exercício da soberania, por meio da associação política. Ou seja, já existe uma cisão institutiva da própria declaração: para que o homem universal seja o portador da soberania, ele não poderá exercê-la. O único que pode exercê-la é um homem particular chamado *cidadão*.

Então o que se tem aqui é um duplo movimento: num primeiro momento (1), a generalização da soberania no simples *nascimento* torna todos os homens imediatamente *nação*, criando um sem-número de nacionais (ou de soberanos); ao passo que (2) o conceito de *cidadão*, responsável pelo exercício da soberania, passa a ser o dispositivo controlador dos recém-criados Estados-nação. O cidadão funciona como um dispositivo regulador para esta abertura democrática que, apesar de radical, já apresenta em sua fundação as diretrizes de conservação do

²⁰ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

poder. E essa separação entre cidadão e homem é defendida principalmente pelos moderados pós revolucionários, como o Conde de Lanjuinais, que diz, por exemplo, que nem as crianças, nem os incapazes, nem as minorias, nem as mulheres e nem mesmo os sentenciados à pena difamatória seriam cidadãos²¹. A exclusão aqui é evidente e pode ser facilmente transposta para os dias de hoje: todos são soberanos, a vontade de todos importa; no entanto – por motivos organizacionais, isto é, para manter o bom funcionamento dos órgãos da administração estatal – apenas uma pequena minoria irá exercer todo o poder em nome dos demais e do modo que entender melhor. É esta ficção da soberania popular que Kelsen²² denuncia em seu texto.

Portanto, o que se tem com o fim do Antigo Regime é uma imediata ficção inerente ao conceito de *nação*: entre *nação* e *nascimento* existe uma lacuna, um intervalo que revela que apenas uma parcela de cidadãos decide, verdadeiramente, os rumos do Estado-nação²³. Apesar de todo *nascimento* ser imediatamente *nação*, a *nação* nada decide. A ideia transcendente de *nação* omite a influência que as diferenças individuais exercem na determinação daqueles que agem como – e, portanto, são – soberanos.

Se o povo, como mostra a prática da democracia representativa, traduz-se na ficção daquilo que reina, mas não governa, e, portanto, não exerce o poder soberano que a ele é atribuído, a soberania é sub-repticiamente deslocada àqueles que a exercem. E o poder soberano não é, como já mostrou Schmitt, um poder limitado pelo direito positivo, mas sim um poder que põe e decide o que é e o

²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 127.

²² Cf. KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²³ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: Notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015, p. 29. O ápice dessa separação é a figura do apátrida, banalizada na primeira metade do século XX. Com o fim da Primeira Guerra e o aumento de incontáveis fluxos migratórios dentro da Europa e para fora dela, aparece uma figura que põe em xeque a concepção universal de direitos do homem: o refugiado. Muitos imigrantes se tornaram *apátridas*, não possuidores de nenhuma nacionalidade, porque, não obtendo nova nacionalidade, ou se recusavam a voltar à pátria originária (pois sabiam que seriam presos ou mortos), ou perdiam a nacionalidade da pátria de origem no momento em que emigravam. É importante notar que, já na Primeira Guerra, muitos Estados criaram leis que permitiam a desnacionalização e a desnaturalização de migrantes considerados “inimigos”, o que tornou a migração particularmente difícil. É frente a figura do apátrida que a ideia de um Homem Universal portador de Direitos Universais é arruinada “Se o refugiado representa, no ordenamento do Estado-nação, um elemento tão inquietante, é antes de tudo porque, rompendo a identidade entre homem e cidadão, entre natividade e nacionalidade, põe em crise a ficção originária da soberania. Exceções particulares a esse princípio, naturalmente, sempre existiram: a novidade do nosso tempo, que ameaça o Estado-nação nos seus próprios fundamentos, é que partes crescentes da humanidade não são mais representáveis no seu interior. Por isso, na medida em que se rompe a velha trindade Estado-nação-território, o refugiado, essa figura aparentemente marginal, merece ser, pelo contrário, considerado como a figura central da nossa história política”.

que não é o direito positivo, o poder máximo de decisão²⁴. “Soberano é quem decide no estado de exceção”²⁵, ou seja, é aquele que decide sobre as vidas fora de quaisquer amarras jurídicas, já que sua decisão se torna retroativamente jurídica e, ato contínuo, sua palavra se legitima por si só. A vida de todo sujeito de direito encontra-se, pois, em situação paradoxal. Ao mesmo tempo que, frente ao direito positivo, determinado indivíduo é sujeito de direito e está plenamente incluso no ordenamento, frente à decisão soberana todos estão potencialmente sujeitos à exclusão do jurídica, sujeitos a uma decisão que é completamente indiferente ao direito positivo. Jean-Luc Nancy chama a esta relação soberana de uma relação de *bando*: os indivíduos são abandonados à lei, potenciais *bandidos*²⁶.

Com a ascensão do capitalismo no século XIX, o direito estatal passa a positivar-se normativamente, de modo a organizar e controlar cada vez mais as relações de troca de mercadorias. As próprias condições de trabalhador livre e de burguês – cuja emergência acompanha o decaimento das relações feudais do antigo regime – significam, neste modo de produção, a semelhante condição jurídica de dois sujeitos de direito que trocam livremente uma mercadoria – o trabalho – por outra – o dinheiro²⁷. Para que a circulação e produção sistemática de mercadorias possa ser garantida, a categoria de sujeito de direito livre deve ser igualmente estabelecida e estendida a todos os indivíduos, de modo que todos possam comprar e vender as mercadorias dispostas no mercado. Esta é a hipótese defendida pelo jurista soviético Evguiéni Pachukanis, de acordo com o qual as relações de troca individuais atingiram uma certa padronização no capitalismo, que se traduziu na uniformização das relações jurídicas em normas positivas de direito privado e na conseqüente formação do Estado burguês “organizado”²⁸. A difusão da

²⁴ SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 31.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13, tradução nossa.

²⁶ NANCY, Jean-Luc. *L'impératif catégorique*. Paris: Flammarion, 1983.

²⁷ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 120-121, grifos nossos: “Ao mesmo tempo, a vida social desintegra-se, por um lado, na totalidade de relações reificadas que surgem espontaneamente (assim como todas as relações econômicas: nível de preços, taxa de mais-valor, taxa de lucro etc.), ou seja, relações nas quais as pessoas nos dizem menos respeito que as coisas; por outro lado, na totalidade das relações em que o homem só se determina por meio da oposição com suas coisas, ou seja, como sujeito ou na totalidade das relações jurídicas. Essas duas formas fundamentais, a princípio, diferem uma da outra, mas estão, ao mesmo tempo, intimamente ligadas e condicionam-se mutuamente. *O vínculo social da produção apresenta-se, simultaneamente, sob duas formas absurdas: como valor de mercadoria e como capacidade do homem de ser sujeito de direito.*”

²⁸ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 122: “A crescente divisão do trabalho, a melhoria nos meios de comunicação e o consecutivo desenvolvimento das trocas fizeram do valor uma categoria econômica, ou seja, a personificação das relações sociais de produção que dominam o indivíduo. Para isso, foi preciso que os atos de troca isolados ocasionais formassem uma cadeia de circulação ampla e sistemática de mercadorias. Nesse estágio de desenvolvimento, o

condição de cidadão soberano traria, pois, implícita consigo a condição fundamental de sujeito de direito privado, isto é, de indivíduo da relação capitalista da troca livre e equivalente de mercadorias²⁹.

A prática do direito contemporâneo, portanto, consiste na captura cada vez maior das vidas individuais pelos mecanismos soberanos. Com a expansão do capitalismo e a globalização da economia, porém, tais mecanismos consistem cada vez menos no exercício imediato da violência pelos Estados, dando lugar a um progressivo agenciamento dos governos estatais com a economia mundial, ao controle fático que as potências globais passam a exercer na administração do próprio Estado e de Estados menores³⁰. Com o crescente progresso científico da técnica desde o final do século XIX e o início do século XX³¹, o trabalho humano

valor se distingue dos preços ocasionais, perde sua característica de fenômeno psíquico individual e adquire significação econômica. Tais condições reais são necessárias também para que o homem se transforme de um exemplar de zoológico em *persona* jurídica, sujeito de direito individual e abstrato. Essas condições reais consistem no estreitamento dos vínculos sócias e no crescimento do poder da organização social, ou seja, da organização de classe, que atingem seu apogeu no Estado burguês “organizado”. Aqui, a capacidade de ser um sujeito de direito finalmente se destaca da personalidade concreta viva, deixa de ser uma função de sua vontade consciente ativa e se torna pura propriedade social. A capacidade de agir é abstraída de sua capacidade jurídica. O sujeito de direito recebe um duplo de si na forma de um representante, que adquire um significado de ponto matemático, de um centro no qual se concentra certa quantidade de direitos.”

²⁹ PACHUKANIS, Evguíeni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 111: “De forma mais filosófica, o problema do direito subjetivo e do direito objetivo é o problema do homem burguês e do homem membro do Estado, do *citoyen*.”

³⁰ Cf. SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014. p. 271: “O *status* territorial desse Estado [dominado] não se modifica a ponto de seu território ser convertido em território estatal do Estado dominante. Mas seu território passa a ser incluído no espaço relevante do Estado que controla e em seus *special interests*, sua soberania espacial. O espaço aparente da soberania territorial continua inalterado, mas o conteúdo material dessa soberania é alterado pela proteção do grande-espaço econômico da potência dirigente. Surge, assim, o tipo moderno de tratado internacional de intervenção. Intervenções garantem o controle e a dominação política, enquanto o *status quo* territorial fica preservado.”

³¹ Cf. SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 146: “Certamente, o progresso técnico toma-se, já no século XIX, tão espantoso, e as situações sociais e econômicas transformam-se, em conseqüência disso, tão rapidamente, que todos os problemas morais, políticos, sociais e econômicos são apanhados pela realidade deste desenvolvimento técnico. Debajo da tremenda sugestão de sempre novas e surpreendentes invenções e realizações, surge uma religião do progresso técnico para a qual todos os outros problemas se resolvem por si mesmos precisamente através do progresso técnico. Para as grandes massas das terras industrializadas esta crença era evidente e óbvia. Elas saltaram por cima de todos os níveis intermédios que são característicos do pensamento das elites liderantes, e nelas emerge logo, a partir da religião da crença nos milagres e no além, sem elo intermédio, uma religião do milagre técnico, das realizações humanas e da dominação da natureza. Uma religiosidade mágica passa para uma igualmente mágica tecnicidade. Assim, o século XX aparece, no seu

torna-se gradativamente mais dispensável ao processo de produção capitalista, sendo o sujeito de direito, em consequência, cada vez mais abandonado à lei³². Desse modo, padece o sujeito de direito de uma a sujeição cada vez maior da própria vida ao arbítrio da decisão soberana³³. A unidade política de um Povo nacional abstrato é internamente cindida, ou, em outros termos, dela é excluído um outro povo, uma multiplicidade não jurídica que se mantém em abandono para com o poder soberano.

A palavra *povo* constitui-se a partir de sua própria cisão, significando tanto, no decorrer de sua história, o povo como unidade política, quanto o povo daqueles que são socialmente excluídos – o “povão”. Em várias de suas versões – no português *povo*, no espanhol *pueblo*, no italiano *popolo*, no francês *peuple* e no inglês *people* – a palavra em questão significa, ao mesmo tempo, corpo político

começo, como a era não apenas da técnica, mas também de uma crença religiosa na técnica. Ele foi frequentemente designado como era da técnica, mas a situação no seu conjunto, com isso, só provisoriamente é caracterizada, e a pergunta pelo significado da tecnicidade avassaladora deve, à partida, permanecer em aberto.”

³² Cf. MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. l. 1. São Paulo: Boitempo, 2013; MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. l. 3. São Paulo: Boitempo, 2017. Com o progresso científico, o papel do trabalhador na geração de valor no modo de produção capitalista passa a diminuir. O avanço tecnológico possibilita que poucas máquinas produzam igual quantidade de mercadorias no mesmo ritmo que muitos trabalhadores e com um custo menor. Isso se traduz em grande aumento físico das indústrias (máquinas, prédios, acessórios de produção etc.) em detrimento de uma redução do trabalho humano. Em razão dessa redução, o lucro cresce cada vez menos em relação ao valor investido em maquinário, que cresce de forma acelerada. E, de modo a sanar essa queda da taxa de lucro, medidas austeras de todo o tipo são tomadas e recaem na maior parte das vezes na grande massa de trabalhadores dos países miseráveis, que aceitam qualquer jornada por qualquer salário. Cf. ASSMANN, Selvino José; BAZZANELA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 186: “Tem sentido e finalidade a vida que se justificar na relação custo e benefício que orienta a dinâmica da produção e do consumo, que rege o funcionamento e os interesses da economia global, assim tornando certas *formas de vida* politicamente relevantes, enquanto outras formas de vida podem ser abandonadas à própria sorte, ou mesmo sacrificadas, sem que com isso se cometa um ato que se caracterize como crime”.

³³ Cf. BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Tradução de João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 81. É nisso que consiste a *vida nua*. Vida nua é um conceito que Agamben toma emprestado do filósofo alemão Walter Benjamin. Este o apresenta ao final do texto *Zur Kritik der Gewalt (Sobre a Crítica da violência)*, de 1921, um ensaio acerca da relação íntima entre o direito e a violência: “Por mais sagrada que seja a pessoa humana (ou também aquela vida que nela existe de maneira idêntica na vida terrena, na morte e na vida após a morte), não são sagrados seus estados-de-vida nem sua vida corpórea, vulnerável à ação dos outros. [...] Por fim, dá que pensar o fato de aquilo que aí se proclama como sagrado ser, de acordo com o antigo pensamento mítico, o suporte estigmatizado da culpa [*Schuld*]: a vida nua” Como se nota pelo excerto benjaminiano, *vida nua* é basicamente o modo como a vida se relaciona com o Direito: ao mesmo tempo que sacralizada pelos direitos humanos à dignidade, é também o suporte da *Schuld*, da culpa ou débito originário para com o Poder, uma dívida infinita e insondável para com o Soberano. A *vida nua* é, enfim, uma vida que se inscreve no Direito contemporâneo a partir de sua própria exclusão, uma inclusão exclusiva.

e povo pobre e infeliz, como fica claro na repetição presente no discurso de Abraham Lincoln em Gettysburg, “governo do povo, pelo povo, para o povo”. Existe, portanto, uma oscilação dialética entre dois conceitos de povo, um conjunto *Povo* que constitui um corpo político unitário e um subconjunto *povo* das multiplicidades fragmentárias dos povos. E todo o problema consiste no fato de que há um forçamento do excesso de *povo* para dentro da ficção *Povo* – uma totalização. Este forçamento totalitário é o que impede o aparecimento de uma ruptura, ou de um *resto*³⁴, entre *Povo* e *povo*³⁵.

A separação entre essas duas ideias de povo pode ser percebida desde tempos longínquos no decorrer da História. Na Roma antiga, o povo dividia-se juridicamente em *populus* e *plebs*, da mesma forma que, durante a Idade Média, havia a separação entre povo gordo e povo miúdo. Tanto os plebeus quanto o povo miúdo são categorias que incorporam, separadamente do *populus* e do povo gordo, os politicamente excluídos – os apolíticos submissos. Com o advento da Revolução Francesa, a situação muda radicalmente: em razão da suposta igualdade soberana de todos os franceses, a ideia de um povo plebeu separado de um povo “verdadeiramente” político torna-se um contrassenso. Frente a não mais sustentável divisão, o povo unifica-se em um único Povo: o povo soberano. É nesse cenário que se pode falar de uma separação não mais externa, mas interna, de dois conceitos de povo. O Povo, enquanto unidade soberana, abrange o povo marginal e este contrapõe-se internamente àquele ao desmentir a forçosa unidade, ao desvelar os politicamente excluídos dentro do pretensamente político. “*Nessa perspectiva, o nosso tempo não é senão a tentativa – implacável e metódica – de atestar a cisão que divide o povo, eliminando radicalmente o povo dos excluídos*”³⁶.

É tomando o Povo, aquele que detém todas as características da unidade política schmittiana, como ponto de partida que Agamben entrevê a potência de algo ainda não unitário. Se o caráter fetichista do Estado consiste no fato de que seus cidadãos compõem um todo detentor do poder constituinte, existe algo de verdadeiro nessa pretensa totalização, que é a potência constituinte, o poder de criar e de desfazer, que não se exaure naquilo que constitui, mas que permanece como *potente não ser*.

³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta*: Um comentário à carta aos Romanos. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 73: “O povo não é nem o todo nem a parte, nem a maioria nem a minoria. Ele é, antes, aquilo que jamais pode coincidir consigo mesmo, nem como todo nem como parte, aquilo que infinitamente resta ou resiste a toda divisão, e – sem querer ofender aqueles que nos governam – nunca se deixa reduzir a uma maioria ou a uma minoria. E esse resto é a figura ou a consistência que o povo ganha na instância decisiva – e, como tal, ele é o único sujeito político real”.

³⁵ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim*: Notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim*: Notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015, p. 39, grifo do autor.

Por mais total que se pretenda, algo de não-todo no conceito de Povo mantém-se latente e convida o pensamento a repensar a própria ideia de povo.

A CONSTITUIÇÃO DO POVO EM FREUD E LACLAU

Se o Povo jurídico ganha existência no próprio ato normativo que o positiva, como se constitui o povo, ou os povos, que lhe escapam? Já no século XIX, teóricos da psicologia buscavam estudar o comportamento dos indivíduos quando se juntam em grupo, quando se agregam publicamente, fenômeno por eles denominado “massa”. Em *Massenpsychologie und Ich-Analyse (Psicologia das massas e análise do Eu)*, de 1921, Sigmund Freud, psicanalista judeu e teórico alemão que, assim como Kelsen e Schmitt, se encontrava na República de Weimar, tenta traçar as diretrizes da constituição de uma massa a partir de sua crítica às psicologias das massas tradicionais – principalmente as de Gustave Le Bon e William McDougall³⁷.

Freud propõe-se a analisar o comportamento das massas a partir do elemento primário de sua psicanálise, a libido. A palavra “libido” possui o mesmo radical, na língua alemã, de “amor” (*Liebe*) e na psicanálise freudiana consiste na energia afetiva investida pelo indivíduo em determinado objeto a partir de determinados instintos, energia esta que performa o que se chama de “amor” em sentido amplo. As massas se constituem e se desenvolvem, portanto, em razão do amor³⁸. Diante disso, a preocupação do psicanalista desloca-se da separação entre massa estável e massa instável, presente nos trabalhos de Le bon e de McDougall, para a possível divisão entre massas sem líder e massas com líder e, mais especificamente, para a dupla relação dentro de cada massa: a relação entre indivíduos e a relação de cada indivíduo para com o líder³⁹.

³⁷ Cf. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. O entendimento comum era o de que as massas seriam divididas em duas espécies assimetricamente distintas: as estáveis e as instáveis (ou efêmeras). As massas estáveis seriam aquelas associações organizadas que duram períodos de tempo indetermináveis, que se institucionalizam e se tradicionalizam. As massas efêmeras, por sua vez, seriam inconstantes agrupamentos selvagens, que nada almejam senão destruição e desordem e que se desfazem já com sua descarga energética. Estas seriam guiadas por uma espécie de hipnose, uma sugestibilidade de ações derivada de um líder, além de serem tomadas por um certo contágio a partir do qual um membro influiria em outro e assim sucessivamente. As massas seriam, portanto, completamente influenciadas, a partir de fora, a agir como tal e seriam, pois, agrupamentos constitutivamente manipulados.

³⁸ Cf. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. “Amor” não se reduz tão somente ao amor sexual, mas também ao amor próprio, ao amor entre pais e filhos, ao amor por ideias abstratas e objetos concretos e ao amor entre seres humanos em geral.

³⁹ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 39-46.

A relação entre indivíduos da massa se dá por meio da *identificação*. A identificação resulta da relação do Eu individual com determinado objeto⁴⁰ e Freud a analisa a partir de três diferentes fontes de seu arcabouço prático⁴¹. A conclusão passível de se tirar a partir do deslocamento da referida análise para dentro do âmbito do estudo das massas é que entre os membros desta existe, no mínimo, algum importante afeto em comum, algo que todos os membros compartilham e que é a relação de cada um deles com o elemento constitutivo da massa; isto é, infere-se que há algo em comum no tipo de ligação dos membros da massa com o líder.

A relação entre cada um dos indivíduos e seu líder, contudo, é o elemento-chave, ao qual Freud atribui maior importância, por sobredeterminar todas as relações *inter partes*. As características dessa relação são deduzidas a partir de dois conceitos psicanalíticos distintos: o *enamoramento* (*Verliebtheit*) e a *hipnose*. Em linhas gerais, o enamoramento nada mais é que o investimento libidinal em um objeto para a satisfação sexual direta. O objeto, porém, quando idealizado ou superestimado, passa a ser tratado como o próprio Eu e a servir como substituto de um ideal inalcançável do Eu. O Eu se submete e é consumido pelo objeto de investimento sexual e este passa a ocupar o lugar do ideal do Eu, isto é, o indivíduo transfere seu ideal para o objeto.

A hipnose é muito semelhante a este aspecto extremo do enamoramento, posto que o hipnotizador também assume o lugar de ideal do Eu⁴². A hipnose é

⁴⁰ Cf. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. “Objeto”, aqui, significa não apenas coisas concretas e inanimadas, mas qualquer coisa que se relacione com o sujeito, inclusive – e principalmente – outras pessoas.

⁴¹ Cf. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 61-65. Desta análise, deduz três características da identificação: em primeiro lugar, a identificação é a mais primordial forma de ligação afetiva a um objeto; segundo, ela pode substituir uma ligação objetal libidinal, introjetando objeto no Eu; terceiro, ela pode ocorrer em razão de algo afetivo em comum com uma pessoa que não é objeto dos instintos sexuais. Percebe-se, com isso, que o espectro da identificação é muito abrangente, podendo tanto se dar com o objeto libidinal quanto independentemente deste.

⁴² Cf. FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 67-69. Em *Psicologia das massas e análise do Eu*, Freud ainda não havia criado o conceito de superego (*Überich*), mas a sua formulação sobre o ideal do Eu (*Ichideal*) já antecipa em boa parte aquilo que ele passa a chamar, poucos anos depois, de superego. Cf. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, Novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. O Eu, em Freud, é dividido em duas partes, sendo uma delas o próprio Eu e a outra o “ideal do Eu”. Enquanto o Eu, para o psicanalista alemão, tem um sentido de algo mais próximo do “real”, a própria subjetividade, o ideal de Eu é algo mais próximo do “moral”, de modo que esta instância é responsável pela consciência moral e por toda censura ao Eu. Quando o sujeito a transfere para um objeto, é este objeto (o enamorado, ou o hipnotizador) que o repreende, é a este objeto que o Eu se submete moralmente.

uma forma de sugestionabilidade em que aquele que hipnotiza é o único objeto do Eu e também seu ideal⁴³.

Após essas discussões estamos preparados para oferecer uma fórmula relativa à constituição libidinal de uma massa. Pelo menos de uma massa tal como vimos até aqui, isto é, que tem um líder e não pôde adquirir secundariamente, através de excessiva “organização”, as características de um indivíduo. *Uma massa primária desse tipo é uma quantidade de indivíduos que puseram um único objeto no lugar de seu ideal do Eu e, em consequência, identificaram-se uns com os outros em seu Eu.*⁴⁴

O esboço genérico de uma massa consiste em uma quantidade de indivíduos que, por terem um objeto em comum em seus ideais do Eu, identificam-se no plano do Eu. Quanto mais o ideal do Eu se afasta do Eu, mais se pode falar da figura de um líder, de uma coação externa majoritariamente predominante⁴⁵. Por outro lado, a aproximação e quase coincidência de Eu e ideal do Eu remete a um progressivo apagamento desta figura, deslocando o paradigma político autocrático para uma forma de democracia. É assim que, tomando este texto do Freud como base, Ernesto Laclau articula a construção da ideia de “povo” a partir de uma necessária delimitação material de seus membros.

A aposta de Ernesto Laclau, em seu livro *On populist reason (A razão populista)*, de 2005, é a de que todo povo quer ser Povo, isto é, que cada um do povo quer se tornar uma totalidade universal e que é isso que faz, de um povo, um povo⁴⁶. A totalidade povo constitui-se, para o filósofo argentino, a partir de

⁴³ Ambos os paradigmas elencados por Freud, que são paradigmas para a explicação da formação de uma massa, podem ser estendidos para os conceitos schmittianos de “povo” e de “opinião pública”. Da mesma forma que o povo constitui seu próprio espaço a partir da opinião pública, esta pode ser influenciada por uma espécie de hipnose, por meio da propaganda. Schmitt, no entanto, propõe que o povo, que detém o poder de aclamar, pode constituir a opinião pública por si só, contornando os desvios midiáticos e propagandísticos, o que, em termos freudianos, implicaria em uma aposição pelo próprio povo da figura substitutiva do ideal de eu. É claro que, com sua intenção ética de defender a manutenção da ordem concreta a partir do Estado de direito, tal opinião puramente popular se encontra prejudicada pelos agenciamentos jurídico-estatais das figuras de liderança política – isto é, pela influência do *status quo* político –, além dos agenciamentos midiáticos em uma época (a *Verfassunglehre* de Schmitt data do final da década de 1920) de globalização e informatização cada vez maior. Para mais informações a respeito do tema, conferir SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 241.

⁴⁴ FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 76-77.

⁴⁵ LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 110.

⁴⁶ Cf. LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018. Segundo o filósofo argentino, a constituição de um povo parte da mínima unidade possível de análise, que é a *demanda*. “Demanda” é uma palavra que, em inglês (*demand*), possui um duplo significado: pode ser entendida tanto como “solicitação”, ou “pedido”, quanto como “exigência”, “orden”.

duas lógicas: a lógica da diferença e a lógica da equivalência. De acordo com a *lógica da diferença*, a totalidade abrange todas as diferentes demandas, de modo que cada uma das particularidades só pode ser determinada a partir de sua diferença em relação às demais. Segundo a *lógica da equivalência*, no entanto, para que essas diferenças possam se equivaler é necessário que algum laço una as diversas particularidades. E esse laço só se constitui pela oposição em comum a uma determinada figura, pela heterogeneidade em relação a essa figura e a subsequente criação de uma barreira antagônica.

A identidade do povo localiza-se sempre, pois, na tensão entre a lógica da diferença e a lógica da equivalência, depende sempre de uma exclusão identificatória que sobredetermine as diferenças como equivalentes. Sendo impossível a identidade absoluta dos indivíduos – posto que a tensão entre diferença e equivalência é insuperável – o povo deve totalizar-se, por mais precária, instável e sempre fracassada que seja essa totalização, para que a identificação se torne viável. E, para tanto, alguma diferença particular dentre as várias que o formam deve representá-lo, *sem que deixe, no entanto, de ser uma diferença particular*.

Portanto, são as diferenças que, variavelmente e sucessivamente, dão corpo ao significado universal da totalidade, de modo que “a própria particularidade encarna uma completude inalcançável”⁴⁷. O *povo* é um *significante vazio*, sem significado específico, que, ao representar a própria cadeia de equivalências, constitui uma totalidade sempre fracassada que configura seu horizonte de possibilidade de luta política. Construir um povo não é apenas uma das formas possíveis de representação, mas “é um caso *paradigmático* porque é *aquele* que revela a representação naquilo que ela é: o terreno primário da constituição da objetividade social”⁴⁸.

Essa ambiguidade denota as duas formas de demanda social, a *demanda democrática* e a *demanda popular*. As demandas democráticas são demandas isoladas com estrutura de “solicitação”, demandas específicas de cada indivíduo ou de cada pequeno grupo e cuja não satisfação em massa faz com que esses indivíduos e grupos que não tiveram suas demandas atendidas passem a estabelecer uma certa equivalência entre suas solicitações frustradas. Essa primeira aproximação das demandas, momento em que os particulares percebem que existe algo que os une, implica na construção de uma barreira antagônica, na criação de um inimigo em comum: aquele que impede a realização das demandas. Esse momento de antagonismo permite com que as diferentes demandas se identifiquem em um ódio em comum ao inimigo e, portanto, ele também é o momento de unificação das demandas, em que as demandas democráticas tornam-se demandas populares. A unificação antagonística em torno de uma demanda genérica constitui o que Laclau entende por povo. O povo é uma totalidade que necessariamente exclui de si algo – algo que impede a realização de sua demanda: o poder – para se constituir como todo.

⁴⁷ LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 120.

⁴⁸ LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 238.

Não se poderia tomar a teoria do povo de Laclau como uma síntese, a partir de Freud, das formulações de Kelsen e Schmitt sobre o povo? Contra a separação de Kelsen entre o povo e o órgão heterônomo que o representa ao comandá-lo, Laclau propõe que o povo representa a si mesmo, que sua totalidade é encarnada na própria totalidade. No entanto, em desacordo com a ideia de Schmitt de uma suposta soberania popular, do povo como unidade política imanente ao Estado, Laclau vê o povo como aquilo que só se constitui ao se representar, como algo de heterogêneo e socialmente apartado que demanda organizar-se em unidade⁴⁹.

E o que determinaria essa heterogeneidade? Segundo o teórico, ela estaria presente na situação de deslocamento dos indivíduos que demandam, na exclusão de suas demandas da trama simbólica de relações intersubjetivas, do campo social e político. A contribuição de Laclau não poderia auxiliar na análise – não apenas do populismo em geral, mas também – do ascendente populismo alemão sob o qual se encontravam Freud, Kelsen e Schmitt? O supracitado texto de Freud localiza-se no início da situação de crise econômica e política da República de Weimar, momento em que o teórico pode perceber a relação entre amor, a figura de um líder e a hostilidade.

Se, por um lado, os populismos se relacionam com a configuração da noção de povo no contexto político e econômico, isto é, na trama simbólica, Laclau, por outro lado, estabelece que “nada é totalmente interno ou totalmente externo”⁵⁰, posto que o povo é sempre algo que, apesar de simbolicamente incorporado, possui um excesso que escapa à integração simbólica, algo de ingovernável que o impulsiona a demandar e que produz diferentes antagonismos, diferentes identificações e diferentes totalidades. Em seu esforço de reconstruir radicalmente

⁴⁹ Neste ponto, é possível especular algumas aproximações entre a lógica da diferença e da equivalência laclauiana e as considerações de Kelsen e Schmitt a respeito do povo. Ao passo que Laclau estabelece o povo enquanto constituição ontológica e contingente, algo menos próximo de uma estrutura que de um evento, os teóricos do direito veem o povo com uma conotação ôntica, como algo que diz respeito imediatamente ao direito vigente. Em outras palavras, ambos os juristas tomam o *status* de povo como algo próprio do Estado de direito, *estatizando* este conceito como conceito jurídico. Kelsen apreende o povo como conjunto de sujeitos normativos, isto é, conjunto indivíduos submetidos ao Direito e que participam de alguma forma da constituição normativa. Tendo o “povo”, neste contexto, caráter de coletividade de indivíduos, deduz-se que Kelsen preocupa-se principalmente com a liberdade individual – nos limites de uma democracia normativa – de modo que, cruzando sua teorização com a de Laclau, sua proposta inclina-se mais para o lado da lógica da diferença, ou seja, das diferenças individuais intraestatais. Já a construção schmittiana é conceitualmente mais próxima à de Laclau, sendo possível visualizar mais nitidamente os paralelos entre a lógica da diferença e equivalência de Laclau e o conceito político de igualdade em Schmitt. E justamente por prevalecer em Schmitt a noção de igualdade que – de forma semelhante à lógica da equivalência de Laclau, diz respeito à constituição de uma igualdade do povo a partir de uma contraposição diferencial interestatal – a teoria de Schmitt pende mais para a lógica da equivalência.

⁵⁰ LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 226.

o conceito de democracia, o filósofo francês Jacques Rancière, cujo pensamento converge em alguns pontos com o de Laclau, entende que “*democracia não é nem uma sociedade a governar nem um governo da sociedade, mas é propriamente esse ingovernável sobre o qual todo governo deve, em última análise, descobrir-se fundamentado*”⁵¹.

Diante do cenário de crise e populismos nos campos econômico e político atuais, esse excesso merece rigorosa atenção. É nesse ponto, que se subtrai à totalização, que o povo reencontra sua potência frente a soberania e pode constituir-se não como unidade totalitária nem como multiplicidade difusa submissa, mas como um todo não-todo verdadeiramente político ou, nas palavras de Rancière, como uma democracia propriamente ingovernável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O povo de Laclau não é predeterminado pela causalção ôntica da realidade, mas um todo que se constitui ontologicamente a partir deste excesso da realidade, deste ponto que não se inscreve na rede sociossimbólica, mas a cria performativamente. É dessa forma que Agamben interpreta o conceito de decisão soberana de Carl Schmitt: se soberano é quem decide no estado de exceção, isto é, decide a partir de um ponto fora de qualquer ordem, não é possível atribuir a soberania a um sujeito político anterior a toda ordem, posto que este sujeito político só se constitui retroativamente, ou seja, constitui a si mesmo na própria decisão.

Contra a concepção schmittiana do povo enquanto unidade e sujeito político do Estado, o filósofo italiano propõe que o sujeito político não se reduz ao povo estatal ou a qualquer das partes que o constituam, mas é um *resto* indivisível, que excede o todo em relação às suas partes, assim como a soma das partes em relação ao todo. E, diferentemente do povo em Laclau, o resto não possui uma vontade de totalização a ser representada por uma das partes do todo, mas uma vontade de desativação do todo a partir do não-todo. É necessária uma análise dos elementos ônticos da contemporaneidade, de modo a cartografar, na teia sociossimbólica, o que há de não-todo na totalidade. Uma tal análise passaria pelos populismos emergentes no mundo de forma cada vez mais intensa desde a década de 1990, culminando no presente cenário de crise global, em que ainda colhemos frutos do estouro da bolha especulativa de 2007.

À guisa de conclusão, um breve esboço do que aqui foi tratado se faz necessário. O trabalho buscou traçar o conceito de “povo” para diferentes autores, de diferentes campos teóricos, de modo a promover algumas deduções sobre a formação desse conceito.

⁵¹ RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 66, grifos nossos.

No primeiro capítulo, o conceito de “povo” foi abordado a partir de escritos de Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre suas respectivas formas de democracia constitucional. A teoria de Kelsen se sustenta na separação entre o povo enquanto multiplicidade de indivíduos, de um lado, e os órgãos eleitos por eles criados, de outro. A vontade do povo não é delegada do povo aos órgãos criados, mas o povo abdica de sua própria vontade a fim de se submeter a uma vontade dominadora alheia. Schmitt, por sua vez, defende que o povo é a unidade política, o sujeito político detentor do poder constituinte e, portanto, que o povo é soberano e anterior ao jurídico.

No capítulo seguinte, a ideia de soberania popular é abordada a partir de um texto de Giorgio Agamben. O filósofo italiano demonstra como se deu a mistificação da ideia de um único povo soberano, a partir da Declaração universal de direitos de 1789, que atribuiu direitos universais a todos os homens. Ao mesmo tempo que uma ideia de soberania universal – isto é, soberania difundida a todos os indivíduos da nação – começou a se propagar, a soberania foi separada de seu exercício, isto é, o nacional foi apartado do cidadão. Qualquer um poderia ser nacional de algum Estado-nação, já que todos são soberanos, mas poucos poderiam exercer o poder, de modo que o povo é internamente dividido entre um povo jurídico e um povo marginal.

No terceiro capítulo, uma reconstrução do conceito de povo teve lugar, a partir de Sigmund Freud e Ernesto Laclau. Freud, a partir de seus comentários acerca da psicologia das massas, discorre como se dá agrupamento, na tentativa de delinear as vicissitudes do povo (Freud). Laclau, por sua vez, arrisca propor uma teoria da constituição do povo, a partir de Freud e Lacan, que serve de parâmetro comparativo às teorias jurídicas anteriormente apresentadas.

Poder-se-ia estabelecer que entre o povo enquanto multiplicidade que cria um órgão apartado e à sua vontade criadora se submete (Kelsen) e o povo enquanto unidade que cria dentro de si tudo como quer (Schmitt), há o povo que, enquanto multiplicidade, constitui a si mesmo como unidade, ao se representar por uma de suas partes, que encarna a totalidade (Laclau). Em todas essas concepções, existe um resto inapreensível, algo de inexplicável, que se encontra tanto na separação de Kelsen entre direito e não direito, quanto na decisão soberana de Schmitt, quanto na totalização retroativa de Laclau. E é o conceito de povo que, nas diferentes teorizações, funciona como fundamento – a submissão do povo a uma vontade alheia, em Kelsen; a justaposição do povo como soberano constituinte, em Schmitt; o povo como significante vazio, em Laclau. E estes são elementos essenciais para se investigar o papel do político nas teorias do direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Tradução de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: um comentário à carta aos romanos*. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.
- ASSMANN, Selvino José; BAZZANELA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013.
- BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. Tradução de João Barrento. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Tradução de Bento Prado Junior e Alberto Alonso Muñoz. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.
- FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. l. 1. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. l. 3. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.
- NANCY, Jean-Luc. *L'impératif catégorique*. Paris: Flammarion, 1983.
- PACHUKANIS, Evguêni. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução, introdução e notas de Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.
- SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Tradução de Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

Data de recebimento: 24/08/2019

Data de aprovação: 19/12/2019

VULNERABILIDADE DE GRUPOS MINORITÁRIOS ENTRE CENÁRIOS DE CRISE E PROTEÇÃO DE DIREITOS

VULNERABILITY OF MINORITY GROUPS BETWEEN CRISIS AND RIGHTS PROTECTION SCENARIOS

*Arthur Ramos do Nascimento**

*Fernando de Brito Alves***

RESUMO

A abordagem sobre direitos de minorias em cenários de crise se configura como tema contemporâneo da teoria jurídica, por envolver aspectos relativos aos direitos fundamentais e humanos. A proposta envolve tecer reflexões sobre conceito de minoria e de crise, bem como traçar uma análise sobre as ameaças presentes na ascensão de movimentos conservadores (considerados como fenômenos de significativo risco à Democracia). O objetivo é contextualizar tais temáticas à luz da proteção de grupos minoritários e a adoção do princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais como mecanismo de tutela nos cenários de crise. A pesquisa se baseia nos métodos dialético, método exploratório descritivo e o método jurídico-projetivo, usando como ferramenta a pesquisa bibliográfica. As considerações conduzem para a importância e o protagonismo que o Direito (e a jurisdição constitucional) possui em sua função política garantindo o patamar civilizatório e o avanço do horizonte de proteção.

Palavras-chave: Direito de minorias. Princípio da vedação ao retrocesso. Função política do direito.

ABSTRACT

The approach to minority rights in crisis scenarios is a contemporary theme of legal theory, as it involves aspects related to fundamental and human rights. The proposal involves making reflections on the concept

* Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo da Universidade Federal da Grande Dourados. Bolsista de Doutorado pela CAPES e Fundação Araucária. E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br.

** Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE / Bauru-SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da UENP. Advogado. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br.

of minority and crisis, as well as drawing an analysis on the threats present in the rise of conservative movements (considered as phenomena of significant risk to democracy). The objective is to contextualize such themes in light of the protection of minority groups and the adoption of the principle of prohibition of the reversal of fundamental rights as a mechanism for guarding crisis scenarios. The research is based on dialectical methods, descriptive exploratory method and legal-projective method, using as bibliographic research tool. The considerations lead to the importance and the protagonism that the Law (and the constitutional jurisdiction) has in its political function guaranteeing the civilizatory level and the advance of the protection horizon.

Keywords: Minorities rights. Principium of retrocession prohibition. Political function of law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Épocas de grande instabilidade política, econômica e social se mostram como períodos muito propícios para a ascensão de grandes desafios à teoria constitucional e para a manutenção do Estado Democrático de Direito. De forma muito especial, a análise das instituições democráticas se faz particularmente importante na América Latina (destacadamente o Brasil) em que a cultura democrática ainda é muito recente e por razões históricas muito fragilizadas¹. Essa necessidade de “atualização” da teoria jurídica não apenas é necessária como urgente, sob pena das instituições se tornarem obsoletas ou opressoras dentro dos **cenários** (muitas vezes instáveis) que se apresentam contemporaneamente.

Momentos de crises econômicas, sociais e políticas oferecem desafios significativos para as tradicionais concepções do direito, como se pode notar na experiência brasileira. Tal cenário (de instabilidades) é ameaçador para grupos minoritários que apenas na história jurídica recente passaram a experimentar o reconhecimento de suas pautas e demandas. Obviamente diferentes grupos em momentos diferentes da História conseguiram se organizar para reclamar por direitos, mas a instrumentalização desses direitos ainda é relativamente recente. No contexto brasileiro o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a maior valorização dos Direitos Humanos passaram a exercer uma influência determinante na forma como o Direito Brasileiro passou a enxergar grupos minoritários. Esses dois marcos (a CRFB/88 e consolidação dos direitos humanos nas pautas internacionais) subsidiaram legislações, políticas públicas e decisões judiciais implicando na construção de um novo estado de coisas pautado na progressividade dos direitos conformadores da dignidade da pessoa humana.

¹ O presente trabalho de pesquisa, entretanto, não fará uma análise latino-americana da questão, optando por fazer uma análise nacional e pontuações gerais como um problema global.

É preciso, nesse sentido, problematizar as movimentações conservadoras que colocam em risco os avanços realizados e validar as possíveis respostas jurídicas de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos frente às ameaças atuais e futuras. A *vulnerabilização* de grupos minoritários em momentos de crise se apresenta como uma ameaça não só possível, mas que simbolicamente já perturba a confiança dos (grupos de) indivíduos no Estado e nas suas instituições. As reflexões aqui propostas não objetivam se aprofundar nos discursos conservadores, mas identificar a necessidade de amadurecimento dos institutos jurídicos protetivos como forma de antever (e, nesse sentido, consolidar numa perspectiva epistemológica e filosófica) as estratégias jurídicas possíveis como mecanismos de defesas das minorias e seus direitos. A preocupação mostra-se pertinente por se tratar de uma ameaça não apenas brasileira, mas sensível em outras nações pelo mundo.

As questões que permeiam a presente reflexão envolvem pensar: os direitos das minorias podem ser ameaçados diante de cenários de crise? Existem mecanismos que podem tutelar os direitos conquistados pelos grupos minoritários? Qual o papel do Direito nesse ambiente?

A construção da reflexão está centrada no campo da teoria jurídica, numa abordagem prospectiva para cenários atuais e (possivelmente) futuros, procurando iniciar o entendimento adequado do panorama brasileiro e global no que se refere aos movimentos conservadores e a sensação de insegurança experimentada pelas minorias nos últimos anos com a legitimação (ainda que simbólica) do discurso de ódio. Assim, a proposta analisa o princípio da vedação ao retrocesso de direitos como ferramenta (e categoria central) de proteção (e ampliação) dos horizontes de tutela de direitos fundamentais e direitos humanos.

As considerações passam, inicialmente, pela análise do que são minorias dentro dos debates que norteiam a pesquisa, bem como apresentam pontuações sobre os contornos da “crise” contemporânea e que é usada como argumento falacioso para populismos atuais (populismo esse que não considera uma conceituação mais objetiva em prol de uma simplificação retórica). Superados tais apontamentos, a análise se debruça sobre o princípio da vedação ao retrocesso de direitos e elementos que orbitam em torno desse princípio. Por fim, as considerações se voltam para a função política do Direito como elemento de proteção e ampliação do horizonte protetivo das minorias frente às violências que cenários de crise podem proporcionar.

A abordagem alia o método dialético (para a análise dos dados coletados numa perspectiva dialógica com a realidade e questões da teoria) com o método exploratório descritivo (para traçar ainda que sucintamente uma visão sobre o problema, visto ser uma questão atual e, portanto, pouco explorada dentro da perspectiva crítica) e o método jurídico-projetivo (adequado para encontrar

tendências futuras, permitindo a montagem de cenários jurídicos atuais e futuros). Como técnica de pesquisa, utilizou-se a investigação bibliográfica de produções acadêmicas, periódicos e doutrinas abordando os recortes da proposta.

MINORIAS E A LUTA POR RECONHECIMENTO (SOCIAL E JURÍDICO)

A compreensão do que são minorias e das pessoas e grupos que as compõem perpassa pela necessidade de visitar os conceitos postos. Tal aspecto não pode ser relegado como algo de menor importância, pois há uma sensação geral de que ao falar-se sobre “minorias” trata-se de um tema amplamente conhecido quando, na verdade, é visivelmente mal compreendido pela sociedade. Essa percepção (esse falso senso comum sobre quem são as minorias) também contribui para identificar as narrativas de marginalização do “outro”, do “diferente”, historicamente visto na cultura humana como uma ameaça.

Obviamente a definição do termo é uma empresa difícil². No ano de 1947 foi criada uma subcomissão, pela Comissão de Direitos Humanos, “para prevenção da discriminação e de proteção das minorias” que em meados da década de 1950, vendo rejeitadas as propostas apresentadas de definição do termo “minorias”, acabou por condensar suas atividades na proteção contra discriminação. A subcomissão restringiu-se a recomendar a inclusão de proteções de minorias nos instrumentos internacionais que fossem, a partir dali, elaborados. Entretanto, a visão de que as minorias já estariam sendo protegidas no arcabouço individual e universal dos direitos humanos fez com que o termo “minorias” fosse excluído da agenda internacional (MORENO, 2009, p. 143)³.

A discriminação entre seres humanos no que se refere à maior ou menor proteção de direitos fundamentais é inaceitável, daí se mostrar salutar a proteção internacional das minorias (seja qual for a suposta razão de diferenciação) que estejam sujeitos a dominação de um grupo majoritário (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 704). A importância do tema para o Direito Internacional se deu, especialmente, como resposta aos horrores nazistas que se sustentaram na soberania do sistema jurídico de um país e na prevalência de um direito positivo legitimado pelos procedimentos formais de elaboração das leis.

Historicamente as primeiras disposições de tutela dos direitos de minorias se deram com marcos legais centralizados no espaço europeu e voltados para uma minoria específica: (i) a Paz de Augsburg (de 1555), que visava estabelecer

² Mesmo o uso do termo “minorias” é criticado por autores como Márcio Acselrad (2014) por partir de uma perspectiva iluminista (CARMO, 2016, p. 203).

³ A observação é pertinente considerando que há uma ideia errônea socialmente disseminada de que os atores internacionais já pacificaram a proteção e o reconhecimento das minorias e as estariam tutelando em suas pautas.

a tolerância religiosa em prol dos Luteranos no Sacro Império Romano, liberando os príncipes alemães para definir a religião em seus principados sob o signo da tolerância; (ii) Paz de Vestfália (de 1645) com a assinatura do Tratado de Osnabruque em prol das minorias protestantes; (iii) o Tratado de Viena (de 1815) versando sobre a vedação da discriminação por motivo religioso como impedido de acesso aos cargos públicos; e (iv) o Tratado de Paris (de 1856) priorizando a proteção de minorias religiosas, identificando-se também a proteção de minorias étnicas (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 704-705).

É possível destacar que muito do arcabouço teórico e normativo de proteção das minorias se encontra pautado na luta contra a discriminação (previstas, não raras vezes, de maneira genérica e imprecisa). Nesse sentido, os movimentos sociais de minorias e grupos vulneráveis tem buscado incluir-se dentro dos espaços existentes, alargando a interpretação e aplicação desses conceitos. Ao se deparar com *cláusulas abertas* que vedem qualquer tipo de discriminação, que proíbam tratamento discriminatório ou alguma disposição similar, as análises pretendem depreender que os grupos minoritários (sejam por questões de raça, etnia, gênero, condição/orientação sexual, idade, origem geográfica, condição político-migratória, entre outros) possam também receber a mesma proteção sob o signo da “não discriminação” e o da “igualdade”.

Sob esse aspecto é válido destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que dispõe que *todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. Afirma que são igualmente dotadas de razão e consciência com recíproco dever de fraternidade. Estabelece a Declaração que todos são dotados da capacidade de gozar de direitos e liberdades sem distinção de qualquer espécie.

Quando se tem como objeto de análise os grupos de minorias é possível descortinar muitos desdobramentos que incluem o direito ao reconhecimento, o direito a diferença, a não discriminação, aspectos das violências sociais e institucionais sofridas, entre tantos outros. Os aspectos multifacetados que podem ser beneficiados pelas reflexões jurídicas devem considerar a dignidade da pessoa humana como seu princípio norteador. A despeito dessa dificuldade em se apresentar um conceito normativo de minorias, uma conceituação pode ser obtida numa perspectiva epistemológica “pela afirmação do que as minorias são ou pela afirmação do que as minorias não são”, ou seja, por meio de “definição afirmativa ou negativa”, construindo-se o conceito pela distinção desse grupo frente à maioria. Nesse sentido, “[d]iferença e minoria podem ser tomadas como sinônimo” partindo-se dessa premissa (ALVES, 2009, p. 13).

Cabe destacar que “a definição dos grupos minoritários depende muito da sociedade e da época histórica em que se contextualiza, pois é um conceito intimamente ligado à cultura de cada povo” (GROFF; PAGEL, 2009, p. 54). Esses

grupos podem ser de minorias nacionais, étnicas, religiosas, linguísticas, entre outros, sendo as minorias fundamentalmente cidadãos em posição não dominante, dotados de características que os diferem daquelas da maioria, onde tais indivíduos acabam por desenvolver um senso de solidariedade (CANOTILHO, 2003 *apud* ALVES, 2009, p. 41). É possível destacar também a existência de “um suposto padrão como elemento gerador de invisibilidade e estereotipia” para a configuração de um grupo como minoritário (CARMO, 2016, p. 203).

Pode-se compreender minoria como “um grupo humano ou social que esteja em uma situação de inferioridade ou subordinação em relação ao outro, considerado majoritário ou dominante”, de modo que a “posição de inferioridade” se fundamenta em fatores como “socioeconômico, legislativo, psíquico, etário, físico, linguístico, de gênero, étnico ou religioso” que, de alguma forma se diferem da maioria da população ou em razão desses fatores são inferiorizados e contra quem se pratica discriminação. Não se trata, portanto, de uma condição numérica, como é o caso de grupos que são numericamente expressivos (sendo até a maioria numérica), mas recebem o status de minorias⁴. É preciso destacar a “posição de subordinação e inferioridade” ou mesmo “desprivilegiada” que esses grupos recebem no seio de determinada sociedade colocando-os em uma condição de vulnerabilidade (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017, p. 3842).

Assim, minorias podem ser compreendidas como indivíduos que politicamente (quando não numericamente⁵) se percebem como grupo à parte em comparação com valores e padrões culturalmente pré-estabelecidos e hegemônicos. É necessário acrescentar que não se trata apenas disso, visto que essa disparidade entre os grupos (os estabelecidos e os que destoam dos padrões) é marcada por uma tensão de marginalização, negação e tentativas de supressão em face das minorias para que se adequem (ou pereçam) frente à maioria. Esses indivíduos passam a reclamar o direito ao reconhecimento e o direito à diferença⁶.

⁴ Nesses contextos podem ser indicados como exemplos: as mulheres e a população negra, que correspondem em determinadas regiões uma parcela majoritária da população ou de grupos, mas mesmo assim configuram como minorias em razão de ocuparem poucos ou nenhum espaço político.

⁵ Apenas para fins de esclarecimento, como observado, a dimensão de uma “minoria” se dá especialmente no plano político e social. Ainda que, por exemplo, mulheres e negros sejam proporcionalmente iguais aos de homens brancos, não há como negar que recebem menos atenção social e espaço na política. Os indígenas e as populações ribeirinhas (ou os ciganos, também como exemplo) são minorias no sentido numérico (por apresentarem uma proporção menor nas estatísticas) e no sentido político (pouca representação e pouca visibilidade em espaços de poder).

⁶ Considerando-se que não há intenção no presente artigo de um maior aprofundamento no conceito de minorias e as questões semânticas necessárias para uma análise mais abrangente, sugere-se a leitura de “Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do

Nessa luta por reconhecimento se percebeu um maior avanço no reconhecimento internacional contra a discriminação racial, como é possível identificar nos seguintes instrumentos:

Convenção Contra a Discriminação na Educação (1960); Declaração das Nações Unidas sobre todas as Formas de Discriminação Racial (1963); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição dos Crimes de Apartheid (1973); Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981); Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1981); Declaração sobre Raça e Preconceito Racial (1982); Convenção Contra o Apartheid nos Esportes (1985); Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989); Carta Africana sobre os Direitos e o Bem-Estar das Crianças (1990); dentre outros não menos importantes (OLIVA; KÜNZLI, 2018, p. 704).

A luta por reconhecimento na perspectiva *habermasiana* teve como dois objetivos a busca pela igualdade de condições sociais de vida (marcada pelo sentido universal dos direitos humanos, a igualdade de todos os cidadãos em um Estado de Direito) e pela integridade de formas de vida e tradições (que poderia ser simplificado como manutenção do “estilo de vida”) de grupos discriminados (HABERMAS, 2002, p. 239). O filósofo considera que o primeiro objetivo já foi alcançado pelas revoluções, pela onda de emancipação burguesa na modernidade, por meio do liberalismo, movimentos da classe trabalhadora, pela social democracia etc.. Sob tal entendimento, a demanda principal seria a busca por bens de caráter coletivo distribuídos com equidade entre os indivíduos e grupos (no sentido principal de garantir a integridade de seu “estilo de vida”).

Entretanto, o testemunho de grupos minoritários (como as populações LGBTQ+ revelam) ainda permite observar que a busca por igualdade de condições sociais de vida não está plenamente alcançada, visto que o singelo direito a *constituir família* ainda é um direito cercado de tabus e limitações para casais homoafetivos⁷. O bem jurídico da vida (que é também um direito) reconhecido

ódio no contexto brasileiro” de Cláudio Márcio do Carmo (2016); e também “Um conceito operacional de minorias” de Raul Di Sergi Baylão (2001).

⁷ Ainda que a união estável tenha sido reconhecida pela jurisdição constitucional e o Conselho Nacional de Justiça tenha assegurado a possibilidade de conversão dessas uniões em casamento ou mesmo o registro direto do casamento em cartórios, trata-se de um direito fragilizado pela inexistência de previsão legislativa. Há ainda uma parcela conservadora que se recusa a reconhecer a jurisdição constitucional como uma parte importante e legítima de criação do Direito, se recusando a reconhecer que o papel do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais e instituições correlatas) não é apenas de “aplicar a lei”, como se a vontade do Parlamento fosse soberana e uma indiscutível manifestação da Justiça e da Democracia.

sempre no rol dos principais direitos fundamentais e humanos é negado para homossexuais, travestis e transgêneros todos os dias. Nessa mesma esteira se encontram os direitos de liberdade, de ir e vir, de liberdade de expressão (nas demonstrações públicas de afeto), entre tantos outros. As populações LGBTQ+ (bem como muitas outras minorias) não buscam apenas salvaguardar seu estilo de vida, visto que em muitos aspectos trata-se de uma luta por reconhecimento do direito de sobrevivência.

Axel Honneth, inspirado pela filosofia do “jovem Hegel”, aponta que a luta social não se configura como uma “luta por poder”, mas “por reconhecimento”, sendo o contrato social a luta pelo reconhecimento que, para além da preservação física, é “um conflito que gera e desenvolve as distintas dimensões da subjetividade humana”. Nesse aspecto, para o autor o conflito é “a lógica do desenvolvimento moral da sociedade”. Segundo o autor, Hegel analisa os campos de interação social considerando os conceitos de “amor”, “direito” e “eticidade” relacionados com “família”, “sociedade civil” e com o “Estado”, respectivamente, onde cada um possui “especificidades quanto à realização da autonomia e individuação” (RAVAGNANI, 2009, p. 41-42).

Para os fins que essa reflexão se propõe a dimensão do “direito” e sua relação com a “sociedade civil” na busca por reconhecimento de (grupos de) indivíduos merecem maior destaque. Segundo Honneth, Hegel buscou esclarecer que as relações jurídicas originam relacionamentos práticos no interior do contexto social em que esses indivíduos existem. Assim, o direito poderia ser compreendido como “relação da pessoa em seu procedimento para com o outro, o elemento universal de seu ser livre ou a determinação, limitação de sua liberdade vazia” com o objetivo de produzir direitos a partir da “relação que reconhece”⁸. Logo, para Honneth (e Hegel) os indivíduos precisam se reconhecer reciprocamente, inclusive, para que possa haver o conflito, visto que, nessa perspectiva “não há como haver conflito se as partes não se reconhecem minimamente como partes, ou seja, os sujeitos só entram em luta para reconhecerem-se como sujeitos”. Tais elementos (chamados pelo autor de pré-contratuais) guiariam o conteúdo moral ou normativo referente às relações sociais (RAVAGNANI, 2009, p. 46-47).

A importância do reconhecimento cultural de um grupo é posto por Fraser em sua teoria ao afirmar que o não reconhecimento consistiria num processo de depreciação da identidade da minoria pela identidade culturalmente dominante (os grupos majoritários), de modo que haveria prejuízo quanto à subjetividade

⁸ Assim não é necessariamente o “contrato” que gera o direito como proposto pelos contratualistas clássicos, mas a luta pelo reconhecimento entre indivíduos e grupos. A abordagem de Honneth (e sua interpretação da filosofia de Hegel) busca uma nova ótica do estado de natureza.

das minorias. Logo, como forma de reparação (visto que esse dano é histórica e socialmente identificável) os grupos marginalizados adotam a reivindicação pelo reconhecimento, o que implica na construção de unidade dos membros dessa minoria com foco em remodelar a identidade coletiva. Cria-se, nesse processo, “uma cultura própria auto-afirmativa” onde a política de reconhecimento significa uma política de identidade (FRASER, 2007, p. 106).

Quando se analisam tais pontuações frente às dinâmicas conflitivas entre maiorias e minorias, no contexto da atualidade, é possível perceber que há um reconhecimento recíproco das partes, mas não necessariamente como sujeitos iguais ou plenos. Em alguma medida as minorias são vistas ou “reconhecidas” como sujeitos inferiores, errados, desviados, incompletos ou impuros. As minorias entram em conflito para terem sua condição de sujeitos reconhecida, sua posição de igualdade, o que no plano da realidade é mais complexo do que uma abordagem teórica poderia conceber. Também é oportuno observar que nos embates as minorias (que são a voz do dissenso) tendem a ser atacadas com foco em sua eliminação ou alguma forma de domesticação⁹.

Essa dimensão da luta pelo reconhecimento encontra em Foucault também um importante marco teórico. Foucault analisa sob o tema ao tratar do cuidado de si (presente em diferentes práticas e discursos) entre os povos antigos, visto que esse cuidado envolvia “um esforço para afirmar sua liberdade e para dar à própria vida certa forma” no que atribuiria uma dimensão artística e estilizada à vida, “na qual alguém poderia reconhecer-se, ser reconhecido pelos outros, e na qual sua própria posteridade poderia encontrar um exemplo” (FOUCAULT, 1994 *apud* DUARTE; CÉSAR, 2014, p. 403). Duarte e César explicam que é a partir desse conceito que Foucault constrói a ideia de subjetivação como uma relação definida “de mim comigo mesmo”, mas onde duas vontades poderiam ser vinculadas, mas ainda sim permanecerem reciprocamente livres, já que graças à direção (como técnica) uma vontade queira o que a outra quer. A subjetivação, portanto, seria “uma relação de sujeição a outrem, um mestre do cuidado de si (...), mas tal sujeição é caracterizada por ser voluntária, limitada e livre, encerrando-se com a conquista daquela forma de relação consigo mesmo”, visto que é aí onde “o sujeito é para si mesmo o objeto de seu autocontentamento e satisfação” (2014, p. 403). Assim, para Foucault, “identificação analítica, sujeição e subjetivação” atuavam em complementariedade constituindo o que seriam os “principais procedimentos da individualização humana no Ocidente... Digamos ainda que é a história do sujeito” (FOUCAULT, 2008, p. 243).

⁹ Nesse sentido a História é pródiga em exemplos. A Alemanha Nazista optou pelo processo de eliminação do povo judeu, muitas clínicas na atualidade prometem a realização de “curas gays” na tentativa de converter homossexuais em heterossexuais, apenas para indicar dois exemplos.

Na perspectiva *foucaultiana* a dominação marginalizante do Estado (como entidade política) em face da população LGBTQ+ se revela pela biopolítica como fenômeno que torna a vida e seus mecanismos âmbitos do “domínio dos cálculos explícitos”, o que “faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana” (FOUCAULT, 1988, p. 134).

A questão em análise indica que o combate ao preconceito e a criminalização de práticas discriminatórias quanto à orientação sexual deve envolver necessariamente o reconhecimento. Considerando que nosso sistema de direitos fundamentais reclama esse reconhecimento e inclusão (Art. 5º, § 2º da CRFB/1988), deve estar apto a perceber que as minorias LGBTQ+ não possuem o devido reconhecimento (social e jurídico), visto ser negada a plena igualdade (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 150) além de se perpetuar uma dinâmica de instabilidade de direitos reconhecidos. Para além dessa questão, a atualidade apresenta um panorama preocupante em que tais demandas podem se intensificar caso propostas retrógradas se instrumentalizem no espaço político e normativo. Sob tais aspectos, a busca por reconhecimento pode ser considerada como um sintoma em cenários de crise, ou como manifestação necessária em defesa dos grupos ameaçados em momentos de crise. Sob esse argumento é que as análises passam a se dedicar.

CRISE COMO CATEGORIA ARGUMENTATIVA E O RISCO DO RETROCESSO

O cenário mundial recente (Europeu, nos Estados Unidos da América e no Brasil, especialmente) tem apresentado um flagrante avanço do conservadorismo e a ascensão de grupos de extrema direita. Esse movimento se apresenta diversificado e multifacetado, mas representa uma insatisfação de camadas sociais frente aos resultados da globalização e da mudança de paradigmas sociais (e jurídicos). É possível mesmo identificar uma frustração frente a utopia vislumbrada pela Modernidade, bem como a perda de espaços de poder de elites e grupos que tradicionalmente mantinham hegemonia nas pautas políticas e sociais.

Um possível caminho de explicação para o crescente sucesso da extrema-direita no Brasil e no mundo se encontra no “processo de globalização capitalista neoliberal” por também se constituir como um “poderoso processo de homogeneização cultural forçada”. Esse processo “produz e reproduz, em escala europeia e planetária, os *identify panics* [pânicos de identidade]” que também leva a “obsessiva procura por fontes e raízes” de problemas e questões individuais e coletivas, se apresentando como terreno fértil para “formas chauvinistas de religião, formas religiosas de nacionalismo, além de alimentar conflitos étnicos e confessionais”. Isso se intensifica quando a sociedade sofre algum tipo de privação ou instabilidade nas crises econômicas (como a de 2008) (LÖWY, 2015, p. 656-657). As crises

econômicas das últimas décadas deixaram sequelas na Europa e nos EUA e potencializaram os problemas e a busca por respostas fáceis do populismo de direita¹⁰.

A globalização e o capitalismo intensificaram problemas globais e não apresentaram soluções adequadas na velocidade necessária. Tais problemas maximizam seus efeitos gerando a sensação de crise em diversas perspectivas ou dimensões. A má-distribuição dos frutos do desenvolvimento resulta em crises econômicas (internacional e nacionalmente), bem como crises sociais (pela má-distribuição de riquezas). A questão dos refugiados é um sintoma da crise humanitária e migratória em diversos Estados pelo mundo, que reforça um ideal de nacionalismo e xenofobia por parte dos países almejados pelos refugiados. Esses problemas são utilizados por discursos oportunistas e conservadores, que elegem grupos minoritários e vulneráveis como alvos, colocando-os como inimigos da nação e supostos causadores de crises sociais.

O populismo também se faz presente dentro dessa dinâmica de ascensão conservadora. Uma arquitetura discursiva é construída tecendo críticas aos direitos humanos e fundamentais, especialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos das minorias, elencando (sob o pretexto de uma moralidade cristã conservadora) que esses grupos e movimentos sociais geraram uma crise nos costumes. Ainda que uma preocupação com o presente seja identificado, há um saudosismo artificial enaltecendo instituições tradicionais como baluartes do que é bom e que deve ser preservado (igreja – mas a cristã –, a família – mas apenas a heteronormativa – e a Nação – mas que convenientemente ignora a proposta/promessa constitucional de ser uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”¹¹).

É possível identificar que a teoria liberal apresentou essa lógica de que um determinado modelo precisa ser conservado como um norte simbólico para que a sociedade caminhe num sentido comum. Obviamente essa lógica ignora a existência de pensamentos dissonantes, culturas distintas, estilos de vida e orientações distintas do “modelo cultural” eleito como correto. É na deficiência do reconhecimento (e aqui é fácil observar que a dimensão do “direito” de Honneth se apresenta como desafio prático para as minorias frente à “sociedade civil”) que se encontra o grande problema, visto que não se trata de uma interação entre iguais¹², há anseios diferentes e pautas distintas em jogo.

¹⁰ Apenas para fins de esclarecimento a reflexão não ignora que também os grupos (e políticos) de esquerda lancem mão do populismo como estratégia política nos jogos de poder.

¹¹ Tal como indicado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹² Todos os indivíduos devem ser considerados iguais em sua humanidade e sua dignidade. Entretanto, não reconhecer as diferenças que marcam os indivíduos é o mesmo que desconsiderá-los enquanto sujeitos inteiros e, se não são reconhecidos como sujeitos nas interações sociais eles ficam *invisibilizados* e marginalizados.

Nos cenários de crise a relação entre grupos majoritários e minoritários é de tensão ideológica, onde a suposta “vontade” da sociedade civil nega o reconhecimento da dimensão jurídica (o gozo pleno dos direitos) da minoria, ou seja, de sua própria identidade (autorreconhecimento, autoestima), seja pela negação do seu reconhecimento no plano social quanto no plano jurídico-normativo.

Assim, a retórica oportunista do populismo (brasileiro e global) usa(rá) como principal elemento a existência de uma crise (ou de várias crises), propondo uma retomada de antigas bandeiras (sob o pretexto da salvaguarda dos costumes e da vontade social), com o conseqüente ataque à direitos fundamentais e direitos humanos (vistos como “privilégios” de grupos minoritários “vitimistas” e que pretendem impor sua própria “ditadura”). Nesse contexto de banalização e manipulação da ideia de crise, a atualidade faz crer que:

uma das palavras mais pronunciadas em conversas cotidianas, em discursos políticos, em análises científicas, na imprensa falada e escrita é a palavra “crise”. Esta intensidade discursiva em torno do vocábulo “crise” é sintomática. Aponta para a intensidade de acontecimentos políticos, econômicos e jurídicos nos quais estamos inseridos. Mais do que isto, indica que o Estado e suas instituições e, por extensão o tecido social que os legitima não andam bem, encontram-se limitados, em desalinho, ou mesmo carecem de legitimidade em relação aos interesses públicos, aos desafios do desenvolvimento que se apresentam aos povos e, neste caso ao povo brasileiro, frente aos imperativos de um mundo economicamente financeirizado (...) o termo “crise” denota seu sentido ontológico (forma do ser no mundo, de ser e participar dele), político (decisão sobre a manutenção ou não da vida, da ordem social), ética (a tomada de decisões requer a clareza de critérios, entre eles o da garantia do bem comum) e, estética (decisões amparadas por critérios podem apresentar-se equilibradas, harmônicas, belas) (ABBAGNANO, 2007 *apud* BAZZANELLA *et al.*, 2017, p. 78-79).

Como se observa, não é possível pensar em um significado único para o termo *crise*, especialmente considerando sua popularização em diversos enfoques, bem como a banalização do termo para o uso no senso comum. Entretanto, as análises não se afastam muito (em geral) da ideia de que a crise representa um momento de escolha (o termo tem sua origem no latim “*krisis*”, que significa isso). Na obra “Estado de Crise” de Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni se encontra, de forma mais didática, uma visão positiva do que é “crise”. Crise é apresentada por suas raízes etimológicas como

juízo, “resultado de um juízo”, “ponto crítico”, “seleção”, “decisão (segundo Tucídides), mas também “contenda” ou “disputa” (segundo Platão), um padrão, do qual derivam critério, “base para julgar”, mas

também “habilidade de discernir”, e crítico, “próprio para julgar”, “crucial”, “decisivo”, bem como pertinente à arte de julgar (BAUMAM; BORDONI, 2016, p. 09).

Ainda a ideia de “crise” pode apresentar variáveis interessantes, podendo ser analisada “como expressão dialética” ou “como expressão de movimento entrópico”. Na perspectiva de sua dimensão como expressão dialética a crise é um movimento de desestabilização da ordem (vital) do indivíduo ou da sociedade. Nesse sentido, a crise representa um momento histórico de “incertezas, de insegurança” exigindo que significativa energia seja aplicada na superação da “desordem”, onde a superação apresentar-se-ia como nova etapa ou “novo estágio” marcando uma nova ordem (seja na dimensão individual ou social)¹³. Se analisada por sua “condição entrópica” a crise conduz ao “definhamento do indivíduo convalescente, ou da ordem social acometida pela instabilidade irrevogável de suas instituições”, de forma que a crise é um sintoma da falência vital (tratando-se da dimensão individual) ou da falência de determinado modelo social (BAZZANELLA *et al.*, 2017, p. 79-80).

A utilização da crise como mecanismo do populismo na Europa demonstra que válida é advertência feita por Michael Löwy, ao destacar que a esquerda subestimou a ascensão da extrema-direita, e por isso “não viu a necessidade de tomar a iniciativa de uma mobilização” contra as ideologias conservadoras (racistas, xenofóbicas e nacionalistas) como se esse movimento conservador fosse apenas um efeito colateral da crise econômica e do desemprego. Uma questão que merece articulação e estratégias de “contra-ataque” deve considerar que esse discurso populista seduziu diversas camadas sociais, incluindo grupos oprimidos e vulneráveis, grupos prejudicados pelos fenômenos globais (como os desempregados, a pequena burguesia, classe trabalhadora e parte da juventude). O autor cita na França como os discursos fáceis presentes no populismo atingiram as regiões rurais em que a imigração não é um problema, além de outras regiões de ciganos imigrantes foram alvo de campanhas racistas (LÖWY, 2015, p. 658-659).

Esses momentos de crise devem ser utilizados como oportunidade de examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural, considerando seus efeitos sobre os atores sociais. Em uma sociedade democrática há de se esperar que nos padrões institucionalizados os atores sociais atuem como parceiros (com igual participação na vida social) para que se possa falar em reconhecimento recíproco

¹³ Nesse sentido a dimensão de “crise” e a de “conflito” no pensamento de Honneth se aproximam, pois ambos representariam um momento de possível superação da realidade que se mostra insatisfatória para as questões sociais. São “oportunidades” de amadurecimento moral e (por óbvio) também jurídico da sociedade.

e igualdade de status. Ocorre, entretanto, que esses padrões estabelecem que alguns atores são “inferiores, excluídos, (...) simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social” (FRASER, 2007, p. 108).

Se cenários de crise podem colocar direitos conquistados em risco (visto a fragilidade da ordem democrática e a facilidade da manipulação das massas), é preciso considerar quais são os instrumentos de proteção dos grupos ameaçados. Conforme analisado por Nancy Fraser, o não reconhecimento pode ser identificado quando as estruturas (estatais) são construídas para que se impeça a paridade de participação, citando como exemplo “as leis matrimoniais que excluem a união entre pessoas do mesmo sexo por serem ilegítimas e perversas”. Nesse caso, como em outros, a valoração cultural institucionalizada constitui categorias de certo e errado, resultando na negação da paridade de participação para alguns grupos nas interações sociais, tornando-os parceiros não integrais, o que torna a demanda por reconhecimento como algo necessário para superação da subordinação e a constituição de uma condição de parceiro integral na vida social (FRASER, 2007, p. 108-109).

Os riscos de retrocesso (*backlash* social) se colocam visíveis quando direitos dessas minorias são questionados à luz de uma moralidade cristã reacionária e as minorias são vistas como inimigos. A ascensão de discursos conservadores e discursos de ódio revelam a busca por grupos que perderam sua hegemonia no cenário social e, por essa razão, busca uma institucionalização da sujeição de mulheres, LGBTQ+, negros, entre outros.

Nesse sentido destaca Eurídice Figueiredo, ao analisar a teoria queer de Judith Butler, “que os direitos das minorias nunca são definitivos, estão sempre ameaçados”, e observa que mesmo após algumas conquistas no cenário brasileiro para a população LGBTQ+, “grupos conservadores fazem enorme pressão em defesa do retrocesso” para, por exemplo, conseguir a autorização da cura gay (2018, p. 52).

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO DE DIREITOS E A TUTELA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL

O princípio da vedação ao retrocesso de direitos, também conhecido como “efeito cliquet”, “proibição da revolução reacionária” ou como “regra do não retorno da concretização”, se apresenta como importante mecanismo de proteção nos momentos de crise¹⁴. Sua criação (afirmação/reconhecimento) objetivou impedir abusos por parte do Parlamento no sentido de remover direitos

¹⁴ Considerando que os direitos sociais são os mais ameaçados em momentos de crise, a doutrina é extensa em analisar a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso para esse “grupo” de direitos. A análise que se faz por meio do presente não ignora esse fato, mas faz a análise considerando os direitos individuais de liberdade que, para os grupos minoritários, não figura como um direito plenamente fruído. A despeito disso, também há menções aos direitos sociais no presente artigo.

conquistados, servindo de argumento favorável da imutabilidade de direitos alcançados (especialmente em épocas de estabilidade econômica), cumprindo lembrar que “o correto seria considerar a estabilidade destas garantias” (POMPEU; PIMENTA, 2015, p. 217). Cabe pontuar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta os direitos fundamentais (como um gênero) onde estão incluídos (como espécies) os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais. Todos esses por serem consagrados no texto constitucional estariam, de alguma forma, tutelados contra abusos do Estado¹⁵.

Como indicado, momentos de crise podem favorecer que movimentações sociais sejam provocadas ou articuladas por grupos conservadores sob o pretexto de representarem a vontade popular. Tal estratégia não é rara na História Brasileira, mas se configura como verdadeiro desvirtuamento da teoria democrática. Seria absurdo dizer que a lógica democrática comporta a legitimação de que o retrocesso possa ocorrer se a vontade da maioria assim o dispuser. Essa visão (equivocada) do que é democrático ou mesmo legítimo está influenciada pela lógica do *populismo moral*, concepção essa que afirma que “a maioria tem o direito de determinar a todos como devem viver” o que “representa verdadeira dominação biopolítica do poder sobre o corpo”, do Estado sobre o indivíduo (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 154). É preciso, portanto, proteger as minorias do abuso da vontade majoritária, especialmente quando consideram que existem “direitos demais” ou “privilégios demais” para as minorias. Também é preciso tutelar esses direitos, especialmente quando são vistos como bodes-expiatórios para as crises econômicas (como a alegação de que muitos direitos trabalhistas, por exemplo, engessam a economia e o mercado) havendo forte demanda de determinados grupos pela flexibilização e minoração de direitos.

A análise do princípio da vedação ao retrocesso social, assim, também demanda um rápido esclarecimento sobre a identificação de excessos para relativização de direitos, que poderia ser considerado como o limite relativo à afetação da essência de um direito¹⁶ considerado fundamental¹⁷. Assim, para encontrar o

¹⁵ Estão contemplados nessa afirmação o Estado Executor (Executivo), o Estado Legislador (Legislativo) e o Estado-Juiz (Judiciário), visto que em qualquer uma dessas dimensões pode haver alguma espécie de abuso ou negação de direitos constitucionalmente previstos.

¹⁶ A forma como cada sistema jurídico administra o princípio da vedação ao retrocesso varia. Análises da jurisprudência portuguesa, por exemplo, revelam que o entendimento do Direito Português é de que apenas a afetação do núcleo de direitos (ou sua revogação integral, ou sua aniquilação) poderia ser considerada como retrocesso. Situações de relativização ou diminuição não são considerados, a priori, como um problema de retrocesso. No Brasil, por se adotar geralmente uma visão mais garantista da constituição, se apresenta um formato mais resistente às relativizações o que amplia (e para alguns o termo seria banaliza) o espectro de proteção das normas fundamentais.

¹⁷ Nem todo direito ou diretriz apresentada na constituição é considerada, per se, como um direito imutável ou intocável. Apenas os direitos considerados fundamentais (com especial

conteúdo essencial adota-se a “restrição das restrições” ou “limitação das limitações”, que significa dizer “ser a última barreira impeditiva da ingerência do poder de revisão, sem a qual o direito fundamental seria extinto” (COSTA, 2013, p. 53).

A preocupação aqui é claramente indicar que os direitos fundamentais não podem sofrer relativização de modo a colocar em risco a proteção dos cidadãos em suas diferentes dimensões. Não significa dizer que os direitos passam a ser estáticos, visto que a hermenêutica jurídica os compreende como dinâmicos de forma a responder as relações sociais, mas que esses (conjuntos de) direitos não podem sofrer aniquilação ou relativizações por força de urgências, pressões ou contingências políticas ou econômicas.

A CRFB/88 ao incorporar que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos s(er)ão equivalentes¹⁸ às emendas constitucionais oferece mais argumentos de sustentação ao princípio da vedação ao retrocesso por estabelecer um status relevante para esses direitos. Os direitos humanos passam a serem considerados direitos fundamentais no sistema nacional auxiliando na ampliação de horizontes jurídicos de proteção de minorias, maximizando, por consequência, as bases de ampliação do mínimo civilizatório.

O princípio em análise defende que quando esses direitos passam a alcançar um determinado grau de realização, se constituem tanto uma garantia constitucional quanto um direito subjetivo simultaneamente¹⁹. Um direito pode alcançar esse patamar (tendo seu núcleo consolidado) por meio de medidas legislativas ou mesmo o reconhecimento jurisprudencial (especialmente quando se fala da jurisdição constitucional²⁰). Tudo isso com vistas a impedir que indivíduos ou grupos, possam sofrer supressão de direitos de forma inadvertida graças às forças econômicas, políticas ou ideológicas. Essa preocupação da CRFB/88 é visível,

destaque para as cláusulas pétreas) pode invocar mecanismos de proteção, como o princípio da vedação ao retrocesso de direitos.

¹⁸ A CRFB/88 apresenta como requisito de assimilação das normas internacionais que os tratados e convenções internacionais sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. A apresentação de requisitos para “entronização” desses direitos no sistema nacional, por outro lado, é inclusive questionados por muitos como um retrocesso de direitos, visto que passou a burocratizar o processo de reconhecimento de tratados internacionais. Anteriormente o texto constitucional (ou seja, antes da EC 45/04) era mais simples e automático nesse reconhecimento quando afirmava antes da emenda 45/04: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁹ Em alguma medida poder-se-ia afirmar o mesmo sobre os direitos humanos. A partir do momento que existe um reconhecimento internacional (consolidando) sua legitimidade como direitos essenciais, esses alcançariam o grau de realização necessário para impedir qualquer tipo de retrocesso.

²⁰ O mesmo se aplicaria pelo reconhecimento de cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direito Humanos ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos dentro da sua jurisdição.

quando textualmente veda qualquer Emenda Constitucional que tenha como proposta abolir direitos e garantias individuais (Art. 60, § 4º, IV).

O risco nas dinâmicas de crise e debates ideológicos conservadores e fundamentalistas reside na possibilidade teórica de ser, supostamente, permitido flexibilizar direitos, diminuindo-os ou restringindo-os. Obviamente, a situação é ainda mais preocupante quando os direitos sob a mira do retrocesso envolvem minorias social/histórica e juridicamente marginalizadas.

A vedação ao retrocesso de direitos deve ser entendida como a vedação não apenas da aniquilação dos direitos, mas também da sua diminuição (o que pode acontecer quando a flexibilização implica em restrição ao seu acesso ou mesmo diminui sua dimensão de eficácia). A segurança jurídica, elemento sempre presente quando se fala em retrocesso, está intimamente ligada ao vínculo de confiança que a sociedade pode ter no Estado (em suas dimensões), sobretudo quando reforça o discurso de marginalização²¹. A partir das reflexões delineadas com a vedação ao retrocesso, e na visão de contínuo (e necessário) avanço do horizonte protetivo dos direitos fundamentais e direitos humanos, cabe analisar o princípio da proibição de proteção insuficiente.

O princípio de proibição de proteção insuficiente está ligado ao princípio da proporcionalidade, visto que exige do Estado que proporcione tutela aos direitos fundamentais (e aos direitos humanos levando em consideração os compromissos internacionais) visando o fomento dos direitos e sua efetivação. A proteção insuficiente e sua relação com o princípio da proporcionalidade também condicionam o Estado a não se exceder na concessão de direitos fundamentais por observar que com a expectativa do *Estado Prestacional* haveria direito de exigência dos indivíduos, ao ponto de inviabilizar a possibilidade de efetivação desses direitos.

Uma reflexão necessária a se fazer é se o sistema jurídico nacional está desprovido de proteções atualmente. A resposta para essa questão pode ser encontrada na seguinte pontuação:

A Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Nesse sentido, pode-se considerar que a Constituição,

²¹ Nesse aspecto, há que se considerar também que muitas vezes a restrição de direitos pode ter enorme impacto ainda que no plano simbólico. Como exemplo existe a Medida Provisória 870/2019 assinada pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro que excluiu da política de Direitos Humanos as ações destinadas à garantia de direitos dos LGBTQ+. Assim o novo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos não terá em sua estrutura algo específico para esse público. Ainda que tal medida não figure, necessariamente, como uma perda de direitos diretos, no plano indireto implica reconhecer que houve prejuízos no aspecto do “direito à boa administração pública”, visto que os direitos dessa população não têm mais o status (na estrutura governamental) como sendo de direitos humanos.

fundada em uma sociedade pluralista (Preâmbulo), não permite que o Estado promova ou permita haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero; de igual forma, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (art. 4º, II)³, além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, *caput*) (etc.). Contudo, **pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual** (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 149) (grifos não constam no original).

A constitucionalização de direitos e proteções gerais contra a discriminação e a centralidade da dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito e da própria constituição deveriam, a priori, ser suficientes para tutelar os interesses das minorias. Entretanto, o reconhecimento das diferenças e a marginalização (e hostilização) das minorias demonstram que existe uma construção jurídica ainda a ser estabelecida, visto que no plano infraconstitucional as minorias (e aqui o enfoque é especialmente para os grupos LGBTQ+) não recebem atenção do Parlamento para verem seus direitos instrumentalizados ou positivados no plano normativo.

O neoconstitucionalismo oferece algumas possibilidades, pois desconsidera a leitura clássica da separação dos poderes, negando os excessivos limites impostos ao Poder Judiciário. Nesse sentido, o ativismo (ou também chamado de protagonismo) judicial se mostra como ferramenta favorável em “defesa dos valores constitucionais”. Isso em razão de não haver, no plano decisório da jurisdição constitucional, a possibilidade de efetivação de uma “democracia mais substantiva” legitimadora de amplas restrições ao Parlamento (ao Legislador) “em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias”, cuja centralidade da Constituição é enfatizada dentro do sistema jurídico. Assim, a jurisdição constitucional tem um importante papel (fiscalizatório e criativo) para a construção de um Direito mais moderno e mais justo, devidamente equilibrando os interesses das minorias e das majorias, tendo como norte a Constituição (SARMENTO, 2008, p. 12).

Nesse sentido, não seria crível, na atualidade, aceitar um Direito que esteja distante dos direitos fundamentais e direitos humanos, sob pena de ameaçar a verdadeira construção democrática. Os direitos fundamentais (e humanos) balizam a produção legislativa conforme eleito pela Constituição (onde se incluem também os direitos reconhecidos pela jurisdição constitucional), sendo qualquer proposta marginal a esses limites inconstitucional e ilegítima. Momentos de crise, como assinalado, se configuram em cenários para discursos oportunistas, que aproveitam das paixões volúveis das massas para construir uma plataforma

de visibilidade para o discurso de ódio e discriminação. Essas situações de crise demandam que o Direito reforce seu caráter de garantismo positivo, maximizando a perspectiva constitucional frente à necessidade de proteção de direitos das minorias e grupos sem representação política, jurídica e social.

A FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO EM GARANTIR UM PATAMAR CIVILIZATÓRIO DE APLICAÇÃO PROGRESSIVA.

O receio apresentado nessa análise envolve, além de questões jurídicas, também o viés ideológico para onde o Direito está inclinado a seguir, seja como agente de mudança ou como agente de domínio e hegemonização de discursos. Aqui cabe considerar que se o que se busca para o Brasil é a construção de uma sociedade desenvolvida, madura e crítica de sua participação democrática, não é possível esperar outra postura que não a de instrumento de ampliação de direitos e como meio de garantia que o espaço democrático tenha a participação de todos os atores e permita todas as vozes (incluindo as dissonantes).

Obviamente não se olvida que o Direito é uma construção social, fruto de uma determinada formatação cultural, histórica, econômica e social. Entretanto, o Séc. XX oportunizou uma visão (quase) global da necessidade de garantir que os direitos não retrocedam. O Direito Internacional após o horror nazista passou a se preocupar com a busca por um mínimo civilizatório (ou mínimo existencial) que transpassasse fronteiras territoriais e políticas. Existe toda uma articulação presente nos fenômenos de constitucionalização de direitos (como forma de salvaguardá-los), bem como de valorização dos direitos humanos como fonte de direito.

É válido afirmar que alguns conjuntos de “normas internacionais de direitos humanos” preveem explícita e diretamente o direito de igualdade e a proibição da discriminação como um rol normativo e que evidenciam a existência do Direito de Minorias (também ao Direito de Antidiscriminação). Essas normas têm “a igualdade como mandamento proibitivo de discriminação, aí incluídos os instrumentos normativos, nacionais e internacionais” (RIOS *et al.*, 2017, p. 131-132). Essas normativas, entretanto, não se referem diretamente aos grupos LGBTQ+ o que indica que ainda existe um longo caminho a percorrer na luta pelo reconhecimento.

No cenário internacional o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas (Resolução n. 47/135) foram essenciais para ampliar e explicitar o direito das minorias. Os referidos instrumentos, entretanto, não apresentaram explicitamente a proteção das minorias LGBTQ+ contra a discriminação em razão da orientação/condição sexual. Não há como negar, todavia, que sob o signo da previsão contra “quaisquer outras formas de discriminação”

também essa população pode se beneficiar simbólica e argumentativamente (como fundamento para a consolidação de estratégias discursivas).

Também nessa proposta de reconhecimento da proteção das minorias em um patamar supranacional é válido destacar os Princípios de Yogyakarta (que envolve a tutela de minorias não étnicas, orientação sexual e identidade de gênero) de 2006²². Não se trata de um documento com vinculação internacional, mas surte efeitos na construção de estratégias argumentativas em prol dessas minorias. É possível reconhecer os impactos do documento na decisão do STF em prol do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, visto que a decisão considerou os princípios de Yogyakarta (como se verifica no voto do Ministro Celso de Mello) e como a Corte compreende a vinculação do Estado à tutela das minorias (OLIVA; KÜNZLI, 2018).

Não sem razão a doutrina relaciona a proteção das minorias com a vedação ao retrocesso de direitos com outros princípios correlatos e essenciais, como o princípio da dignidade da pessoa humana (um *macro princípio* norteador no atual panorama jurídico). Cabe mencionar o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, princípio da proteção da confiança e, também, da própria noção do mínimo existencial (BARROSO, 2001, p. 158).

Muitas situações de injustiça foram (e tem sido) cometidas com base numa “moral sexual dita civilizatória”. O Direito “como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social” (PEREIRA, 2001, p. 281). Hoje, à luz dos Direitos Humanos e da atual compreensão da imprescindibilidade dos direitos fundamentais, o Direito deve assumir (como instrumento de poder) e exercer sua função política de inclusão e condução da sociedade para novos horizontes verdadeiramente civilizatórios.

Por óbvio, o imperioso “reconhecimento dos direitos e da identidade de grupos minoritários, marcados por estigmas e desprezo social, é fundamental para a realização da democracia e a ampliação da igualdade entre nós” cabendo destacar que o “reconhecer” significa “efetivar o princípio da igualdade material e concretizar a justiça social” (GROFF; PAGEL, 2009, p. 61). Sem essa inclusão (jurídica, social e política) esses indivíduos e grupos se encontram em “morte social”.

Destaca-se que a interpretação constitucional não pode conduzir para outra compreensão que não para a da máxima eficiência social das normas, cenário esse em que a primazia da Constituição no sistema jurídico é um norte interpretativo e um de seus pilares de legitimidade. Cabe destacar a lição de Canotilho, ao explicar sobre o “Princípio da Força Normativa da Constituição”, pontuando

²² O documento foi produzido por especialistas na temática dos direitos humanos na Universidade Gadjah Mada na cidade de Yogyakarta (por isso o nome do documento) na Indonésia.

que “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa” de forma a garantir “sua eficácia e permanência” (1993, p. 1210).

Ainda que exista uma ideia (quase) consolidada que a Democracia é um bem jurídico protegido no sistema jurídico nacional, é preciso estar atento à sua fragilidade frente à esses momentos de crise. O processo eleitoral e a soberania popular manifesta no Parlamento democraticamente eleito podem ser mecanismos de legitimação de retrocessos e perseguição de grupos minoritários. Vale a reflexão de Michael Löwy sobre o conservadorismo e a extrema-direita na Europa e no Brasil quando questiona:

Qualquer que seja a sua transformação e “modernização”, a extrema-direita ainda representa uma ameaça [sic] real à democracia. Um dos argumentos usados para mostrar que ela mudou e não tem muito mais a ver com o fascismo é a aceitação da democracia parlamentar e da via eleitoral para chegar ao poder. Bom, podemos lembrar que certo Adolf Hitler chegou a chanceler alemão por voto legal no Reichstag e que o marechal Pétain foi eleito chefe de Estado pelo Parlamento francês. Se a Frente Nacional chegasse ao poder por meios eleitorais — uma hipótese que tristemente não pode mais ser descartada —, o que sobraria de democracia na França? (2015, p. 656).

Superando uma visão pessimista e determinista as reflexões jurídicas devem conduzir para estratégias de superação desses momentos paradigmáticos. Ainda na esteira de Bauman e Bordoni (2016) deve-se enxergar tais períodos como oportunidades para ruptura frente a um modelo retrógrado e conservador, aproveitando a conjuntura de avanços frente à função política do Direito como instrumento de (inter)ação social. Também, segundo os autores, ainda que viver em um estado de crise não seja agradável “pode ter um lado positivo, pois mantém os sentidos vigilantes e alertas, e nos prepara psicologicamente para o pior (...). Nós temos de nos habituar a conviver com a crise. Pois a crise está aqui para ficar” (2016, p.15). Obviamente inexistente “receita mágica para combater a extrema-direita”, mas convém compreender as “tradições antifascistas do passado”, como inspiração para “responder às novas formas desse fenômeno”. É uma questão que demanda uma apreciação global (pois, como assinalado, não se trata de um problema apenas brasileiro) (LÖWY, 2015, p. 661).

A luta pelo reconhecimento dentro da dimensão do “direito” (conforme proposto por Honneth) deve encontrar na jurisdição constitucional um importante aliado. Se a sociedade civil não consegue se desprender de pré-conceitos discriminatórios e marginalizantes e o Parlamento se omite (para não perder capital político), as Cortes têm o poder de reconhecer esses grupos, conferindo-lhes a dignidade de serem a si mesmos como sujeitos de direito bem como sujeitos

pertencentes à sociedade civil, com voz e vez. A dignidade da pessoa humana, o princípio democrático e da cidadania devem conduzir que o Estado-Juiz valorize as minorias em sua luta por reconhecimento facilitando-a na dimensão pessoal do indivíduo (autorrespeito), o que indiretamente resultará também no reconhecimento social.

Como destacado por Nancy Fraser a noção de Justiça deve comportar, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento, para não ser insuficiente em caso de adoção de apenas um. Sob tal aspecto, a combinação de ambos é urgente adotando-se um modelo abrangente e singular que os integre. Assim, o conceito de Justiça deve ser amplo capaz de acomodar reivindicações defensáveis de igualdade social e também as reivindicações defensáveis de reconhecimento da diferença (FRASER, 2007, p. 103).

É válido pensar na função do Direito (seja no patamar do reconhecimento judicial da união homoafetiva, quanto em um patamar normativo tradicional) para o estabelecimento do Princípio da Tolerância proposta por John Rawls, compreendendo-se que a todos compete o gozo do direito de buscar a felicidade vivendo em sociedade. Sob tal análise, o viver em sociedade implica na limitação de interesses individuais em prol do bem comum, de modo que não é possível aceitar que um grupo possa ser feliz em detrimento dos demais. Assim, na teoria de Rawls, a aceitação social seria possível com a compreensão de cada indivíduo sobre o ser do outro, posto que a aceitação não significa defesa, mas apenas deixar que cada um viva conforme seu bem entender visto que isso não afeta o rumo programado pelo indivíduo (DE MATTOS; DIAS, 2016, p. 19-20). É fácil assimilar essa proposição com o exemplo da união homoafetiva: reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo não invalida ou limita as uniões heteroafetivas.

A função do Direito nessa dinâmica relaciona e instrumentaliza a realização do princípio da tolerância proposta por Rawls, que o considera em duas etapas: (i) tolerância e (ii) conscientização do sentimento de igualdade. A primeira etapa envolve a afirmação da tolerância, quando se reconhece que uma pessoa é dotada dos mesmos direitos e garantias por ser uma pessoa. O Direito Brasileiro o fez categoricamente com o reconhecimento da união homoafetiva e o casamento homoafetivo, declarando o direito à felicidade da pessoa homossexual. Esse reconhecimento, por certo, gera resistência de grupos conservadores que se sentem atingidos em suas crenças, mas que diante da ilegitimidade da negação de um direito constitucionalmente reconhecido por razões puramente ideológico-religiosas, cabe ao indivíduo insatisfeito reconhecer e tolerar. A decisão judicial, especialmente em uma dimensão hermenêutica da “corte constitucional” brasileira, possui também um fim pedagógico de orientação da sociedade para qual é a leitura do texto magno. Isso permite o amadurecimento no seio social

da temática e do direito reconhecido ao se (re)afirmar um conjunto de valores constitucionais e humanos para o sistema jurídico nacional.

A etapa seguinte é o da conscientização e convivência multicultural, de modo que a tolerância leva a aceitação, mesmo em uma sociedade com discordâncias. Ao se naturalizar a aceitação se rompe o processo discriminatório por força do potencial educativo existente na sociedade (via compreensão e não imposição) pluralista e fraterna (DE MATTOS; DIAS, 2016, p. 21-22).

Se a CRFB/88 apresenta essa tutela das minorias em seu teor (e a hermenêutica constitucional deixa isso claro) e sinaliza para a vedação ao retrocesso de direitos e, igualmente, a vedação a proteção insuficiente das minorias, cabe concluir que qualquer retirada de direitos sem a devida compensação é inconstitucional e fere gravemente a lógica democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O panorama atual é claro em apresentar o avanço do conservadorismo na política e na sociedade (a ascensão da extrema-direita é sinal claro disso), o que é particularmente preocupante do ponto de vista da Teoria Democrática. Obviamente que isso faz parte do jogo político, mas a carga ideológica presente nas estratégias populistas desses grupos é, per se, uma ameaça às conquistas democráticas durante o século XX.

A presença de discursos de ódio, racistas, xenófobos, *lgbtfóbicos*, a presença de um nacionalismo (quase) religioso, ascensão de discursos religiosos extremistas, entre outros, são sintomas que a pós-modernidade apresenta e para os quais a teoria jurídica (parece) não estar suficientemente preparada. Essa retomada de problemas passados exige soluções novas, que perpassam por uma revisão crítica da teoria jurídica e a valorização de princípios constitucionais como nortes normativos de proteção. A relativização da “sacralidade” do Parlamento e a valorização da jurisdição constitucional como elemento dinâmico e criativo também fazem parte dessa nova conjuntura.

Os cenários de crise (e a crise como argumento populista de fundamentação de discursos de ódio e discriminatórios) demandam o desenvolvimento de um amadurecimento da teoria jurídica com viés antidiscriminatório e que reconheça a vedação ao retrocesso de direitos como um imperativo e não apenas como mero princípio indicativo. O atual patamar da democracia (que no caso brasileiro é considerado como uma democracia em construção) entraria em conflito com suas próprias bases e fundamentos caso apresentasse espaços de retrocesso e negação (ou flexibilização) dos direitos de minorias.

Não há razoabilidade, proporcionalidade ou princípio de “não excessos” que justifiquem ou fundamentem legitimamente a adoção de uma marcha de regresso frente aos direitos das minorias LGBTQ+. A proteção desses grupos é uma

pauta que não pode ser colocada novamente dentro do armário, visto se tratar de uma luta por reconhecimento que não pode mais ser invisibilizada ou silenciada. A dignidade da pessoa humana já se encontra consolidada no sistema jurídico nacional como núcleo e norte interpretativo, de forma que se a vedação ao retrocesso de direitos fundamentais e humanos é desrespeitada, se constituiria claramente uma proteção deficitária dessas populações.

O Direito (as Cortes, a doutrina, os juristas e a Academia, como um todo) tem uma função política primordial nesses cenários, como *locus* de discussões racionais, que estejam de acordo com o atual estágio de desenvolvimento e avanços que o patamar civilizatório estabeleceu. É fato que o cenário de crise propicia o estado de alerta e a busca por soluções e estratégias, nesse sentido é necessário que os juristas amadureçam os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, para que Direito e Política não andem apartados, mas se aliem em prol do avanço e não do retrocesso. Não se trata, nesse sentido, de acreditar em utopias, mas, de fato, lutar para que não se construa, a olhos vistos, uma distopia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Para uma fundamentação do direito de minoria em tempos de transição paradigmática*. fl. 125. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias sexuais e homofobia no Direito Brasileiro: breves delineamentos constitucionais. *Revista Verere*, Dourados/MS, v. 10, n. 19, p. 148-176, jan./jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAYLÃO, Raul Di Sergi. Um conceito operacional de minorias. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 17, p. 209-233. 2001. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/17_09.pdf
Acesso em: 18 jan. 2019.

BAZZANELLA, Sandro Luiz; TOMPOROSKI, Alexandre Assis; BORGUESAN, Danielly. Estado, crise política, jurídica, econômica e perspectivas de desenvolvimento. *Revista Profanações*, ano 4, n. 1, p. 76-93, jan./jul. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARMO, Cláudio Márcio do. Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, Brasil, n. 64, p. 201-223, ago. 2016.

- COSTA, Aline Moreira da. *Direitos humanos e previdência social brasileira à luz do princípio da proibição do retrocesso social*. fl. 211. Dissertação apresentada ao Mestrado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP: São Paulo, 2013.
- DE MATTOS, Daniela Cristina Bruschi e DIAS, Bruno Smolarek. Uma análise do reconhecimento da União Homoafetiva no Brasil sob a legitimidade e a tolerância de Rawls. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/10399/5816> Acesso em: 5 out. 2019.
- DUARTE, André de Macedo; CÉSAR, Maria Rita de Assis. Michel Foucault e a lutas políticas do presente: para além do sujeito identitário de direitos. *Revista Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 19, n. 3, p. 401-414, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v19n3/a06v19n3.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.
- FIGUEIREDO, Eurídice. Desfazendo o gênero: a teoria queer de Judith Butler. *Revista Criação & Crítica (Dossiê Sáfico)*, n. 20, p. 40-55, abr. 2018.
- FOUCAULT, Michael. *Segurança, território, população*. Trad. E. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/11286/1/ARTIGO_MinoriasSexuaisHomofobia.pdf. Acesso em: 5 out. 2019.
- GROFF, Paulo Vargas; PAGEL, Rogério. Multiculturalismo, democracia e reconhecimento. *Revista Verere*, Dourados, MS, ano 1, p. 51-64, jul./dez. 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.
- LÖWY, Michael. Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n124/0101-6628-sssoc-124-0652.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.
- MORENO, Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. *Revista USCS – Direito*, ano X, n. 17, p. 141-156, jul./dez. 2009.
- OLIVA, Thiago Dias; KÜNZLI, Willi Sebastian. Proteção das minorias no direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 113, p. 703-719, 21 dez. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156677/152169>. Acesso em: 25 set. 2019.
- PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. *Ciência & Saúde Coletiva*. 22(12), p. 3841-3848, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n12/1413-8123-csc-22-12-3841.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Direito e Desenvolvimento*, v. 6, p. 216-237, 2015.

RAVAGNANI, Herbert Barucci. Luta por reconhecimento: a filosofia social do jovem Hegel segundo Honneth. *Kinesis*, v. 1, n. 1, p. 39-57, mar. 2009. Disponível em: [http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/HerbertBarucci\(39-57\).pdf](http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/HerbertBarucci(39-57).pdf). Acesso em: 17 dez. 2018.

RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. Direito da antidiscriminação e direitos de minoriais: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 22, n. 1, p. 126-148, jan./abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008. p. 9-49.

SOUZA, Luiz Gustavo da Cunha de. O quê há de especificamente sociológico na teoria do reconhecimento de Axel Honneth?. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 61-80, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sant/v2n4/2238-3875-sant-02-04-0061.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

Data de recebimento: 19/08/2019

Data de aprovação: 12/09/2019